

James Cody *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario,
Attorney General of Quebec,
Attorney General of Manitoba,
Attorney General of British Columbia,
Attorney General of Alberta,
Director of Criminal and
Penal Prosecutions and
Criminal Lawyers' Association
of Ontario** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. CODY

2017 SCC 31

File No.: 37310.

2017: April 25; 2017: June 16.

Present: Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner,
Gascon, Côté and Brown JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEWFOUNDLAND AND LABRADOR

Constitutional law — Charter of Rights — Right to be tried within a reasonable time — Pre-Jordan delay of more than five years between charges and anticipated end of trial — Whether accused's right to be tried within reasonable time under s. 11(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms infringed — Framework for determining s. 11(b) infringement set out in Jordan applied.

C was charged with drugs and weapons offences on January 12, 2010. His trial was scheduled to conclude on January 30, 2015. Before the commencement of his trial, C brought an application under s. 11(b) of the *Charter*, seeking a stay of proceedings due to the delay. Because the application pre-dated the release of *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631, the trial judge applied the former framework set out in *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771. He granted the application and stayed the

James Cody *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Procureur général de l'Ontario,
procureure générale du Québec,
procureur général du Manitoba,
procureur général de la
Colombie-Britannique,
procureur général de l'Alberta,
directeur des poursuites criminelles et pénales
et Criminal Lawyers' Association
of Ontario** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. CODY

2017 CSC 31

N° du greffe : 37310.

2017 : 25 avril; 2017 : 16 juin.

Présents : Les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis,
Wagner, Gascon, Côté et Brown.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-
NEUVE-ET-LABRADOR

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Écoulement avant le prononcé de l'arrêt Jordan d'un délai de plus de cinq ans entre le dépôt des accusations et la conclusion anticipée du procès — Y a-t-il eu atteinte au droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable que lui garantit l'art. 11b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Application du cadre énoncé dans Jordan pour établir s'il y a eu violation de l'art. 11b).

C a été accusé d'infractions liées aux drogues et aux armes le 12 janvier 2010. Son procès devait se terminer le 30 janvier 2015. Avant le début de son procès, C a présenté une demande fondée sur l'al. 11b) de la *Charte* en vue d'obtenir l'arrêt des procédures en raison du délai écoulé. Parce que la demande de C a été présentée antérieurement à l'arrêt *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631, le juge de première instance a appliqué l'ancien cadre d'analyse énoncé dans *R. c. Morin*, [1992] 1

proceedings. A majority of the Court of Appeal applied the *Jordan* framework and allowed the appeal, set aside the stay of proceedings and remitted the matter for trial.

Held: The appeal should be allowed and the stay of proceedings restored.

The delay in this case was unreasonable and therefore, C's right under s. 11(b) of the *Charter* was infringed. The Court of Appeal erred in its application of *Jordan*. From the time C was charged until his five-day trial was scheduled to begin, fully five years passed. The Crown, the defence and the system each contributed to that delay. Under the *Jordan* framework, every actor in the justice system has a responsibility to ensure that criminal proceedings are carried out in a manner that is consistent with an accused person's right to a trial within a reasonable time. This framework now governs the s. 11(b) analysis and, like any of this Court's precedents, it must be followed and it cannot be lightly discarded or overruled. Properly applied, this framework provides sufficient flexibility and accounts for the transitional period of time that is required for the criminal justice system to adapt.

After the total delay from the charge to the actual or anticipated end of trial is calculated under the *Jordan* framework, delay attributable to the defence must be subtracted. Defence delay is divided into two components: delay waived by the defence and delay caused by defence conduct. The only deductible defence delay under the latter component is that which is solely or directly caused by the accused person and flows from defence action that is illegitimate inasmuch as it is not taken to respond to the charges. Illegitimacy in this context does not necessarily amount to professional or ethical misconduct, but instead takes its meaning from the culture change demanded in *Jordan*. The determination of whether defence conduct is legitimate is highly discretionary, and appellate courts must show a correspondingly high level of deference thereto. Defence conduct encompasses both substance and procedure — the decision to take a step, as well as the manner in which it is conducted, may attract scrutiny. To determine whether defence action is legitimately taken to respond to the charges, the circumstances surrounding the action or conduct may therefore be considered. The overall number, strength, importance, proximity to the *Jordan* ceilings, compliance with any notice or filing requirements and timeliness of defence applications may be

R.C.S. 771. Il a accueilli la demande et ordonné l'arrêt des procédures. La majorité de la Cour d'appel a appliqué le cadre d'analyse établi dans *Jordan* et a accueilli l'appel, annulé l'arrêt des procédures et renvoyé l'affaire pour qu'elle soit jugée.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et l'arrêt des procédures est rétabli.

En l'espèce, le délai était déraisonnable et le droit garanti à C par l'al. 11b) de la *Charte* a en conséquence été violé. La Cour d'appel a mal appliqué l'arrêt *Jordan*. Entre le moment où C a été accusé et la date à laquelle son procès de cinq jours devait commencer, cinq années complètes se sont écoulées. Tant le ministère public que la défense et le système ont contribué à ce délai. Selon le cadre d'analyse établi dans l'arrêt *Jordan*, chaque acteur au sein du système judiciaire a la responsabilité de s'assurer que les procédures criminelles se déroulent de manière compatible avec le droit de l'inculpé d'être jugé dans un délai raisonnable. C'est ce cadre qui régit dorénavant l'analyse requise pour l'application de l'al. 11b) et, à l'instar des prescriptions de tout autre précédent de la Cour, il doit être suivi et il ne saurait être infirmé ou écarté à la légère. Correctement appliqué, ce cadre accorde déjà suffisamment de souplesse, en plus de prévoir la période de transition requise pour que le système de justice criminelle puisse s'adapter.

Une fois calculé le délai total entre le dépôt des accusations et la conclusion réelle ou anticipée du procès selon le cadre établi dans *Jordan*, il faut en soustraire le délai imputable à la défense. Le délai imputable à la défense comporte deux volets : le délai que la défense renonce à invoquer et le délai qui résulte de la conduite de cette dernière. Le seul délai imputable à la défense qui peut être déduit en vertu du deuxième volet est un délai qui est causé uniquement ou directement par l'accusé et découle d'une action prise illégitimement par la défense dans la mesure où elle ne vise pas à répondre aux accusations. Dans ce contexte, l'illégitimité d'une conduite n'équivaut pas nécessairement à une faute professionnelle ou éthique, mais tire plutôt son sens du changement de culture exigé dans *Jordan*. La détermination de la légitimité de la conduite de la défense est une décision qui présente un caractère discrétionnaire élevé et à l'égard de laquelle les tribunaux d'appel doivent faire montre d'un degré de déférence similairement élevé. La notion de conduite de la défense vise autant le fond que la procédure — la décision de prendre une mesure, ainsi que la manière dont celle-ci est exécutée, sont toutes deux susceptibles d'examen. Pour déterminer si une action de la défense a été prise légitimement en vue de répondre

relevant considerations. Irrespective of its merit, a defence action may be deemed not legitimate if it is designed to delay or if it exhibits marked inefficiency or marked indifference toward delay.

Beyond a retrospective accounting of delay, a proactive approach is required from all participants in the justice system to prevent and minimize delay. Trial judges should suggest ways to improve efficiency, use their case management powers and not hesitate to summarily dismiss applications and requests the moment it becomes apparent they are frivolous.

After defence delay has been deducted, the net delay must be compared to the applicable presumptive ceiling set out in *Jordan*. If the net delay exceeds the ceiling, then the delay is presumptively unreasonable. To rebut this presumption, the Crown must establish the presence of exceptional circumstances, which fall into two categories: discrete events and particularly complex cases. Discrete events, like defence delay, result in quantitative deductions of particular periods of time. However, case complexity requires a qualitative assessment and cannot be used to deduct specific periods of delay. Complexity is an exceptional circumstance only where the case as a whole is particularly complex. The delay caused by a single isolated step that has features of complexity should not be deducted under this category.

Transitional considerations may be taken into account as a third form of exceptional circumstances where the case was already in the system when *Jordan* was decided. Like case complexity, the transitional exceptional circumstance assessment involves a qualitative exercise. The exceptionality of the “transitional exceptional circumstance” does not lie in the rarity of its application, but rather in its temporary justification of delay that exceeds the ceiling based on the parties’ reasonable reliance on the law as it previously existed. The parties’ general level of diligence, the seriousness of the offence

aux accusations, les circonstances entourant l’action ou la conduite peuvent donc être prises en considération. Le nombre total des demandes présentées par la défense, leur solidité, leur importance, la proximité des plafonds établis dans *Jordan*, le respect de toutes les exigences en matière de préavis ou de dépôt et la présentation de ces demandes dans les délais impartis constituent autant de considérations pertinentes qui peuvent être prises en compte. Indépendamment de son bien-fondé, une action de la défense peut être considérée illégitime si elle vise à retarder l’instance ou encore si elle témoigne d’une inefficacité ou indifférence marquées à l’égard des délais.

Au-delà de la comptabilisation rétrospective du délai, il faut que toutes les personnes associées au système de justice criminelle adoptent une approche proactive afin d’empêcher de tels délais et de les réduire au minimum. Les juges de première instance devraient proposer des moyens d’instruire plus efficacement les demandes et requêtes légitimes et utiliser leurs pouvoirs de gestion des instances, et ils ne devraient pas hésiter à rejeter sommairement des demandes dès qu’il apparaît évident qu’elles sont frivoles.

Une fois que le délai imputable à la défense a été soustrait, le délai net doit ensuite être comparé au plafond présumé applicable établi dans *Jordan*. Si le délai net dépasse le plafond, il est présumé déraisonnable. Pour réfuter cette présomption, le ministère public doit établir la présence de circonstances exceptionnelles, lesquelles se divisent en deux catégories : les événements distincts et les affaires particulièrement complexes. À l’instar du délai imputable à la défense, les événements distincts donnent lieu à la déduction quantitative de certaines périodes. Cependant, la complexité d’une affaire requiert une appréciation qualitative et elle ne peut être utilisée pour déduire des portions précises du délai. La complexité ne constitue une circonstance exceptionnelle que dans les cas où l’affaire dans son ensemble est particulièrement complexe. Le délai qui a été causé par une seule étape isolée présentant des aspects complexes ne doit pas être déduit suivant cette catégorie.

Il est possible de tenir compte de considérations d’ordre transitoire comme troisième forme de circonstances exceptionnelles dans les cas où l’instance était déjà en cours lorsque l’affaire *Jordan* a été tranchée. Tout comme le critère de la complexité de l’affaire, l’application de la mesure transitoire exceptionnelle implique une appréciation qualitative. La nature exceptionnelle de la « mesure transitoire exceptionnelle » ne repose pas sur le fait qu’elle s’applique rarement, mais plutôt sur le fait qu’elle s’applique temporairement pour justifier des délais qui excèdent le plafond parce que les parties se sont

and the absence of prejudice are all factors that should be taken into consideration, as appropriate in the circumstances.

In this case, the total delay was approximately 60.5 months, from which the delay waived by C should be deducted (13 months). Then, two periods of time should be deducted as defence delay: the delay resulting from C's first change of counsel (1 month) and the delay resulting from C's recusal application (2.5 months). After accounting for these deductions, the delay is 44 months, which exceeds the 30-month ceiling set out in *Jordan* and therefore, is presumptively unreasonable.

With respect to exceptional circumstances, the following delays should be deducted as discrete events: the appointment of C's former counsel to the bench (4.5 months) and part of the delay flowing from the *McNeil* disclosure issue that arose (3 months). The net delay is therefore 36.5 months. Despite the voluminous disclosure, this does not qualify as a particularly complex case.

In light of the trial judge's findings of real and substantial actual prejudice and that C's conduct was not inconsistent with the desire for a timely trial, the Crown cannot show that the net delay was justified based on its reliance on the previous state of the law. To the contrary, the trial judge's findings under the *Morin* framework strengthen the case for a stay of proceedings. Where a balancing of factors under that framework would have weighed in favour of a stay, the Crown will rarely, if ever, be successful in justifying the delay as a transitional exceptional circumstance under the *Jordan* framework.

Cases Cited

Applied: *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631; **referred to:** *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66; *R. v. Dixon*, [1998] 1 S.C.R. 244; *R. v. Kutynech* (1992), 7 O.R. (3d) 277; *R. v. Vukelich* (1996), 108 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Williamson*, 2016 SCC 28, [2016] 1 S.C.R. 741.

raisonnablement conformées au droit tel qu'il existait auparavant. Le degré général de diligence manifesté par les parties, la gravité de l'infraction et l'absence de préjudice sont tous des facteurs qui doivent être pris en considération selon ce qui convient dans les circonstances.

En l'espèce, le délai total s'élevait à environ 60,5 mois, total dont il faut déduire la période à laquelle C a renoncé (13 mois). Il faut ensuite déduire deux autres périodes au titre des délais imputables à la défense : le délai résultant du premier changement d'avocat de C (1 mois) et le délai résultant de la demande de récusation de C (2,5 mois). Une fois ces périodes déduites, le délai s'établit à 44 mois, ce qui dépasse le délai de 30 mois établi dans *Jordan*, et constitue donc un délai présumé déraisonnable.

En ce qui a trait aux circonstances exceptionnelles, les délais suivants doivent être déduits en tant qu'événements distincts : la nomination de l'ancien avocat de C à la magistrature (4,5 mois) et une partie du délai découlant de la situation liée à la communication de la preuve suivant l'arrêt *McNeil* qui a surgi (3 mois). Le délai net est donc de 36,5 mois. Malgré la preuve volumineuse qui a été communiquée, la présente affaire ne saurait être qualifiée de particulièrement complexe.

Vu les conclusions du juge de première instance portant qu'il y a eu effectivement un préjudice réel et substantiel et que la conduite de C n'était pas incompatible avec le désir que le procès se tienne dans les meilleurs délais, le ministère public n'est pas en mesure de démontrer que le délai net était justifié parce qu'il serait conforme à l'état antérieur du droit. Au contraire, les conclusions tirées par le juge de première instance en vertu du cadre établi dans *Morin* militent plutôt en faveur de l'arrêt des procédures. Dans les cas où la mise en balance des facteurs requise par ce cadre favorise le prononcé d'un arrêt des procédures, le ministère public ne réussira que rarement, voire jamais, à justifier le délai en invoquant la mesure transitoire exceptionnelle prévue par le cadre énoncé dans *Jordan*.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631; **arrêts mentionnés :** *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66; *R. c. Dixon*, [1998] 1 R.C.S. 244; *R. c. Kutynech* (1992), 7 O.R. (3d) 277; *R. c. Vukelich* (1996), 108 C.C.C. (3d) 193; *R. c. Williamson*, 2016 CSC 28, [2016] 1 R.C.S. 741.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(b).

APPEAL from a judgment of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal (Welsh, White and Hoegg J.J.A.), 2016 NLCA 57, 365 C.R.R. (2d) 111, [2016] N.J. No. 357 (QL), 2016 CarswellNfld 405 (WL Can.), setting aside the stay of proceedings entered by Burrage J., 2014 NLTD(G) 161, 359 Nfld. & P.E.I.R. 123, 1117 A.P.R. 123, [2014] N.J. No. 395 (QL), 2014 CarswellNfld 399 (WL Can.), and remitting the matter for trial. Appeal allowed.

Michael Crystal and Frank Addario, for the appellant.

Croft Michaelson, Q.C., and *Vanita Goela*, for the respondent.

Tracy Kozlowski, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Stéphane Rochette and Abdou Thiaw, for the intervener the Attorney General of Quebec.

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

Trevor Shaw, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

David A. Labrenz, Q.C., for the intervener the Attorney General of Alberta.

Nicolas Abran and Daniel Royer, for the intervener the Director of Criminal and Penal Prosecutions.

Megan Savard, for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11b).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador (les juges Welsh, White et Hoegg), 2016 NLCA 57, 365 C.R.R. (2d) 111, [2016] N.J. No. 357 (QL), 2016 CarswellNfld 405 (WL Can.), qui a annulé l'arrêt des procédures ordonné par le juge Burrage, 2014 NLTD(G) 161, 359 Nfld. & P.E.I.R. 123, 1117 A.P.R. 123, [2014] N.J. No. 395 (QL), 2014 CarswellNfld 399 (WL Can.), et renvoyé l'affaire pour qu'elle soit jugée. Pourvoi accueilli.

Michael Crystal et Frank Addario, pour l'appellant.

Croft Michaelson, c.r., et *Vanita Goela*, pour l'intimée.

Tracy Kozlowski, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Stéphane Rochette et Abdou Thiaw, pour l'intervenante la procureure générale du Québec.

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

Trevor Shaw, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

David A. Labrenz, c.r., pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Nicolas Abran et Daniel Royer, pour l'intervenante le directeur des poursuites criminelles et pénales.

Megan Savard, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario.

The following is the judgment delivered by

Version française du jugement rendu par

THE COURT —

LA COUR —

I. Introduction

I. Introduction

[1] In *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631, this Court identified a culture of complacency towards delay in the criminal justice system. This culture was fostered by doctrinal and practical difficulties plaguing the analytical framework then applicable to the right of accused persons, guaranteed under s. 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, to be tried within a reasonable time. This appeal is yet another example of why change is necessary. From the time the appellant James Cody was charged with drugs and weapons offences until his *five-day trial* was scheduled to begin (prior to the release of this Court's decision in *Jordan*), fully *five years* passed. As we will explain, the Crown, the defence and the system each contributed to that delay. This leads us to stress, as the Court did in *Jordan*, that every actor in the justice system has a responsibility to ensure that criminal proceedings are carried out in a manner that is consistent with an accused person's right to a trial within a reasonable time.

[1] Dans l'arrêt *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631, la Cour a constaté l'existence d'une culture de complaisance à l'égard des délais dans le système de justice criminelle. Les difficultés sur les plans théorique et pratique qui affligeaient le cadre d'analyse alors applicable au droit d'être jugé dans un délai raisonnable garanti aux inculpés par l'al. 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ont contribué à cette culture. Ce pourvoi illustre une fois de plus pourquoi un changement est nécessaire. Entre le moment où l'appelant James Cody a été accusé d'infractions liées aux drogues et aux armes et la date à laquelle son *procès de cinq jours* devait commencer (date antérieure à l'arrêt *Jordan* de notre Cour), *cinq années* complètes se sont écoulées. Comme nous l'expliquerons plus loin, tant le ministère public que la défense et le système ont contribué à ce délai. Cela nous amène à réitérer ce que notre Cour a précisé dans *Jordan*, à savoir que chaque acteur au sein du système judiciaire a la responsabilité de s'assurer que les procédures criminelles se déroulent de manière compatible avec le droit de l'inculpé d'être jugé dans un délai raisonnable.

[2] Applying the former framework from *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, the trial judge found a breach of Mr. Cody's s. 11(b) *Charter* right, and stayed the proceedings. A majority of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal reversed his decision, and remitted the matter for trial. Mr. Cody now appeals to this Court as of right.

[2] Appliquant l'ancien cadre d'analyse établi dans *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, le juge de première instance a conclu à la violation du droit que l'al. 11b) de la *Charte* garantit à M. Cody, et il a ordonné l'arrêt des procédures. Les juges majoritaires de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador ont infirmé cette décision et ont renvoyé l'affaire pour qu'elle soit jugée. M. Cody se pourvoit maintenant de plein droit devant notre Cour.

[3] A number of the provincial Attorneys General who intervened in this matter asked this Court to modify the *Jordan* framework to provide for more flexibility in deducting and justifying delay. But *Jordan* was released a year ago. Like any of this Court's precedents, it must be followed and it cannot be lightly discarded or overruled (*Canada*

[3] Un certain nombre des procureurs généraux provinciaux qui sont intervenus ont demandé à la Cour de modifier le cadre d'analyse établi dans *Jordan* afin de permettre une plus grande souplesse dans la déduction et la justification des délais. Mais l'arrêt *Jordan* a été rendu il y a moins d'un an. À l'instar de tout autre précédent de notre Cour, cet arrêt

(*Attorney General*) v. *Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at para. 38; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331, at para. 44). The *Jordan* framework now governs the s. 11(b) analysis and, properly applied, already provides sufficient flexibility and accounts for the transitional period of time that is required for the criminal justice system to adapt.

[4] Applying that framework, we find that the delay in this case was unreasonable. The Court of Appeal erred in its application of *Jordan*. Accordingly, we would allow the appeal and restore the order of the trial judge staying the proceedings against Mr. Cody.

II. Facts

[5] On January 12, 2010, Mr. Cody was arrested as a part of “Operation Razorback”, a drug trafficking investigation. While Mr. Cody was not a suspect in that investigation, he happened to be with a primary target at the time of that target’s arrest, and he too was arrested. A search of Mr. Cody’s vehicle uncovered half a kilogram of marijuana, a kilogram of cocaine and a stun gun.

[6] Mr. Cody was charged with two counts of possession for the purpose of trafficking, one count of possessing a prohibited weapon, and one count of possessing a weapon while being prohibited from doing so. He was released on bail the next day. A number of other people were also charged as a result of the investigation.

[7] Five months after Mr. Cody’s arrest, on June 30, 2010, the Crown indicated that it was prepared to provide disclosure. Because of the larger related investigation, disclosure was voluminous, comprising over 20,000 pages contained on two CDs. However, the Crown first required Mr. Cody’s counsel to sign an undertaking that would have

doit être suivi et il ne saurait être infirmé ou écarté à la légère (*Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, par. 38; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, par. 44). C’est le cadre énoncé dans *Jordan* qui régit dorénavant l’analyse requise pour l’application de l’al. 11b) et, correctement appliqué, ce cadre accorde déjà suffisamment de souplesse, en plus de prévoir la période de transition requise pour que le système de justice criminelle puisse s’adapter.

[4] Après avoir appliqué ce cadre d’analyse, nous concluons qu’en l’espèce le délai était déraisonnable. La Cour d’appel a mal appliqué l’arrêt *Jordan*. En conséquence, nous sommes d’avis d’accueillir le pourvoi et de rétablir l’ordonnance du juge de première instance prononçant l’arrêt des procédures engagées contre M. Cody.

II. Faits

[5] Le 12 janvier 2010, M. Cody a été arrêté dans le cadre de l’[TRADUCTION] « Opération Razorback », une enquête en matière de trafic de drogue. Même si M. Cody n’était pas un suspect dans cette enquête, il se trouvait avec l’une des principales cibles de cette enquête lorsque cette personne a été arrêtée, et il a lui aussi été arrêté. La fouille du véhicule de M. Cody a permis d’y découvrir un demi-kilogramme de marijuana, un kilogramme de cocaïne et un pistolet à impulsion électrique.

[6] Monsieur Cody a été inculpé de deux chefs de possession en vue de trafic, d’un chef de possession d’une arme prohibée et d’un chef de possession d’une arme alors que cela lui était interdit. Il a été libéré sous caution le lendemain. Quelques autres personnes ont également été accusées par suite de l’enquête.

[7] Cinq mois après l’arrestation de M. Cody, soit le 30 juin 2010, le ministère public a fait savoir qu’il était prêt à communiquer sa preuve. En raison de l’enquête connexe plus large, la preuve qui devait être communiquée était volumineuse, soit plus de 20 000 pages figurant sur deux CD. Cependant, le ministère public a d’abord demandé à l’avocat de

prohibited the electronic copying of the two CDs. Mr. Cody's counsel refused, as did other defendants' counsel.

[8] Three months and three court appearances later, the parties remained at an impasse. Defence counsel applied to compel disclosure. The issue was referred to case management where, on September 30, 2010, a consent order was entered requiring Mr. Cody to sign his own undertaking before he could obtain a copy of the CDs. Nine months after his arrest, disclosure was released to Mr. Cody's counsel on October 18, 2010.

[9] On November 29, 2010, Mr. Cody changed counsel. This resulted in a one-month delay of his preliminary inquiry, from March 11, 2011 to April 7, 2011. A one-year period of delay extending to April 2, 2012, was then waived by Mr. Cody.

[10] On May 1, 2012, Mr. Cody's five-day trial was scheduled to begin on November 5, 2012. These dates were then reassigned for the hearing of a *Charter* application to exclude the evidence found in Mr. Cody's vehicle at the time of his arrest.

[11] On September 3, 2012, Mr. Cody's second counsel was appointed a judge of the Provincial Court. As a result, the *Charter* application dates were vacated and, following three court appearances, the application was set down for May 6, 2013. Approximately one month of this delay was waived by the defence due to a scheduling error.

[12] On the Friday before the *Charter* application was set to be heard, the Crown advised Mr. Cody's counsel that misconduct allegations had been made against one of the police officers involved in Operation Razorback. In anticipation of forthcoming disclosure concerning these allegations, pursuant to *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66, the

M. Cody de signer un engagement qui aurait interdit la reproduction électronique des CD. L'avocat de M. Cody a refusé, comme l'ont fait les avocats d'autres accusés.

[8] Trois mois et trois visites au tribunal plus tard, les parties se trouvaient toujours dans une impasse. Les avocats de la défense ont demandé la communication forcée de la preuve. La question a été renvoyée en gestion d'instance, au terme de laquelle a été inscrite, le 30 septembre 2010, une ordonnance sur consentement intimant à M. Cody de signer son propre engagement afin de pouvoir obtenir une copie des CD. Neuf mois après l'arrestation de ce dernier, la preuve a été communiquée à son avocat, le 18 octobre 2010.

[9] Le 29 novembre 2010, M. Cody a changé d'avocat, ce qui a retardé d'un mois — du 11 mars 2011 au 7 avril 2011 — la tenue de son enquête préliminaire. Il a ensuite renoncé à invoquer un délai d'un an allant jusqu'au 2 avril 2012.

[10] Le 1^{er} mai 2012, le début du procès de M. Cody — qui devait durer cinq jours — a été fixé au 5 novembre 2012. Cette période a par la suite été réservée plutôt pour l'audition d'une demande sollicitant l'exclusion, en vertu de la *Charte*, des éléments de preuve découverts dans le véhicule de M. Cody au moment de son arrestation.

[11] Le 3 septembre 2012, le deuxième avocat de M. Cody a été nommé juge de la Cour provinciale. En conséquence, les dates prévues pour l'audition de la demande fondée sur la *Charte* ont été annulées et, après trois visites au tribunal, l'audition de cette demande a été fixée au 6 mai 2013. En raison d'une erreur dans l'établissement du calendrier, la défense a renoncé à invoquer environ un mois de ce délai.

[12] Le vendredi précédant la date où devait être entendue la demande fondée sur la *Charte*, le ministère public a informé l'avocate représentant maintenant M. Cody que des allégations d'inconduite avaient été formulées contre l'un des policiers ayant participé à l'Opération Razorback. En prévision de la communication, sur la base de l'arrêt *R.*

Charter application was postponed. That disclosure was provided in late June 2013 and the parties were prepared to proceed by the end of that month, but the court could not accommodate a summer hearing. Because defence counsel was unavailable for September 2013, the hearing finally occurred in October 2013. Written reasons dismissing the *Charter* application were released on December 20, 2013.

[13] In January 2014, the Crown notified Mr. Cody's counsel that an agreed statement of facts used in the *Charter* application to exclude evidence had contained an error. Mr. Cody's counsel filed an application for a stay of proceedings or a mistrial, alleging a breach of his s. 7 *Charter* rights arising from the error in the agreed statement of facts. In late April 2014, that application was dismissed, the error struck from the trial judge's reasons on the initial *Charter* ruling and the *voir dire* reopened to permit Mr. Cody to cross-examine the police officer whose notes had been used to prepare the statement. At that time, Mr. Cody's counsel raised the possibility of a s. 11(b) *Charter* application, alleging a breach of Mr. Cody's right to a trial within a reasonable time. On June 26, 2014, the court confirmed its original ruling dismissing Mr. Cody's *Charter* application to exclude evidence.

[14] Mr. Cody's counsel then brought a recusal application alleging reasonable apprehension of bias. It was dismissed on September 10, 2014. Trial dates were set for January 26, 2015, but Mr. Cody's s. 11(b) *Charter* application was heard in late November 2014 and granted on December 19, 2014.

c. McNeil, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66, de la preuve concernant les allégations, l'audition de la demande fondée sur la *Charte* a été reportée. La preuve en question a été communiquée à la fin de juin 2013 et les parties étaient alors disposées à procéder à la fin du mois en question, mais le tribunal n'était pas en mesure de tenir une audience pendant l'été. Comme l'avocate de la défense n'était pas disponible en septembre 2013, l'audience a finalement eu lieu en octobre 2013. Les motifs écrits de la décision rejetant la demande fondée sur la *Charte* ont été déposés le 20 décembre 2013.

[13] En janvier 2014, le ministère public a avisé l'avocate de M. Cody de l'existence d'une erreur dans l'exposé conjoint des faits utilisé dans le cadre de la demande présentée en vertu de la *Charte* en vue d'obtenir l'exclusion des éléments de preuve. L'avocate de M. Cody a déposé une demande sollicitant l'arrêt des procédures ou l'annulation du procès, au motif que les droits garantis à M. Cody par l'art. 7 de la *Charte* auraient été violés en raison de l'erreur que comportait l'exposé conjoint des faits. À la fin du mois d'avril 2014, cette demande a été rejetée, l'erreur a été supprimée des motifs du juge de première instance accompagnant la décision initiale sur la demande fondée sur la *Charte*, et le voir-dire a été rouvert pour permettre à M. Cody de contre-interroger le policier dont les notes avaient été utilisées pour rédiger l'exposé. L'avocate de M. Cody a alors indiqué qu'il était possible qu'elle présente, sur la base de l'al. 11b) de la *Charte*, une demande invoquant une atteinte au droit de M. Cody d'être jugé dans un délai raisonnable. Le 26 juin 2014, le tribunal a confirmé sa décision initiale rejetant la demande d'exclusion de la preuve qu'avait présentée M. Cody en vertu de la *Charte*.

[14] Par la suite, invoquant l'existence d'une crainte raisonnable de partialité, l'avocate de M. Cody a déposé une demande de récusation. Cette demande a été rejetée le 10 septembre 2014. Suivant les dates qui avaient été fixées, le procès devait commencer le 26 janvier 2015, mais la demande de M. Cody fondée sur l'al. 11b) de la *Charte* a été entendue à la fin de novembre 2014 et accueillie le 19 décembre 2014.

III. Judgments Below

A. *Supreme Court of Newfoundland and Labrador — Trial Division (Burrage J.), 2014 NLTD(G) 161, 359 Nfld. & P.E.I.R. 123*

[15] Because the trial judge’s decision pre-dated the release of this Court’s reasons in *Jordan*, the trial judge applied the former *Morin* framework. He observed that the total delay from when Mr. Cody was charged to his scheduled trial date amounted to approximately 60.5 months. He allocated approximately 13 months to defence waiver, 17.5 months to inherent time requirements of the case, and 6 months to actions of Mr. Cody. This left a total of approximately 19 months of Crown and institutional delay which exceeded the *Morin* guideline of 16 to 18 months for a case tried in superior court.¹

[16] Turning to the issue of prejudice, the trial judge found that Mr. Cody had suffered “real and substantial actual prejudice” (para. 191). In particular, Mr. Cody was subject to bail conditions that affected his liberty, he experienced mental distress and anxiety, and he lost his employment because of restrictions on his ability to travel. The trial judge also inferred that there could be prejudice to Mr. Cody’s fair trial interests because of the passage of time. Moreover, he found that nothing in Mr. Cody’s conduct suggested he was deliberately delaying the proceedings. Stressing the importance of a global assessment, the trial judge concluded that the prejudice suffered by Mr. Cody because of the delay outweighed society’s interest in a trial on the merits. Accordingly, he held that Mr. Cody’s

¹ Although it is unclear how it factored into his analysis, the trial judge separately allocated approximately 4.5 months of delay resulting from the appointment of Mr. Cody’s former counsel to the bench as “other” delay.

III. Décisions des juridictions inférieures

A. *Cour suprême de Terre-Neuve-et-Labrador — Division de première instance (le juge Burrage), 2014 NLTD(G) 161, 359 Nfld. & P.E.I.R. 123*

[15] Parce que le juge de première instance a rendu sa décision avant que notre Cour ne dépose ses motifs dans l’affaire *Jordan*, il a appliqué l’ancien cadre d’analyse énoncé dans l’arrêt *Morin*. Il a fait remarquer que le délai total qui s’était écoulé entre le dépôt des accusations contre M. Cody et la date fixée pour le procès de ce dernier était d’environ 60,5 mois. Il a attribué approximativement 13 mois à la renonciation de la défense à invoquer une portion du délai, ainsi que 17,5 mois aux délais inhérents au dossier et 6 mois aux actions de M. Cody. Il restait donc un délai total d’environ 19 mois imputable aux actions du ministère public et aux délais institutionnels. Ce délai était supérieur au délai de 16 à 18 mois que prévoyaient les lignes directrices de l’arrêt *Morin* pour un procès en cour supérieure¹.

[16] Pour ce qui est de la question du préjudice, le juge de première instance a conclu que M. Cody avait subi [TRADUCTION] « effectivement un préjudice réel et substantiel » (par. 191). Plus précisément, le juge a indiqué que M. Cody était assujéti à des conditions de mise en liberté sous caution qui restreignaient sa liberté, que celui-ci souffrait de détresse psychologique et d’anxiété et qu’il avait perdu son emploi en raison des restrictions imposées à sa capacité de voyager. Le juge de première instance a également inféré que le passage du temps pourrait entraîner une atteinte au droit de M. Cody à un procès équitable. De plus, il a estimé que rien dans la conduite de M. Cody ne tendait à indiquer que ce dernier retardait délibérément l’instance. Soulignant l’importance d’une appréciation globale, le juge de

¹ Bien que le rôle qu’a joué la conclusion suivante dans son analyse ne soit pas clair, le juge de première instance a considéré séparément, sous la rubrique [TRADUCTION] « autre » délai, un délai d’environ 4,5 mois résultant de la nomination de l’ancien avocat de M. Cody comme juge.

right under s. 11(b) had been breached and ordered a stay of proceedings.

B. *Supreme Court of Newfoundland and Labrador — Court of Appeal (Welsh, White (dissenting) and Hoegg J.J.A.), 2016 NLCA 57, 365 C.R.R. (2d) 111*

[17] While the Crown’s appeal from the trial judge’s stay order was under reserve, this Court released its decision in *Jordan*. Written submissions on its significance were then filed by Mr. Cody and the Crown at the Court of Appeal.

[18] The majority allowed the appeal. Applying the *Jordan* framework, it found a number of exceptional circumstances relating primarily to disclosure, the unexpected *McNeil* issue and the error in the agreed statement of facts. After accounting for these deductions, it quantified the net delay as approximately 16 months, well below the presumptive ceiling. Accordingly, it set aside the stay of proceedings and remitted the matter for trial.

[19] The dissenting judge would have upheld the stay of proceedings. Viewing the matter globally, he noted that the five years it took for a five-day trial was contrary to the s. 11(b) promise of trial within a reasonable time. He disagreed with the majority on the attribution of several periods of delay to exceptional circumstances, and he held that the transitional exceptional circumstance was not intended to justify delay that would have been unreasonable under the *Morin* framework. Ultimately, after considering defence delay and exceptional circumstances, he tallied the delay at over 39 months,

première instance a conclu que le préjudice subi par M. Cody en raison du délai écoulé l’emportait sur l’intérêt de la société à la tenue d’un procès au fond. En conséquence, il a statué qu’il y avait eu violation du droit garanti à M. Cody par l’al. 11b) et il a ordonné l’arrêt des procédures.

B. *Cour suprême de Terre-Neuve-et-Labrador — Cour d’appel (les juges Welsh, White (dissent) et Hoegg), 2016 NLCA 57, 365 C.R.R. (2d) 111*

[17] Pendant que la Cour d’appel délibérait sur l’appel du ministère public visant l’ordonnance d’arrêt des procédures prononcée par le juge du procès, notre Cour a rendu sa décision dans *Jordan*. M. Cody et le ministère public ont par la suite déposé auprès de la Cour d’appel des observations écrites sur la portée de cet arrêt.

[18] Les juges majoritaires ont accueilli l’appel. Appliquant le cadre d’analyse établi dans *Jordan*, ils ont relevé un certain nombre de circonstances exceptionnelles concernant principalement la communication de la preuve, la situation imprévue liée à l’arrêt *McNeil* et l’erreur figurant dans l’exposé conjoint des faits. Après avoir tenu compte de ces déductions, ils ont calculé que le délai net s’établissait à environ 16 mois, délai bien inférieur au plafond présumé. Ils ont en conséquence annulé l’arrêt des procédures et renvoyé l’affaire pour qu’elle soit jugée.

[19] Le juge dissident aurait pour sa part confirmé l’arrêt des procédures. Considérant l’affaire dans son ensemble, il a souligné que le délai de cinq ans qui s’est écoulé avant qu’un procès de cinq jours ne soit mis au rôle contrevenait à la promesse formulée à l’al. 11b) concernant la tenue des procès dans un délai raisonnable. Il a exprimé son désaccord avec les juges majoritaires sur l’attribution de plusieurs portions du délai à des circonstances exceptionnelles, et il a conclu que la mesure transitoire exceptionnelle n’est pas censée être appliquée pour justifier un délai qui aurait été déraisonnable suivant

which significantly exceeded the presumptive ceiling and warranted a stay.

IV. Analysis

A. *The Jordan Framework*

[20] The new framework established in *Jordan* for analyzing whether an accused person’s right to a trial within a reasonable time has been breached centres on two presumptive ceilings: 18 months for cases tried in provincial courts and 30 months for cases tried in superior courts (*Jordan*, at para. 46).

[21] The first step under this framework entails “calculating the total delay from the charge to the actual or anticipated end of trial” (*Jordan*, at para. 60). In this case, an information was sworn against Mr. Cody on January 12, 2010, and his trial was scheduled to conclude on January 30, 2015. This makes the total delay approximately 60.5 months.

[22] After the total delay is calculated, “delay attributable to the defence must be subtracted” (*Jordan*, at para. 60). The result, or net delay, must then be compared to the applicable presumptive ceiling. The analysis then “depends upon whether the remaining delay — that is, the delay which was not caused by the defence — is *above* or *below* the presumptive ceiling” (*Jordan*, at para. 67 (emphasis in original)).

[23] If the net delay falls below the ceiling,

then the onus is on the defence to show that the delay is unreasonable. To do so, the defence must establish that (1) it took meaningful steps that demonstrate a sustained effort to expedite the proceedings, *and* (2) the case took markedly longer than it reasonably should have. [Emphasis in original.]

(*Jordan*, at para. 48)

le cadre d’analyse énoncé dans *Morin*. Finalement, après avoir pris en compte les délais imputables à la défense et les circonstances exceptionnelles, il est arrivé à un délai de plus de 39 mois, délai qui dépassait considérablement le plafond présumé et commandait l’arrêt des procédures.

IV. Analyse

A. *Le cadre d’analyse établi dans Jordan*

[20] Le nouveau cadre d’analyse établi dans l’arrêt *Jordan* pour déterminer s’il y a eu atteinte au droit de l’inculpé d’être jugé dans un délai raisonnable repose sur deux plafonds présumés : 18 mois pour les affaires instruites devant une cour provinciale et 30 mois pour celles instruites devant une cour supérieure (*Jordan*, par. 46).

[21] La première étape de l’analyse prévue par ce cadre commence par le « calcul du délai total entre le dépôt des accusations et la conclusion réelle ou anticipée du procès » (*Jordan*, par. 60). En l’espèce, une dénonciation a été déposée contre M. Cody le 12 janvier 2010, et, selon les dates qui avaient été fixées pour la tenue de son procès, celui-ci devait se terminer le 30 janvier 2015. Il en découle donc un délai total d’environ 60,5 mois.

[22] Une fois le délai total calculé, « il faut en soustraire le délai imputable à la défense » (*Jordan*, par. 60). Le résultat de ce calcul — ou délai net — doit ensuite être comparé au plafond présumé qui s’applique. La suite de l’analyse « dépend de la question de savoir si le reste du délai — c’est-à-dire le délai qui n’a pas été causé par la défense — se situe *au-delà* de ou *en deçà* du plafond présumé » (*Jordan*, par. 67 (en italique dans l’original)).

[23] Si le délai net est inférieur au plafond,

il incombe à la défense de démontrer le caractère déraisonnable du délai. Pour ce faire, elle doit prouver (1) qu’elle a pris des mesures utiles qui font la preuve d’un effort soutenu pour accélérer l’instance, *et* (2) que le procès a été nettement plus long qu’il aurait dû raisonnablement l’être. [En italique dans l’original.]

(*Jordan*, par. 48)

[24] If the net delay exceeds the ceiling,

then the delay is presumptively unreasonable. To rebut this presumption, the Crown must establish the presence of exceptional circumstances. If it cannot, the delay is unreasonable and a stay will follow.

(*Jordan*, at para. 47)

[25] Where charges pre-date *Jordan* and the delay remains presumptively unreasonable after deducting defence delay and accounting for and considering exceptional circumstances, the Crown may nevertheless demonstrate that the transitional exceptional circumstance justifies the delay (*Jordan*, at paras. 95-96).

B. *Defence Delay*

[26] Defence delay is divided into two components: (1) “delay waived by the defence”; and (2) “delay that is caused solely by the conduct of the defence” (*Jordan*, at paras. 61 and 63).

(1) Waiver

[27] A waiver of delay by the defence may be explicit or implicit, but must be informed, clear and unequivocal (*Jordan*, at para. 61). In this case, it is undisputed that Mr. Cody expressly waived 13 months of delay. Accounting for this reduces the net delay to approximately 47.5 months.

(2) Delay Caused by Defence Conduct

(a) *Deducting Delay*

[28] In broad terms, the second component is concerned with defence conduct and is intended to prevent the defence from benefitting from “its own delay-causing action or inaction” (*Jordan*, at para. 113). It applies to any situation where the

[24] Si le délai net dépasse le plafond,

il est présumé déraisonnable. Pour réfuter cette présomption, le ministère public doit établir la présence de circonstances exceptionnelles. S’il ne peut le faire, le délai est déraisonnable et un arrêt des procédures doit suivre.

(*Jordan*, par. 47)

[25] Lorsque le dépôt des accusations est antérieur à l’arrêt *Jordan*, et que le délai est toujours présumé déraisonnable après que le délai imputable à la défense a été déduit et que les circonstances exceptionnelles ont été examinées et prises en compte, il demeure néanmoins possible au ministère public de démontrer que le délai peut être justifié par application de la mesure transitoire exceptionnelle (*Jordan*, par. 95-96).

B. *Délai imputable à la défense*

[26] Le délai imputable à la défense comporte deux volets : (1) « le délai que la défense renonce à invoquer » et (2) « le délai qui résulte uniquement de la conduite de cette dernière » (*Jordan*, par. 61 et 63).

(1) Renonciation

[27] La renonciation de la défense à invoquer une portion du délai peut être explicite ou implicite, mais elle doit être éclairée, claire et sans équivoque (*Jordan*, par. 61). Il n’est pas contesté en l’espèce que M. Cody a expressément renoncé à invoquer une période de 13 mois de délai. La prise en compte de cette renonciation réduit le délai net à environ 47,5 mois.

(2) Délai causé par la conduite de la défense

a) *Déduction du délai*

[28] En termes généraux, le deuxième volet a trait à la conduite de la défense et vise à empêcher qu’elle ne puisse tirer avantage de « sa propre action ou de sa propre inaction lorsque celle-ci a pour effet de causer un délai » (*Jordan*, par. 113). Ce

defence conduct has “solely or directly” caused the delay (*Jordan*, at para. 66).

[29] However, not all delay caused by defence conduct should be deducted under this component. In setting the presumptive ceilings, this Court recognized that an accused person’s right to make full answer and defence requires that the defence be permitted time to prepare and present its case. To this end, the presumptive ceilings of 30 months and 18 months have “already accounted for [the] procedural requirements” of an accused person’s case (*Jordan*, at para. 65; see also paras. 53 and 83). For this reason, “defence actions legitimately taken to respond to the charges fall outside the ambit of defence delay” and should not be deducted (*Jordan*, at para. 65).

[30] The only deductible defence delay under this component is, therefore, that which: (1) is solely or directly caused by the accused person; and (2) flows from defence action that is illegitimate inasmuch as it is not taken to respond to the charges. As we said in *Jordan*, the most straightforward example is “[d]eliberate and calculated defence tactics aimed at causing delay, which include frivolous applications and requests” (*Jordan*, at para. 63). Similarly, where the court and Crown are ready to proceed, but the defence is not, the resulting delay should also be deducted (*Jordan*, at para. 64). These examples were, however, just that — examples. They were not stated in *Jordan*, nor should they be taken now, as exhaustively defining deductible defence delay. Again, as was made clear in *Jordan*, it remains “open to trial judges to find that other defence actions or conduct have caused delay” warranting a deduction (para. 64).

volet s’applique à toute situation où le délai est causé « uniquement ou directement » par la conduite de la défense (*Jordan*, par. 66).

[29] Cependant, ce ne sont pas tous les délais causés par la conduite de la défense qui doivent être déduits en application de ce deuxième volet. Lorsqu’elle a fixé les plafonds présumés, la Cour a reconnu que le droit de l’accusé de présenter une défense pleine et entière exige que la défense se voie allouer du temps pour préparer et présenter sa preuve. À cette fin, les plafonds présumés de 30 mois et de 18 mois tiennent « déjà [. . .] compte des exigences procédurales » liées à la préparation et à la présentation par l’accusé de sa cause (*Jordan*, par. 65; voir aussi les par. 53 et 83). Pour cette raison, « le temps nécessaire pour traiter les mesures prises légitimement par la défense afin de répondre aux accusations portées contre elle est exclu du délai qui lui est imputable » et ne devrait pas être déduit (*Jordan*, par. 65).

[30] Le seul délai imputable à la défense qui peut être déduit en vertu de ce volet est donc un délai qui : (1) est causé uniquement ou directement par l’accusé; et (2) découle d’une mesure prise illégitimement par la défense dans la mesure où elle ne vise pas à répondre aux accusations. Comme nous l’avons indiqué dans *Jordan*, l’exemple le plus simple d’un tel délai est le « recours délibéré de la défense à des tactiques dilatoires, notamment à des demandes frivoles » (*Jordan*, par. 63). De même, lorsque le tribunal et le ministère public sont prêts à procéder, mais que la défense ne l’est pas, le délai qui en résulte devrait également être déduit (*Jordan*, par. 64). Toutefois, ces quelques situations se voulaient uniquement des exemples — et rien d’autre. Ces exemples n’étaient pas présentés dans *Jordan* — et ne devraient pas non plus être considérés maintenant — comme ayant pour effet d’énoncer de façon exhaustive les délais imputables à la défense susceptibles d’être déduits. Encore une fois, comme il a été clairement indiqué dans l’arrêt *Jordan*, il demeure loisible au juge du procès de « conclure que d’autres mesures ou actes de la défense ont causé le délai » justifiant une déduction (par. 64).

[31] The determination of whether defence conduct is legitimate is “by no means an exact science” and is something that “first instance judges are uniquely positioned to gauge” (*Jordan*, at para. 65). It is highly discretionary, and appellate courts must show a correspondingly high level of deference thereto. While trial judges should take care to not second-guess steps taken by defence for the purposes of responding to the charges, they must not be reticent about finding defence action to be illegitimate where it is appropriate to do so.

[32] Defence conduct encompasses both substance and procedure — the decision to take a step, *as well as the manner in which it is conducted*, may attract scrutiny. To determine whether defence action is legitimately taken to respond to the charges, the circumstances surrounding the action or conduct may therefore be considered. The overall number, strength, importance, proximity to the *Jordan* ceilings, compliance with any notice or filing requirements and timeliness of defence applications may be relevant considerations. Irrespective of its merit, a defence action may be deemed not legitimate in the context of a s. 11(b) application if it is designed to delay or if it exhibits marked inefficiency or marked indifference toward delay.

[33] As well, inaction may amount to defence conduct that is not legitimate (*Jordan*, at paras. 113 and 121). Illegitimacy may extend to omissions as well as acts (see, for example in another context, *R. v. Dixon*, [1998] 1 S.C.R. 244, at para. 37). Accused persons must bear in mind that a corollary of the s. 11(b) right “to be tried within a reasonable time” is the responsibility to avoid causing unreasonable delay. Defence counsel are therefore expected to “actively advanc[e] their clients’ right to a trial within a reasonable time, collaborat[e] with Crown

[31] La détermination de la légitimité de la conduite de la défense ne participe « aucunement d’une science exacte » et elle constitue une question que « les juges de première instance sont particulièrement bien placés pour juger » (*Jordan*, par. 65). Il s’agit d’une décision présentant un caractère discrétionnaire élevé, à l’égard de laquelle les tribunaux d’appel doivent faire montre d’un degré de déférence similairement élevé. Bien que les juges de première instance doivent se garder de remettre en question les mesures prises par la défense en vue de répondre aux accusations, ils ne doivent pas hésiter à conclure à l’illégitimité d’une mesure de la défense lorsqu’il y a lieu de le faire.

[32] La notion de conduite de la défense vise autant le fond que la procédure — la décision de prendre une mesure, *ainsi que la manière dont celle-ci est exécutée*, sont toutes deux susceptibles d’examen. Pour déterminer si une action de la défense a été prise légitimement en vue de répondre aux accusations, les circonstances entourant l’action ou la conduite peuvent donc être prises en considération. Le nombre total des demandes présentées par la défense, leur solidité, leur importance, la proximité des plafonds établis dans *Jordan*, le respect de toutes les exigences en matière de préavis ou de dépôt et la présentation de ces demandes dans les délais impartis constituent autant de considérations pertinentes qui peuvent être prises en compte. Indépendamment de son bien-fondé, une action de la défense peut être considérée illégitime dans le contexte d’une demande fondée sur l’al. 11b) si elle vise à retarder l’instance ou encore si elle témoigne d’une inefficacité ou indifférence marquées à l’égard des délais.

[33] L’inaction peut elle aussi constituer une conduite illégitime de la part de la défense (*Jordan*, par. 113 et 121). L’illégitimité peut s’étendre tant aux omissions qu’aux actions (voir, par exemple, dans un autre contexte, *R. c. Dixon*, [1998] 1 R.C.S. 244, par. 37). Les accusés doivent garder à l’esprit que le « droit d’être jugé dans un délai raisonnable » garanti par l’al. 11b) a pour corollaire la responsabilité d’éviter de causer un délai déraisonnable. L’avocat de la défense est donc censé « faire valoir activement les droits de son client à un procès tenu dans un délai

counsel when appropriate and . . . us[e] court time efficiently” (*Jordan*, at para. 138).

[34] This understanding of illegitimate defence conduct should not be taken as diminishing an accused person’s right to make full answer and defence. Defence counsel may still pursue all available substantive and procedural means to defend their clients. What defence counsel are not permitted to do is to engage in illegitimate conduct and then have it count towards the *Jordan* ceiling. In this regard, while we recognize the potential tension between the right to make full answer and defence and the right to be tried within a reasonable time — and the need to balance both — in our view, neither right is diminished by the deduction of delay caused by illegitimate defence conduct.

[35] We stress that illegitimacy in this context does not necessarily amount to professional or ethical misconduct on the part of defence counsel. A finding of illegitimate defence conduct need not be tantamount to a finding of professional misconduct. Instead, legitimacy takes its meaning from the culture change demanded in *Jordan*. All justice system participants — defence counsel included — must now accept that many practices which were formerly commonplace or merely tolerated are no longer compatible with the right guaranteed by s. 11(b) of the *Charter*.

(b) *Preventing Delay*

[36] To effect real change, it is necessary to do more than engage in a retrospective accounting of delay. It is not enough to “pick up the pieces once the delay has transpired” (*Jordan*, at para. 35). A proactive approach is required that prevents unnecessary delay by targeting its root causes. All participants in the criminal justice system share this responsibility (*Jordan*, at para. 137).

raisonnable, collaborer avec l’avocat du ministère public lorsque cela sera indiqué et [. . .] utiliser de façon efficace le temps du tribunal » (*Jordan*, par. 138).

[34] Il ne faudrait pas voir dans cette interprétation de la notion de conduite illégitime de la défense un amoindrissement du droit de l’accusé à une défense pleine et entière. Les avocats de la défense peuvent encore faire valoir tous les moyens de fond et de procédure à leur disposition pour défendre leurs clients. Ce qu’ils ne sont pas autorisés à faire, c’est adopter une conduite illégitime et faire ensuite compter le délai en résultant dans le calcul visant à déterminer si le plafond fixé dans *Jordan* est atteint. À cet égard, bien que nous soyons conscients de la tension potentielle entre le droit à une défense pleine et entière et le droit d’être jugé dans un délai raisonnable — ainsi que de la nécessité d’établir un juste équilibre entre ces deux droits —, nous estimons qu’aucun de ces droits n’est amoindri par la déduction d’un délai causé par une conduite illégitime de la défense.

[35] Nous tenons à souligner que, dans le contexte qui nous intéresse, l’illégitimité d’une conduite n’équivaut pas nécessairement à une faute professionnelle ou éthique de la part de l’avocat de la défense. En effet, il n’est pas nécessaire que la conduite illégitime de la défense qui a été constatée constitue une faute professionnelle. La légitimité tire plutôt son sens du changement de culture exigé dans *Jordan*. Toutes les personnes associées au système judiciaire — y compris les avocats de la défense — doivent désormais accepter que de nombreuses pratiques qui étaient auparavant courantes ou simplement tolérées ne sont plus compatibles avec le droit garanti par l’al. 11b) de la *Charte*.

b) *Prévenir le délai*

[36] Pour opérer un véritable changement, on ne peut se limiter à une comptabilisation rétrospective du délai. Il ne suffit pas de « ramasser les pots cassés une fois que le délai s’est produit » (*Jordan*, par. 35). Il faut plutôt adopter une approche proactive qui permet de prévenir les délais inutiles en s’attaquant à leurs causes profondes. Il s’agit d’une responsabilité qui incombe à toutes les personnes associées au système de justice criminelle (*Jordan*, par. 137).

[37] We reiterate the important role trial judges play in curtailing unnecessary delay and “changing courtroom culture” (*Jordan*, at para. 114). As this Court observed in *Jordan*, the role of the courts in effecting real change involves

implementing more efficient procedures, including scheduling practices. Trial courts may wish to review their case management regimes to ensure that they provide the tools for parties to collaborate and conduct cases efficiently. Trial judges should make reasonable efforts to control and manage the conduct of trials. Appellate courts must support these efforts by affording deference to case management choices made by courts below. All courts, including this Court, must be mindful of the impact of their decisions on the conduct of trials. [para. 139]

In scheduling, for example, a court may deny an adjournment request on the basis that it would result in unacceptably long delay, even where it would be deductible as defence delay.

[38] In addition, trial judges should use their case management powers to minimize delay. For example, before permitting an application to proceed, a trial judge should consider whether it has a reasonable prospect of success. This may entail asking defence counsel to summarize the evidence it anticipates eliciting in the *voir dire* and, where that summary reveals no basis upon which the application could succeed, dismissing the application summarily (*R. v. Kutynec* (1992), 7 O.R. (3d) 277 (C.A.), at pp. 287-89; *R. v. Vukelich* (1996), 108 C.C.C. (3d) 193 (B.C.C.A.)). And, even where an application is permitted to proceed, a trial judge’s screening function subsists: trial judges should not hesitate to summarily dismiss “applications and requests the moment it becomes apparent they are frivolous” (*Jordan*, at para. 63). This screening function applies equally to Crown applications and requests. As a best practice, all counsel — Crown and defence

[37] Il convient de rappeler le rôle important que jouent les juges de première instance en vue de réduire les délais inutiles et de « changer la culture en salle d’audience » (*Jordan*, par. 114). Comme l’a fait observer notre Cour dans *Jordan*, pour que s’opère un véritable changement, le rôle des tribunaux consiste entre autres choses à

mettre en œuvre des procédures plus efficaces, notamment des pratiques d’établissement de calendriers pour les procès. Les tribunaux de première instance souhaiteront peut-être revoir leurs régimes de gestion des instances pour s’assurer que ceux-ci fournissent aux parties les outils nécessaires pour collaborer et mener les dossiers de façon efficace. Les juges devront en outre faire des efforts raisonnables pour diriger et gérer le déroulement des procès. Les tribunaux d’appel devront appuyer ces efforts en faisant preuve de déférence à l’égard des choix des cours de première instance en matière de gestion des instances. Enfin, tous les tribunaux, y compris la Cour, devront tenir compte de l’impact de leurs décisions sur le déroulement des procès. [par. 139]

Dans l’établissement de son calendrier d’audiences, par exemple, un tribunal peut refuser une demande d’ajournement pour le motif qu’il en résulterait un délai intolérablement long, et ce, même si cette période pourrait par ailleurs être déduite en tant que délai imputable à la défense.

[38] En outre, les juges de première instance devraient utiliser leurs pouvoirs de gestion des instances pour réduire les délais au minimum. Par exemple, avant de permettre qu’une demande soit entendue, le juge de première instance devrait se demander si elle présente des chances raisonnables de succès. À cette fin, il peut notamment demander à l’avocat de la défense de résumer la preuve qu’il prévoit présenter lors du *voir dire*, puis rejeter celle-ci sommairement si ce résumé ne révèle aucun motif qui indiquerait que la demande a des chances d’être accueillie (*R. c. Kutynec* (1992), 7 O.R. (3d) 277 (C.A.), p. 287-289; *R. c. Vukelich* (1996), 108 C.C.C. (3d) 193 (C.A. C.-B.)). De plus, même s’il permet que la demande soit entendue, le juge de première instance continue d’exercer sa fonction de filtrage : les juges de première instance ne devraient pas hésiter à rejeter sommairement des « demandes dès qu’il apparaît évident qu’elles sont frivoles »

— should take appropriate opportunities to ask trial judges to exercise such discretion.

[39] Trial judges should also be active in suggesting ways to improve efficiency in the conduct of legitimate applications and motions, such as proceeding on a documentary record alone. This responsibility is shared with counsel.

(c) *Application*

[40] In this case, we would deduct two periods of time as defence delay. First, it was undisputed throughout the proceedings that the delay resulting from Mr. Cody's first change of counsel should be deducted as defence delay.

[41] The second period arises from Mr. Cody's recusal application alleging reasonable apprehension of bias. The trial judge found that this application did not further Mr. Cody's right to full answer and defence and attributed the resulting 2.5 months of delay equally to the Crown and defence. On appeal, the Court of Appeal was unanimous in finding that the recusal application was meritless, frivolous or illegitimate.

[42] These latter characterizations are well founded on the record, and we agree with them. The recusal application is a clear example of frivolous and illegitimate defence conduct that directly causes delay. Indeed, it was the sort of application that, henceforward, ought to be summarily dismissed.

[43] After accounting for these two deductions, the net delay is approximately 44 months. Beyond that, the trial judge found that there was "nothing

(*Jordan*, par. 63). Cette fonction de filtrage s'applique également aux demandes présentées par le ministère public. En guise de pratique exemplaire, tous les avocats — autant les avocats du ministère public que les avocats de la défense — devraient, dans les cas indiqués, demander aux juges de première instance d'exercer ce pouvoir discrétionnaire.

[39] Les juges de première instance devraient eux aussi proposer activement des moyens d'instruire plus efficacement les demandes et requêtes légitimes, par exemple en procédant sur dossier seulement. Cette responsabilité incombe également aux avocats.

c) *Application*

[40] En l'espèce, nous sommes d'avis de déduire deux périodes au titre des délais imputables à la défense. Pour ce qui est de la première période, le fait que le délai résultant du premier changement d'avocat de M. Cody devait être soustrait comme délai imputable à la défense n'a à aucun moment été contesté au cours des procédures.

[41] Pour ce qui est de la seconde période, celle-ci découle de la demande de récusation qu'a présentée M. Cody en invoquant une crainte raisonnable de partialité. Le juge de première instance a conclu que cette demande n'était d'aucune façon le droit de M. Cody à une défense pleine et entière, et il a réparti également entre le ministère public et la défense les 2,5 mois qui en ont résulté. En appel, la Cour d'appel a conclu à l'unanimité que la demande de récusation était dénuée de fondement, frivole ou illégitime.

[42] Au vu du dossier, ces qualificatifs sont justifiés et nous y souscrivons. La demande de récusation constitue un exemple évident de conduite frivole et illégitime de la part de la défense qui entraîne directement un délai. En effet, il s'agit du genre de demandes qui, désormais, devraient être rejetées sommairement.

[43] Une fois ces deux périodes déduites, le délai net s'établit à environ 44 mois. Mis à part ces deux périodes, le juge de première instance a conclu que

in Cody's conduct to suggest that he [was] deliberately delaying matters so as to avoid a speedy trial" (para. 175). This finding is entitled to deference and we would not interfere.

C. *Exceptional Circumstances*

[44] Because the net delay of approximately 44 months exceeds the 30-month ceiling, it is presumptively unreasonable, and it falls to the Crown to demonstrate exceptional circumstances (*Jordan*, at para. 68).

[45] Exceptional circumstances were described in *Jordan* as follows:

Exceptional circumstances lie outside the Crown's control in the sense that (1) they are reasonably unforeseen or reasonably unavoidable, and (2) Crown counsel cannot reasonably remedy the delays emanating from those circumstances once they arise. [Emphasis deleted; para. 69.]

[46] Exceptional circumstances generally fall into two categories: discrete events and particularly complex cases (*Jordan*, at para. 71). In addition, transitional considerations may be taken into account as a third form of exceptional circumstances where, as here, the case was already in the system when *Jordan* was decided (*Jordan*, at paras. 94-98).

[47] In this case, the Crown relies on each form of exceptional circumstance to argue that the delay in this case falls below the presumptive ceiling. Alternatively, the Crown asserts that any excess delay is justified as reasonable.

(1) Discrete Events

[48] The exceptional circumstances analysis begins with discrete events. Like defence delay, discrete events result in quantitative deductions of particular periods of time. The delay caused by discrete exceptional events or circumstances that are

[TRADUCTION] « rien dans la conduite de M. Cody ne tend à indiquer que ce dernier retard[ait] délibérément le déroulement des procédures afin d'éviter d'être jugé promptement » (par. 175). Cette conclusion commande la déférence et nous sommes d'avis de ne pas la modifier.

C. *Circonstances exceptionnelles*

[44] Comme le délai net d'environ 44 mois dépasse le plafond de 30 mois, le délai est présumé déraisonnable et il incombe au ministère public de démontrer l'existence de circonstances exceptionnelles (*Jordan*, par. 68).

[45] Les circonstances exceptionnelles envisagées ont été définies ainsi dans *Jordan* :

Des circonstances exceptionnelles sont des circonstances indépendantes de la volonté du ministère public, c'est-à-dire (1) qu'elles sont raisonnablement imprévues ou raisonnablement évitables, et (2) que l'avocat du ministère public ne peut raisonnablement remédier aux délais lorsqu'ils surviennent. [Italiques omis; par. 69.]

[46] Les circonstances exceptionnelles se divisent généralement en deux catégories : les événements distincts et les affaires particulièrement complexes (*Jordan*, par. 71). En outre, il est possible de tenir compte de considérations d'ordre transitoire comme troisième forme de circonstances exceptionnelles dans les cas où, comme celui qui nous occupe, l'instance était déjà en cours lorsque l'affaire *Jordan* a été tranchée (*Jordan*, par. 94-98).

[47] En l'espèce, le ministère public invoque chacune des formes de circonstances exceptionnelles au soutien de sa prétention que le délai est inférieur au plafond présumé. Subsidiairement, il plaide que si le délai excède ce plafond, il est néanmoins justifié au motif qu'il est raisonnable.

(1) Événements distincts

[48] L'analyse des circonstances exceptionnelles débute par l'examen des événements distincts. À l'instar du délai imputable à la défense, les événements distincts donnent lieu à la déduction quantitative de certaines périodes. Le délai causé par

reasonably unforeseeable or unavoidable is deducted to the extent it could not be reasonably mitigated by the Crown and the justice system (*Jordan*, at paras. 73 and 75).

[49] Mr. Cody concedes that his former counsel's appointment to the bench qualifies as an unavoidable discrete event, and that the 4.5 months of resultant delay should be deducted. This leaves a net delay of approximately 39.5 months.

[50] Beyond this, there are three specific time periods in this case which the Crown submits engage the discrete events category of exceptional circumstances.

(a) *Undertaking Dispute (July 8 to October 18, 2010)*

[51] The Crown says that the dispute over defence counsel's refusal to sign a disclosure undertaking was a discrete event. Requiring disclosure undertakings has been standard practice for decades, it says, and counsel's refusal to sign was unforeseeable.

[52] Even had this event been reasonably unforeseeable, it was incumbent upon the Crown to take immediate steps to resolve the undertaking dispute. Instead, resolution required three further court appearances, the filing of a series of superior court applications, and 3.5 months of accrued delay. We defer to the trial judge's finding that "it was the Crown's refusal to release the disclosure that pushed the delay beyond what might otherwise be viewed as reasonable" (para. 187). The Crown cannot satisfy the second prong of the test for exceptional circumstances. Accordingly, this period cannot be deducted.

des circonstances ou événements exceptionnels distincts qui sont raisonnablement imprévisibles ou inévitables est déduit dans la mesure où il ne pouvait raisonnablement être réduit par le ministère public et le système judiciaire (*Jordan*, par. 73 et 75).

[49] Monsieur Cody concède que la nomination de son ancien avocat à la magistrature constitue un événement distinct inévitable et que la période de 4,5 mois qui en a résulté devrait être déduite, ce qui laisse un délai net d'environ 39,5 mois.

[50] Outre ce qui précède, il y a en l'espèce trois périodes qui, de l'avis du ministère public, relèvent de la catégorie de circonstances exceptionnelles que constituent les événements distincts.

a) *Le différend concernant l'engagement (8 juillet au 18 octobre 2010)*

[51] Selon le ministère public, le différend concernant le refus de l'avocat de la défense de signer un engagement relatif à la communication de la preuve constituait un événement distinct. Le ministère public affirme que le fait d'exiger des engagements en la matière est une pratique courante depuis des décennies et que le refus de l'avocat de signer un tel engagement était imprévisible.

[52] Même si cet événement avait été raisonnablement imprévisible, il incombait au ministère public d'agir sur-le-champ pour régler le différend concernant l'engagement. Toutefois, il aura plutôt fallu trois déplacements additionnels devant les tribunaux, le dépôt d'une série de demandes en cour supérieure et une période de 3,5 mois pour résoudre ce différend. Nous faisons nôtre la conclusion du juge de première instance selon laquelle [TRADUCTION] « c'est le refus du ministère public de communiquer la preuve qui a prolongé le délai au-delà de ce qui pourrait autrement être considéré comme raisonnable » (par. 187). Comme le ministère public n'est pas en mesure de satisfaire au deuxième volet de la définition des circonstances exceptionnelles, cette période ne peut en conséquence être déduite.

(b) *McNeil Disclosure (May 6 to October 8, 2013)*

[53] The next disputed period is the five months of delay flowing from the *McNeil* disclosure issue that came to light on May 3, 2013, on the eve of the defence's scheduled *Charter* application to exclude evidence.

[54] We agree with the Crown that the emergence of this new disclosure obligation qualified as a discrete event, and would deduct a portion of the delay that followed. It was reasonably unavoidable and unforeseeable, and the Crown acted responsibly in making prompt disclosure, following up as the matter proceeded, and seeking the next earliest available dates. The Crown may have been able to take additional steps, such as disavowing any reliance on the officer's evidence or tendering it through an agreed statement of facts. However, the requirement is that of reasonableness: the Crown need not exhaust every conceivable option for redressing the event in question to satisfy the reasonable diligence requirement.

[55] That said, we would not deduct the entire five months for this event. Two months, specifically the time it took for the Crown and defence to be prepared to proceed (until late June 2013), should be deducted. However, the court was unable to accommodate them until September — that portion of delay was therefore a product of systemic limitations in the court system and not of the discrete event (*Jordan*, at para. 81) and therefore those months should not be deducted. Then, because defence counsel was unavailable in September, the matter was put over until October 2013. As this one month of delay was caused by defence counsel's unavailability (*Jordan*, at para. 64), and not by the preparation time necessary to respond to the charges (*Jordan*, at para. 65), it should be deducted.

b) *Communication de la preuve suivant l'arrêt McNeil (6 mai au 8 octobre 2013)*

[53] La période litigieuse suivante est le délai de cinq mois découlant de la situation liée à la communication de la preuve suivant l'arrêt *McNeil* qui a surgi le 3 mai 2013, la veille de la date prévue pour l'audition de la demande présentée par la défense en vertu de la *Charte* en vue d'obtenir l'exclusion de la preuve.

[54] Nous convenons avec le ministère public que cette soudaine obligation liée à la communication de la preuve a constitué un événement distinct et nous déduirions une partie du délai qui en a découlé. Cet événement était raisonnablement inévitable et imprévisible, et le ministère public a agi de manière responsable en communiquant promptement la preuve, en assurant le suivi alors que l'affaire suivait son cours et en demandant les prochaines dates disponibles les plus rapprochées possible. Le ministère public aurait peut-être pu prendre des mesures additionnelles, par exemple renoncer entièrement à utiliser la preuve émanant de l'agent ou soumettre cette preuve au moyen d'un énoncé conjoint des faits. Toutefois, le critère applicable est la raisonnablement : pour satisfaire à l'obligation de diligence raisonnable, le ministère public n'a pas à épuiser toutes les solutions imaginables en vue de remédier à l'événement en question.

[55] Cela dit, nous ne déduirions pas toute la période de cinq mois à l'égard de cet événement. Une période de deux mois, c'est-à-dire précisément le temps qu'il a fallu au ministère public et à la défense pour être prêts à procéder (vers la fin de juin 2013), devrait être déduite. Toutefois, le tribunal n'étant pas en mesure de les entendre avant septembre, un délai additionnel de deux mois a donc résulté de limites systémiques de l'appareil judiciaire, et non de l'événement distinct en question (*Jordan*, par. 81), et ces deux autres mois ne devraient en conséquence pas être déduits. Ensuite, étant donné que l'avocate de la défense n'était pas disponible en septembre, l'affaire a été repoussée en octobre 2013. Comme ce délai d'un mois a été causé par l'indisponibilité de l'avocate de la défense (*Jordan*, par. 64), et non par le temps de préparation nécessaire pour répondre aux accusations (*Jordan*, par. 65), il doit être déduit.

[56] Accounting for each of these periods, we would deduct three months of delay in connection with the *McNeil* discrete event, reducing the net delay to approximately 36.5 months.

(c) *Error in Agreed Statement of Facts (January 30 to September 10, 2014)*

[57] The final period we are urged to consider as a discrete event is the delay resulting from the error in the agreed statement of facts. We have already deducted the 2.5 months taken for the recusal application that flowed from this error as defence delay. The Crown submits that the remaining five months of delay should be deducted based on a discrete exceptional event or circumstance.

[58] In principle, an inadvertent oversight may well qualify as a discrete event. The first prong of the test for exceptional circumstances requires only that the event at issue be *reasonably* unforeseeable or *reasonably* unavoidable. It does not impose a standard of perfection upon the Crown. As this Court observed in *Jordan*, “[t]rials are not well-oiled machines” (para. 73). Mistakes happen. Indeed, they are an inevitable reality of a human criminal justice system and can lead to exceptional and reasonably unavoidable delay that should be deducted for the purpose of s. 11(b).

[59] The question under the second prong of the test is whether the Crown took reasonable steps to remediate the error and minimize delay. The Crown “is not required to show that the steps it took were ultimately successful — rather, just that it took reasonable steps in an attempt to avoid the delay” (*Jordan*, at para. 70). Upon discovering the error, the Crown promptly notified defence counsel and

[56] Après avoir considéré chacune de ces périodes, nous sommes d’avis de déduire trois mois pour l’événement distinct lié à l’arrêt *McNeil*, ce qui a pour effet de réduire le délai net à environ 36,5 mois.

c) *L’erreur figurant dans l’énoncé conjoint des faits (30 janvier au 10 septembre 2014)*

[57] La dernière période que l’on nous demande de considérer comme un événement distinct est le délai découlant de l’erreur figurant dans l’énoncé conjoint des faits. Nous avons déjà déduit les 2,5 mois consacrés à la demande de récusation qui a découlé de cette erreur en tant que délai imputable à la défense. Le ministère public soutient que les cinq mois qui restent devraient être déduits en tant que circonstance ou événement exceptionnel distinct.

[58] En principe, un oubli involontaire peut fort bien constituer un événement distinct. Le premier volet de la définition des circonstances exceptionnelles requiert uniquement que l’événement en cause ait été *raisonnablement* imprévisible ou *raisonnablement* inévitable. Il n’impose pas au ministère public le respect d’une norme de perfection. Comme l’a fait remarquer notre Cour dans *Jordan*, « [l]es procès ne constituent pas des machines bien huilées » (par. 73). Des erreurs surviennent. D’ailleurs, les erreurs sont une réalité inévitable dans un système de justice criminelle dirigé par des êtres humains, et ces erreurs peuvent entraîner des délais exceptionnels et raisonnablement inévitables qui devraient être déduits dans l’analyse requise pour l’application de l’al. 11b).

[59] La question à laquelle il faut répondre dans le cadre du deuxième volet de la définition des circonstances exceptionnelles consiste à se demander si le ministère public a pris des mesures raisonnables pour remédier à l’erreur et réduire les délais au minimum. Le ministère public « n’est pas tenu de démontrer que les mesures qu’il a prises ont été couronnées de succès — il doit plutôt uniquement

the court and maintained that the error was immaterial. Nevertheless, 7.5 months of delay ensued.

[60] These events illustrate the failings of the pre-*Jordan* culture under which the parties operated. We expect that an issue of this nature could, and should, be resolved in short order — perhaps even in a single day. For example, the source of the error could be identified and examined to confirm that it was inadvertent and innocuous. The summary dismissal procedure described above could then be applied to dispose of any further baseless applications. For progress to be realized, parties and courts must be vigilant to prevent proceedings from being derailed by discrete and relatively minor diversions of this nature, which will inevitably continue to arise.

[61] On the record before us, we are unable to conclude that the exceptional circumstances criteria were met in this case. Because the trial judge did not turn his mind to the issue of whether the error was reasonably unavoidable, his findings are not helpful in this regard. In any event, the deduction of this entire period would not reduce the net delay to below the ceiling.

(d) *Conclusion*

[62] In sum, after accounting for discrete events, the net delay in this case of approximately 36.5 months remains above the ceiling and presumptively unreasonable. We therefore turn to consider whether the time this case took was justified based on case complexity or transitional considerations.

établir qu'il a pris des mesures raisonnables pour éviter le délai » (*Jordan*, par. 70). En l'espèce, après avoir découvert l'erreur, le ministère public en a avisé promptement l'avocate de la défense ainsi que le tribunal, et il a soutenu que l'erreur était sans importance. Le tout a néanmoins entraîné un délai de 7,5 mois.

[60] Les événements susmentionnés illustrent les failles de la culture dans laquelle évoluaient les parties avant l'arrêt *Jordan*. Nous croyons qu'une question de cette nature peut, et doit, être résolue dans les meilleurs délais, peut-être même en une seule journée. Par exemple, la source de l'erreur pourrait être déterminée et examinée afin de confirmer qu'il s'agit d'une erreur anodine, commise par inadvertance. La procédure de rejet sommaire pourrait ensuite être appliquée pour écarter toute demande ultérieure dénuée de fondement. Pour que les choses s'améliorent, les parties et les tribunaux doivent faire montre de vigilance afin d'éviter que le procès ne déraile en raison de distractions distinctes et relativement mineures de cette nature, distractions qui continueront inévitablement de se produire.

[61] À la lumière du dossier qui nous a été soumis, il nous est impossible de conclure que les critères définissant les circonstances exceptionnelles sont réunis en l'espèce. Comme le juge de première instance ne s'est pas penché sur la question de savoir si l'erreur était raisonnablement inévitable, ses conclusions ne sont pas utiles relativement à cette question. De toute façon, le fait de déduire l'ensemble de cette période ne réduirait pas le délai sous le plafond applicable.

d) *Conclusion*

[62] En résumé, une fois qu'il a été tenu compte des événements distincts, le délai net d'environ 36,5 mois constaté en l'espèce demeure supérieur au plafond et il est toujours présumé déraisonnable. En conséquence, nous allons maintenant nous demander si la durée de l'affaire était justifiée eu égard à sa complexité ou à des considérations d'ordre transitoire.

(2) Particularly Complex Cases

[63] The second category of exceptional circumstances is concerned with particularly complex cases. The presumptive ceilings set in *Jordan* already reflect the “increased complexity of criminal cases since *Morin*”, including the emergence of “[n]ew offences, procedures, obligations on the Crown and police, and legal tests” (*Jordan*, at paras. 42 and 53). However, particularly complex cases may still justifiably exceed the presumptive ceilings.

[64] Unlike defence delay and discrete events, case complexity requires a qualitative, not quantitative, assessment. Complexity is an exceptional circumstance only where the case as a whole is particularly complex. Complexity cannot be used to deduct specific periods of delay. Instead, once any applicable quantitative deductions are made, and where the net delay still exceeds the presumptive ceiling, the case’s complexity as a whole may be relied upon to justify the time that the case has taken and rebut the presumption that the delay was unreasonable (*Jordan*, at para. 80).² A particularly complex case is one that “because of the nature of the evidence or the nature of the issues, require[s] an inordinate amount of trial or preparation time” (*Jordan*, at para. 77 (emphasis deleted)). When determining whether a case’s complexity is sufficient to justify its length, trial judges should consider whether the net delay is reasonable in view of the case’s overall complexity. This is a determination that falls well within the expertise of a trial judge (*Jordan*, at para. 79).

² To be clear, once a period of delay has been deducted as defence delay or a discrete event, it should not be double-counted by taking it into account when assessing case complexity.

(2) Affaires particulièrement complexes

[63] La seconde catégorie de circonstances exceptionnelles concerne les affaires particulièrement complexes. Les plafonds présumés qui ont été fixés dans *Jordan* tiennent déjà compte de la « complexité accrue des affaires criminelles depuis *Morin* », notamment l’émergence de « nouvelles infractions, procédures, obligations imposées au ministère public et à la police ainsi que de nouveaux tests juridiques » (*Jordan*, par. 42 et 53). Cela dit, il peut arriver que, dans des affaires particulièrement complexes, les délais excèdent les plafonds présumés mais soient néanmoins justifiés.

[64] Contrairement aux délais imputables à la défense et aux événements distincts, la question de la complexité d’une affaire requiert une appréciation qualitative plutôt que quantitative. La complexité ne constitue une circonstance exceptionnelle que dans les cas où l’affaire dans son ensemble est particulièrement complexe. Elle ne peut être utilisée pour déduire des portions précises du délai. Au contraire, une fois effectuées toutes les déductions d’ordre quantitatif applicables, si le délai net continue d’excéder le plafond présumé, il est alors possible d’invoquer la complexité de l’affaire dans son ensemble pour justifier sa durée et réfuter la présomption que le délai était déraisonnable (*Jordan*, par. 80)². Constitue une affaire particulièrement complexe une affaire qui, « eu égard à la nature de la preuve ou des questions soulevées, exig[e] un procès ou une période de préparation d’une durée exceptionnelle » (*Jordan*, par. 77 (italiques omis)). Le juge de première instance qui est appelé à décider si la complexité d’une affaire suffit pour justifier sa durée doit se demander si le délai net est raisonnable compte tenu de la complexité globale de cette affaire. Une telle décision relève entièrement de l’expertise des juges de première instance (*Jordan*, par. 79).

² Il convient toutefois de préciser qu’une période qui a déjà été déduite en tant que délai imputable à la défense ou événement distinct ne doit pas être prise en considération dans l’appréciation de la complexité de l’affaire et ainsi être comptée deux fois.

[65] In this case, the Crown argues that four months of delay should be deducted as an exceptional circumstance based on the complexity as demonstrated by the voluminous disclosure. The majority of the Court of Appeal agreed. This approach, however, is inconsistent with a qualitative assessment of case complexity. The delay caused by a single isolated step that has features of complexity should not have been deducted. While voluminous disclosure is a hallmark of particularly complex cases, its presence is not automatically demonstrative of complexity.³ The question is whether *the case* is sufficiently complex “such that the delay is justified” (*Jordan*, at para. 77). Here, there was extensive disclosure. However, the balance of the proceedings appear to have been relatively straightforward. In our view, even after accounting for the voluminous disclosure, this does not qualify as a particularly complex case.

[66] Nevertheless, as the charges in this case arose before this Court’s decision in *Jordan*, it remains to be seen whether the transitional exceptional circumstance may justify the delay.

D. *The Transitional Exceptional Circumstance*

[67] The new framework in *Jordan* applies to cases already in the system (*Jordan*, at para. 95). However, in some cases, the transitional exceptional circumstance may justify a presumptively unreasonable delay where the charges were brought prior to the release of *Jordan* (*Jordan*, at para. 96). This should be the final step in the analysis, taken only where, as here, the deduction of discrete events does not reduce the delay below the presumptive ceiling

³ This does not preclude the possibility that a discrete exceptional event or circumstance related to disclosure could qualify as a “discrete event” within the *Jordan* framework.

[65] Dans la présente affaire, le ministère public fait valoir qu’une période de quatre mois devrait être déduite en tant que circonstance exceptionnelle vu la complexité de l’affaire, complexité que démontre la preuve volumineuse qui a été communiquée. En Cour d’appel, les juges de la majorité ont retenu cet argument. Cependant, cette conclusion est incompatible avec une appréciation qualitative de la complexité de l’affaire. Le délai qui a été causé par une seule étape isolée présentant des aspects complexes n’aurait pas dû être déduit. Bien qu’une preuve volumineuse à communiquer constitue un aspect caractéristique des affaires particulièrement complexes, la présence d’une telle preuve ne démontre pas automatiquement qu’une affaire est complexe³. La question consiste plutôt à déterminer si *l’affaire* est suffisamment complexe, « si bien que le délai est justifié » (*Jordan*, par. 77). En l’espèce, une preuve considérable a effectivement été communiquée, mais le reste de l’instance semble avoir été relativement simple. À notre avis, même en tenant compte de la preuve volumineuse qui a été communiquée, la présente affaire ne saurait être qualifiée de particulièrement complexe.

[66] Néanmoins, comme les accusations qui ont été portées en l’espèce l’ont été avant la décision de notre Cour dans l’affaire *Jordan*, il reste à se demander si le délai peut être justifié par l’application de la mesure transitoire exceptionnelle.

D. *La mesure transitoire exceptionnelle*

[67] Le nouveau cadre d’analyse établi dans *Jordan* s’applique aux affaires déjà en cours (*Jordan*, par. 95). Cependant, un délai présumé déraisonnable peut dans certains cas être justifié en invoquant la mesure transitoire exceptionnelle, lorsque les accusations ont été déposées avant le prononcé de l’arrêt *Jordan* (*Jordan*, par. 96). Il devrait s’agir de la dernière étape de l’analyse et on ne devrait y recourir que dans les cas où, comme en l’espèce, la déduction

³ Cela n’écarte pas la possibilité que des circonstances ou événements exceptionnels distincts liés à la communication de la preuve puissent constituer un « événement distinct » suivant le cadre établi dans *Jordan*.

and excess delay cannot be justified based on case complexity.

[68] Like case complexity, the transitional exceptional circumstance assessment involves a qualitative exercise. It recognizes “the fact that the parties’ behaviour cannot be judged strictly, against a standard of which they had no notice” and that “change takes time” (*Jordan*, at paras. 96-97). The Crown may rely on the transitional exceptional circumstance if it can show that “the time the case has taken is justified based on the parties’ reasonable reliance on the law as it previously existed” (*Jordan*, at para. 96). Put another way, the Crown may show that it cannot be faulted for failing to take further steps, because it would have understood the delay to be reasonable given its expectations prior to *Jordan* and the way delay and the other factors such as the seriousness of the offence and prejudice would have been assessed under *Morin*.

[69] To be clear, it is presumed that the Crown and defence relied on the previous law until *Jordan* was released. In this regard, the exceptionality of the “transitional exceptional circumstance” does not lie in the rarity of its application, but rather in its temporary justification of delay that exceeds the ceiling based on the parties’ reasonable reliance on the law as it previously existed (*Jordan*, at para. 96). The transitional exceptional circumstance should be considered in cases that were in the system before *Jordan*. The determination of whether delay in excess of the presumptive ceiling is justified on the basis of reliance on the law as it previously existed must be undertaken contextually and with due “sensitiv[ity] to the manner in which the previous framework was applied” (*Jordan*, at paras. 96 and 98). Under the *Morin* framework, prejudice and seriousness of the offence “often played a decisive role in whether delay was unreasonable” (*Jordan*, at para. 96). Additionally, some jurisdictions are plagued with significant and notorious institutional

de périodes liées à des événements distincts ne réduit pas le délai sous le plafond présumé, et où un délai supérieur au plafond ne peut être justifié sur la base de la complexité de l’affaire.

[68] Tout comme le critère de la complexité de l’affaire, l’application de la mesure transitoire exceptionnelle implique une appréciation qualitative, qui tient compte du « fait que la conduite des parties ne peut être jugée rigoureusement en fonction d’une norme dont elles n’avaient pas connaissance » et qu’il « faut du temps pour implanter des changements » (*Jordan*, par. 96-97). Le ministère public ne peut invoquer la mesure transitoire exceptionnelle que s’il est capable d’établir que « le temps qui s’est écoulé est justifié du fait que les parties se sont raisonnablement conformées au droit tel qu’il existait au préalable » (*Jordan*, par. 96). Autrement dit, il est permis au ministère public de démontrer qu’on ne peut lui reprocher de ne pas avoir pris de mesures additionnelles, étant donné que le délai lui apparaissait raisonnable eu égard à sa compréhension du droit avant *Jordan* et à la manière dont ce délai et d’autres facteurs tels la gravité de l’infraction et le préjudice étaient évalués suivant l’arrêt *Morin*.

[69] Il importe de préciser que le ministère public et la défense sont présumés s’être fiés sur le droit antérieur à l’arrêt *Jordan*. À cet égard, la nature exceptionnelle de la « mesure transitoire exceptionnelle » ne repose pas sur le fait qu’elle s’applique rarement, mais plutôt sur le fait qu’elle s’applique temporairement pour justifier des délais qui excèdent le plafond parce que les parties se sont raisonnablement conformées au droit tel qu’il existait auparavant (*Jordan*, par. 96). En effet, la mesure transitoire exceptionnelle doit être considérée dans les affaires qui étaient en cours avant *Jordan*. L’examen de la question de savoir si un délai excédant le plafond présumé est justifié pour cette raison doit être réalisé contextuellement et en tenant compte comme il se doit de « la manière dont l’ancien cadre a été appliqué » (*Jordan*, par. 96 et 98). Suivant le cadre qui avait été établi dans l’arrêt *Morin*, le préjudice subi et la gravité de l’infraction « ont souvent joué un rôle décisif dans la décision quant au caractère raisonnable du délai » (*Jordan*,

delays, which was considered under *Morin* as well (*Jordan*, at para. 97; *Morin*, at pp. 799-800). For cases currently in the system, these considerations can inform whether any excess delay may be justified as reasonable (*Jordan*, at para. 96).

[70] It is important to clarify one aspect of these considerations. This Court's decision in *R. v. Williamson*, 2016 SCC 28, [2016] 1 S.C.R. 741, should not be read as discounting the important role that the seriousness of the offence and prejudice play under the transitional exceptional circumstance. The facts of *Williamson* were unusual, in that it involved a straightforward case and an accused person who made repeated efforts to expedite the proceedings, which efforts stood in contrast with the Crown's indifference (paras. 26-29). Therefore, despite the seriousness of the offence and the absence of prejudice, the delay exceeding the ceiling could not be justified under the transitional exceptional circumstance. This highlights that the parties' general level of diligence may also be an important transitional consideration. But the bottom line is that all of these factors should be taken into consideration as appropriate in the circumstances.

[71] When considering the transitional exceptional circumstance, trial judges should be mindful of what portion of the proceedings took place before or after *Jordan* was released. For aspects of the case that pre-dated *Jordan*, the focus should be on reliance on factors that were relevant under the *Morin* framework, including the seriousness of the offence and prejudice. For delay that accrues after *Jordan* was released, the focus should instead be on the extent to which the parties and the courts had sufficient time to adapt (*Jordan*, at para. 96).

par. 96). En outre, certaines juridictions sont aux prises avec des délais institutionnels considérables et connus, facteur qui était également considéré dans le cadre prévu par l'arrêt *Morin* (*Jordan*, par. 97; *Morin*, p. 799-800). Pour les causes en cours d'instance, ces considérations peuvent aider à déterminer si, dans un cas donné, un délai supérieur au plafond peut être justifié et qualifié de raisonnable (*Jordan*, par. 96).

[70] Il est important de clarifier un aspect de ces considérations. La décision de notre Cour dans *R. c. Williamson*, 2016 CSC 28, [2016] 1 R.C.S. 741, ne doit pas être considérée comme ayant pour effet d'écarter le rôle important que jouent la gravité de l'infraction et le préjudice subi dans l'application de la mesure transitoire exceptionnelle. Les faits en cause dans *Williamson* étaient inusités, en ce qu'il s'agissait d'une affaire simple, où les efforts répétés de l'accusé pour accélérer l'instance contrastaient avec l'indifférence manifestée par le ministère public (par. 26-29). En conséquence, malgré la gravité de l'infraction et l'absence de préjudice, le délai supérieur au plafond ne pouvait être justifié en appliquant la mesure transitoire exceptionnelle. Cette situation illustre bien le fait que le degré général de diligence dont ont fait preuve les parties peut aussi s'avérer une considération d'ordre transitoire importante. Mais, en définitive, cela signifie que tous ces facteurs doivent être pris en considération selon ce qui convient dans les circonstances.

[71] Lorsqu'ils se penchent sur l'application de la mesure transitoire exceptionnelle, les juges de première instance doivent garder à l'esprit les portions de l'instance qui se sont déroulées, selon le cas, avant ou après l'arrêt *Jordan*. Pour ce qui est des aspects de l'affaire survenus avant *Jordan*, il importe de s'attacher aux facteurs qui étaient pertinents pour l'application du cadre établi dans *Morin*, y compris la gravité de l'infraction et le préjudice subi. Pour la partie du délai qui s'écoule après le prononcé de *Jordan*, il faut plutôt s'attacher à la question de savoir si les parties et les tribunaux ont disposé de suffisamment de temps pour s'adapter (*Jordan*, para. 96).

[72] In this case, the entire proceedings at trial pre-dated the release of *Jordan*. The Crown must therefore show that the 36.5 months of net delay was justified in light of its reliance on the previous state of the law under *Morin*.

[73] The charges in this case were serious. In our view, however, this consideration is overcome by the trial judge's findings of "real and substantial actual prejudice" (para. 191). The trial judge also made an express finding that Mr. Cody's conduct was not "inconsistent with the desire for a timely trial" (para. 175).

[74] In light of these findings, the Crown cannot show that the 36.5 months of net delay in this case was justified based on its reliance on the previous state of the law. To the contrary, the trial judge's findings under the previous law strengthen the case for a stay of proceedings. Where a balancing of the factors under the *Morin* analysis, such as seriousness of the offence and prejudice, would have weighed in favour of a stay, we expect that the Crown will rarely, if ever, be successful in justifying the delay as a transitional exceptional circumstance under the *Jordan* framework. We therefore find that the delay in this case was unreasonable.

V. Conclusion

[75] We would allow the appeal and restore the order made by the trial judge for a stay of proceedings.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Spiteri & Ursulak, Ottawa; Addario Law Group, Toronto.

Solicitor for the respondent: Public Prosecution Service of Canada, Toronto.

[72] En l'espèce, l'ensemble des procédures préalables au procès sont antérieures à l'arrêt *Jordan*. Le ministère public doit donc établir que le délai net de 36,5 mois était justifié, étant donné qu'il s'est conformé à l'état du droit antérieur, c'est-à-dire le droit applicable suivant l'arrêt *Morin*.

[73] Les accusations en cause dans la présente affaire étaient graves. Toutefois, nous sommes d'avis que ce facteur ne saurait être retenu compte tenu de la conclusion du juge du procès selon laquelle il y a eu [TRADUCTION] « effectivement un préjudice réel et substantiel » (par. 191). Le juge a en outre expressément conclu que la conduite de M. Cody n'était pas « incompatible avec le désir que le procès se tienne dans les meilleurs délais » (par. 175).

[74] Vu ces conclusions, le ministère public n'est pas en mesure de démontrer que le délai net de 36,5 mois constaté en l'espèce était justifié parce qu'il serait conforme à l'état antérieur du droit. Au contraire, les conclusions tirées par le juge de première instance en vertu des anciennes règles militent plutôt en faveur de l'arrêt des procédures. Dans les cas où la mise en balance des facteurs requis par l'analyse établie dans *Morin*, par exemple la gravité de l'infraction et le préjudice subi, favorise le prononcé d'un arrêt des procédures, nous estimons que le ministère public ne réussira que rarement, voire jamais, à justifier le délai en invoquant la mesure transitoire exceptionnelle prévue par le cadre énoncé dans *Jordan*. En conséquence, nous concluons que le délai était déraisonnable en l'espèce.

V. Conclusion

[75] Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'ordonnance d'arrêt des procédures rendue par le juge de première instance.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appellant : Spiteri & Ursulak, Ottawa; Addario Law Group, Toronto.

Procureur de l'intimée : Service des poursuites pénales du Canada, Toronto.

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

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

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

Procureur de l'intervenante la procureure générale du Québec : Procureure générale du Québec, Québec.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.

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

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

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

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

Solicitor for the intervener the Director of Criminal and Penal Prosecutions: Director of Criminal and Penal Prosecutions, Québec.

Procureur de l'intervenant le directeur des poursuites criminelles et pénales : Directeur des poursuites criminelles et pénales, Québec.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Addario Law Group, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Addario Law Group, Toronto.