

**Ali Hassan Saeed** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario,  
Canadian Association of Chiefs of Police  
and Criminal Lawyers' Association  
(Ontario)** *Interveners*

**INDEXED AS: R. v. SAEED**

**2016 SCC 24**

File No.: 36328.

2015: December 1; 2016: June 23.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Cromwell, Moldaver,  
Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté and Brown JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ALBERTA

*Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Search incident to arrest — Accused arrested in connection with sexual assault — Police have reasonable grounds to believe complainant's DNA is present on accused's penis — Police seek penile swab from accused — Accused complies in privacy of police cell — Police do not attempt to obtain warrant — Complainant's DNA detected on swab and introduced as evidence at trial — Whether common law power of search incident to arrest authorizes penile swabs — Whether swab was unreasonable and contrary to accused's right to be secure against unreasonable search or seizure — If so, whether evidence discovered in search should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).*

Around 4:00 a.m. on May 22, 2011, the complainant was viciously attacked and sexually assaulted. At 6:05 a.m., the accused was arrested and was advised of

**Ali Hassan Saeed** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Procureur général de l'Ontario,  
Association canadienne des chefs de police  
et Criminal Lawyers' Association  
(Ontario)** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. SAEED**

**2016 CSC 24**

N° du greffe : 36328.

2015 : 1<sup>er</sup> décembre; 2016 : 23 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté et Brown.

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Fouille accessoire à l'arrestation — Accusé arrêté relativement à une agression sexuelle — Policiers disposant de motifs raisonnables de croire que l'ADN de la plaignante se trouve sur le pénis de l'accusé — Prélèvement par écouvillonnage du pénis de l'accusé sollicité par les policiers — Accusé se soumettant à la procédure dans l'intimité d'une cellule du poste de police — Aucune tentative des policiers d'obtenir un mandat — ADN de la plaignante détecté dans l'échantillon prélevé et produit en preuve au procès — Le pouvoir de fouille accessoire à une arrestation reconnu par la common law autorise-t-il les prélèvements par écouvillonnage du pénis? — Le prélèvement effectué en l'espèce était-il abusif et contraire au droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives? — Dans l'affirmative, les éléments de preuve découverts lors de la fouille doivent-ils être écartés? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).*

Vers 4 h du matin le 22 mai 2011, la plaignante a été attaquée brutalement et agressée sexuellement. À 6 h 05, l'accusé a été arrêté et informé de son droit à l'assistance

his right to counsel. He was mistakenly released and re-arrested at 8:35 a.m. Based on the complainant's allegations, the supervising police officer felt that there were reasonable grounds to believe the complainant's DNA would still be found on the accused's penis and a penile swab should be taken. The penile swab could not be taken immediately. Around 9:30 a.m., the accused was handcuffed to a wall in a cell with no toilet or running water to preserve the evidence. He spent about 30 to 40 minutes handcuffed in the dry cell. The supervising officer did not seek a warrant for the swab, because in his view, the swab was a valid search incident to arrest. The swab took place at around 10:45 a.m. before two male officers who blocked the cell's window with their bodies. The police permitted the accused to conduct the swab. The accused pulled his pants down and wiped a cotton-tipped swab along the length of his penis and around the head. The swab was tested and revealed the complainant's DNA.

At trial, the central issue was the identity of the complainant's assailant. The accused challenged the admissibility of the evidence of the complainant's DNA obtained from the penile swab. The trial judge ruled that the penile swab violated the accused's s. 8 *Charter* right to be free from unreasonable search and seizure. However, she admitted the DNA evidence under s. 24(2) of the *Charter* and relied on it to convict the accused of sexual assault causing bodily harm and unlawful touching for a sexual purpose. The Court of Appeal dismissed the accused's appeal. The majority held that taking the swab violated s. 8 of the *Charter* but the evidence was admissible under s. 24(2). McDonald J.A., concurring in the result, held that s. 8 was not violated.

*Held* (Abella J. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and Cromwell, Moldaver, Wagner, Gascon, Côté and Brown JJ.: The accused's s. 8 *Charter* rights were not breached and the evidence of the complainant's DNA obtained from the swabbing was properly admitted.

To be reasonable and therefore consistent with s. 8 of the *Charter*: (1) a search must be authorized by law; (2) the

d'un avocat. Il a par erreur été remis en liberté puis arrêté de nouveau à 8 h 35. Eu égard aux allégations de la plaignante, l'agent superviseur a estimé qu'il y avait des motifs raisonnables de croire que l'ADN de celle-ci se trouvait toujours sur le pénis de l'accusé et qu'un prélèvement par écouvillonnage du pénis devait être effectué. Le prélèvement en question n'a pas pu être effectué immédiatement. Vers 9 h 30, l'accusé a été menotté à un mur dans une cellule sans toilettes ni eau courante afin de préserver la preuve. Il a passé environ 30 à 40 minutes menotté dans la cellule sèche. L'agent superviseur n'a pas sollicité de mandat pour procéder au prélèvement proposé, parce qu'il s'agissait, à son avis, d'une fouille valide effectuée accessoirement à une arrestation. Le prélèvement a eu lieu vers 10 h 45 en présence de deux agents de sexe masculin qui se sont placés de façon à bloquer toute vue par la fenêtre de la cellule. Les policiers ont permis à l'accusé d'effectuer le prélèvement. Ce dernier a baissé son pantalon et a passé un écouvillon sur toute la longueur de son pénis et autour du gland. Le prélèvement a été analysé et a révélé la présence de l'ADN de la plaignante.

Au procès, la question centrale était l'identité de l'agresseur de la plaignante. L'accusé a contesté l'admissibilité des éléments de preuve de l'ADN de la plaignante ayant été recueillis grâce au prélèvement par écouvillonnage du pénis. La juge du procès a statué que pareil prélèvement violait le droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte*. Cependant, elle a permis l'utilisation de la preuve génétique en application du par. 24(2) de la *Charte* et s'est fondée sur celle-ci pour déclarer l'accusé coupable d'agression sexuelle causant des lésions corporelles et de contacts sexuels illégaux. La Cour d'appel a rejeté l'appel de l'accusé. Les juges majoritaires ont conclu que le prélèvement contrevenait aux droits garantis par l'art. 8 de la *Charte*, mais que la preuve obtenue pouvait être utilisée en vertu du par. 24(2). Souscrivant au résultat, le juge McDonald a estimé pour sa part que les droits garantis par l'art. 8 n'avaient pas été violés.

*Arrêt* (la juge Abella est dissidente) : Le pourvoi est rejeté.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Cromwell, Moldaver, Wagner, Gascon, Côté et Brown : Les droits garantis à l'accusé par l'art. 8 de la *Charte* n'ont pas été violés et les éléments de preuve relatifs à la présence de l'ADN de la plaignante recueillis grâce au prélèvement ont été admis à bon droit.

Pour ne pas être abusive et, par conséquent, être conforme à l'art. 8 de la *Charte*, une fouille doit respecter

authorizing law must be reasonable; and (3) the search must be conducted reasonably. Determining whether the common law power of search incident to arrest may reasonably authorize a penile swab involves striking a proper balance between an accused's privacy interests and valid law enforcement objectives. In some cases, an accused's privacy interests will be so high as to be almost inviolable. In those cases, the common law power of search incident to arrest must yield, and a search will be allowed only where the accused consents, or a warrant is obtained, or perhaps in exigent circumstances. In others, while the accused's privacy interests may be significant, they will not be so significant as to preclude the power of the police to search incident to arrest. In these cases, the existing general framework of the common law power of search incident to arrest must instead be tailored to ensure the search will be *Charter*-compliant. This case falls into the second category.

A penile swab does not fall within the scope of *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607. First, a penile swab is not designed to seize the accused's own bodily materials but rather, the complainant's. Accused persons do not have a significant privacy interest in a complainant's DNA. Second, a penile swab is in some ways less invasive than taking dental impressions and the forcible taking of parts of a person. Third, unlike with the accused's bodily materials or impressions, evidence of the complainant's DNA degrades over time. In sum, a penile swab implicates different privacy interests and law enforcement objectives than seizures of an accused's bodily samples and impressions.

The common law power of search incident to arrest must be delineated in a way that is consistent with s. 8 of the *Charter*. There can be no doubt that requiring a penile swab is an intrusion on an accused's privacy. A penile swab has the potential to be a humiliating, degrading and traumatic experience. On the other side of the ledger, it can serve important law enforcement objectives.

trois exigences : (1) la fouille doit être autorisée par la loi, (2) la loi l'autorisant doit n'avoir rien d'abusif et (3) la fouille ne doit pas être effectuée d'une manière abusive. Pour décider si le pouvoir de fouille accessoire à l'arrestation reconnu par la common law peut raisonnablement autoriser un prélèvement par écouvillonnage du pénis, il faut déterminer si un juste équilibre peut être établi entre, d'une part, les intérêts de l'accusé en matière de respect de sa vie privée et, d'autre part, les objectifs valables en matière d'application de la loi. Dans certains cas, les intérêts de l'accusé au respect de la vie privée seront si élevés qu'ils seront pratiquement inviolables. Le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation doit alors céder le pas à ces intérêts, et une fouille ne sera permise que dans les cas suivants : soit l'accusé y consent, soit un mandat est obtenu, soit peut-être en présence d'une situation d'urgence. Dans d'autres cas, bien qu'ils puissent être importants, les intérêts de l'accusé au respect de sa vie privée ne seront pas élevés au point d'empêcher la police d'exercer son pouvoir de fouille accessoire à l'arrestation. En pareilles situations, le cadre général actuel du pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation doit plutôt être adapté pour faire en sorte que la fouille soit effectuée conformément à la *Charte*. La présente affaire entre dans la seconde catégorie de cas.

Le prélèvement par écouvillonnage du pénis ne relève pas du champ d'application de l'arrêt *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607. Premièrement, ce prélèvement ne vise pas à saisir les substances corporelles de l'accusé, mais plutôt celles du plaignant. Les accusés n'ont pas un intérêt important au respect de leur vie privée à l'égard de l'ADN des plaignants. Deuxièmement, le prélèvement par écouvillonnage du pénis est à certains égards moins envahissant que la prise d'empreintes dentaires et que le prélèvement de force de parties du corps d'une personne. Troisièmement, contrairement aux substances corporelles ou aux empreintes de l'accusé, la preuve démontrant la présence de l'ADN du plaignant se dégrade avec le temps. En résumé, le prélèvement par écouvillonnage du pénis met en cause des intérêts en matière de vie privée et des objectifs d'application de la loi qui diffèrent de ceux qui sont en jeu dans les saisies d'échantillons corporels et d'empreintes de l'accusé.

Le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation doit être délimité d'une manière compatible avec l'art. 8 de la *Charte*. Contraindre un accusé à se soumettre à un prélèvement par écouvillonnage du pénis constitue indéniablement une atteinte à sa vie privée. Pareil prélèvement peut représenter une expérience humiliante, avilissante et traumatisante. En

It can enable the police to preserve important evidence that runs the risk of degrading or being destroyed. Sexual assaults are notoriously difficult to prove and this type of evidence is highly reliable. A penile swab can be crucial in the case of complainants who are unable to testify. The privacy interests at issue are similar to those implicated in strip searches and they can be protected by a similar approach. As with strip searches, the common law must provide a means of preventing unjustified searches before they occur and a means of ensuring that when these searches do occur, they are conducted in a reasonable manner. The reasonable grounds standard and guidelines regarding the manner of taking the swab provide these two protections. These two modifications to the common law power of search incident to arrest ensure that it is *Charter*-compliant.

The police may take a penile swab incident to arrest if they have reasonable grounds to believe that the search will reveal and preserve evidence of the offence for which the accused was arrested. The reasonable grounds standard will prevent unjustified searches before they occur and will hold the police to a higher level of justification before they can take a penile swab. Whether reasonable grounds have been established will vary with the facts of each case. Relevant factors include the timing of the arrest in relation to the alleged offence, the nature of the allegations, and whether there is evidence that the substance being sought has already been destroyed. The potential for destruction or degradation of the complainant's DNA will always be a concern in this context.

The swab must also be conducted in a reasonable manner. The following factors will guide police in conducting penile swabs incident to arrest reasonably. A swab should, as a general rule, be conducted at the police station. It should be conducted in a manner that ensures the health and safety of all involved. It should be authorized by a police officer acting in a supervisory capacity. The accused should be informed shortly before the swab of the nature of the procedure, its purpose and the authority of the police to require the swab. The accused should be given the

revanche, il peut permettre de réaliser d'importants objectifs d'application de la loi. Il permet en effet aux policiers de préserver des éléments de preuve importants qui risquent de se dégrader ou d'être détruits. Prouver une agression sexuelle est une tâche notoirement difficile et de tels éléments de preuve sont très fiables. Un prélèvement par écouvillonnage du pénis peut avoir une importance cruciale dans le cas des plaignants incapables de témoigner. Les intérêts en matière de vie privée en jeu en l'espèce sont semblables à ceux en cause dans les fouilles à nu, et ils peuvent être protégés suivant une approche similaire. Comme c'est le cas pour les fouilles à nu, la common law doit fournir un moyen de prévenir les fouilles injustifiées avant qu'elles ne se produisent, ainsi qu'un moyen de s'assurer que, lorsque de telles fouilles ont lieu, elles sont effectuées d'une manière non abusive. La norme des motifs raisonnables et les lignes directrices sur la manière d'effectuer le prélèvement confèrent ces deux protections. Ces deux modifications au pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation font en sorte que les prélèvements de ce type sont conformes à la *Charte*.

Il est loisible aux policiers de procéder à un prélèvement par écouvillonnage du pénis accessoirement à une arrestation s'ils ont des motifs raisonnables de croire que cette fouille permettra de découvrir et de préserver une preuve de l'infraction pour laquelle l'accusé a été arrêté. La norme des motifs raisonnables permettra de prévenir les fouilles injustifiées avant qu'elles ne se produisent et assujettira les policiers à un degré de justification plus élevé avant qu'ils puissent procéder à un prélèvement par écouvillonnage du pénis. La réponse à la question de savoir si on a établi l'existence de motifs raisonnables variera selon les faits de chaque affaire. Les facteurs pertinents sont notamment le moment choisi pour procéder à l'arrestation eu égard à l'infraction reprochée, la nature des allégations et la question de savoir si des éléments de preuve indiquent que la substance recherchée a déjà été détruite. Le risque de destruction ou de dégradation de l'ADN du plaignant constituera toujours une préoccupation dans un tel contexte.

Le prélèvement par écouvillonnage du pénis doit également être effectué d'une manière non abusive. Les facteurs suivants aideront les policiers à procéder d'une manière non abusive à un tel prélèvement accessoirement à une arrestation. Le prélèvement devrait, en règle générale, être effectué au poste de police. Il devrait être effectué d'une façon qui protège la santé et la sécurité de toutes les personnes en jeu. Il devrait être autorisé par un agent de police agissant en qualité d'officier supérieur. L'accusé devrait, peu de temps avant le prélèvement, être informé

option of removing his clothing and taking the swab himself or the swab should be taken or directed by a trained officer or medical professional, with the minimum of force necessary. The officers carrying out the swab should be of the same gender as the accused unless the circumstances compel otherwise. There should be no more police officers involved in the swab than are reasonably necessary in the circumstances. The swab should be carried out in a private area. It should be conducted as quickly as possible and in a way that ensures that the person is not completely undressed at any one time. A proper record should be kept of the reasons for and the manner in which the swabbing was conducted.

In light of these requirements, the penile swab in this case did not violate the accused's rights under s. 8 of the *Charter*. The accused was validly arrested. The swab was performed to preserve evidence of the sexual assault. The police had reasonable grounds to believe that the complainant's DNA had transferred to the accused's penis during the assault and that it would still be found on his penis. The swab was performed in a reasonable manner. The police officers were sensitive to the need to preserve the accused's privacy and dignity. The accused was informed in advance of the procedure for taking the swab and its purpose. The swab itself was conducted quickly, smoothly, and privately. The swab took at most two minutes. The accused took the swab himself. There was no physical contact between the officers and the accused. The officers took detailed notes regarding the reasons for and the process of taking the swab. The swab did not fundamentally violate the accused's human dignity.

*Per Karakatsanis J.:* How we treat those suspected of serious criminal offences says a great deal about the values of our free and democratic society. Given the profound impact that a genital swab can have on an individual's privacy and human dignity, the common law power of search incident to arrest does not authorize the police to take genital swabs. Since the penile swab taken from the accused was not authorized by law, it was unreasonable and in violation of s. 8 of the *Charter*. However, in the exceptional circumstances of this case, the evidence obtained in breach of the *Charter* was nonetheless admissible under s. 24(2) of the *Charter*.

de la nature de la procédure applicable, du but du prélèvement et du pouvoir autorisant les policiers à l'exiger. L'accusé devrait avoir la possibilité d'enlever ses vêtements et d'effectuer le prélèvement lui-même, ou le prélèvement devrait être effectué ou supervisé par un agent ou un professionnel de la santé qualifié, en ne faisant usage que de la force minimale nécessaire. Les agents chargés du prélèvement devraient être du même sexe que l'accusé, à moins que les circonstances ne le permettent absolument pas. Le nombre de policiers participant au prélèvement devrait se limiter à ce qui est raisonnablement nécessaire dans les circonstances. Le prélèvement devrait être effectué dans un endroit privé. Il devrait être effectué le plus rapidement possible et de telle manière que la personne ne soit jamais complètement nue. Un procès-verbal faisant état des motifs et des modalités d'exécution du prélèvement devrait être dressé.

À la lumière de ces exigences, le prélèvement par écouvillonnage du pénis en l'espèce n'a pas porté atteinte aux droits garantis à l'accusé par l'art. 8 de la *Charte*. L'accusé a été validement arrêté. Le prélèvement visait à préserver des éléments de preuve relatifs à l'agression sexuelle. Les policiers possédaient des motifs raisonnables de croire qu'il y avait eu transfert de l'ADN de la plaignante sur le pénis de l'accusé durant l'agression, et qu'il s'y trouverait encore. Le prélèvement a été effectué de manière non abusive. Les policiers ont été sensibles au besoin de préserver la vie privée et la dignité de l'accusé. L'accusé a été informé à l'avance de la procédure employée pour obtenir le prélèvement ainsi que de l'objectif de celui-ci. Le prélèvement lui-même s'est déroulé rapidement, sans difficulté et en privé. Il a duré tout au plus deux minutes. L'accusé l'a effectué lui-même. Il n'y a eu aucun contact physique entre les policiers et l'accusé. Les policiers ont pris des notes détaillées au sujet des motifs du prélèvement et du processus suivi pour l'obtenir. Le prélèvement n'a pas violé de manière fondamentale la dignité humaine de l'accusé.

*La juge Karakatsanis :* La façon dont nous traitons les personnes soupçonnées d'infractions criminelles graves en dit long sur les valeurs de notre société libre et démocratique. Étant donné l'impact profond qu'un prélèvement par écouvillonnage génital peut avoir sur la vie privée et la dignité d'une personne, le pouvoir de fouille accessoire à l'arrestation reconnu par la common law n'autorise pas les policiers à prélever des échantillons au moyen de cette procédure. Comme le prélèvement effectué sur le pénis de l'accusé n'était pas autorisé par une règle de droit, il était abusif et contraire à l'art. 8 de la *Charte*. Cependant, vu les circonstances exceptionnelles de l'espèce, la preuve obtenue en violation de la *Charte* pouvait néanmoins être utilisée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

Section 8 of the *Charter* balances an individual's interest in privacy with the state's interest in investigating and prosecuting crime. The common law power to search an individual incident to arrest must evolve in a way that is consistent with *Charter* principles. Some kinds of searches fall outside the scope of the common law power because they do not reflect a reasonable balance between the individual's interest in preserving dignity and privacy and the state's interest in investigating crime.

The principles animating *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, suggest that it would not be a reasonable balancing of the competing individual and state interests for the common law to authorize genital swabs. A swab of the genital area is far more damaging to personal dignity and privacy than a swab of the inside of the mouth or a pluck of hair from the head. Genital swabs are substantially more invasive and dehumanizing. One cannot be taken without exposing, touching and manipulating the genitals, the most private area of the body, in the presence of others. It is difficult to conceive of a more personal or private interest in our bodies. Moreover, although the purpose of a genital swab may be to search for residue deposited on the individual's genitals, an effect of the seizure is to put the individual's DNA in the hands of the state, available for undetermined potential future use.

Turning to society's interests in effective law enforcement, genital swabs can advance compelling state interests. Sexual assault is a very serious offence. It is notoriously difficult to prove. A search for the victim's DNA on the genitals of the arrested person can yield highly probative physical evidence. However, the state interests are no more compelling here than they were in *Stillman*. Further, as in *Stillman*, it is not clear in this case whether there is any other lawful means to conduct genital swabs. Without finally deciding the issue, there is no warrant obviously available for genital swabs. If no warrant is available, then it simply does not follow that the common law can advance state interests by allowing the police to take a genital swab before the sample degrades in the time it would take to obtain a warrant. Finally, the troubling compromise of an individual's dignity during detention in a dry cell cannot be used to justify the greater affront to dignity

L'article 8 de la *Charte* met en équilibre l'intérêt d'une personne au respect de sa vie privée et celui de l'État à enquêter sur les crimes et à poursuivre leurs auteurs. Le pouvoir de common law de fouiller une personne accessoirement à son arrestation doit évoluer d'une manière compatible avec les principes consacrés par la *Charte*. Certains types de fouilles échappent à l'application du pouvoir de common law, parce que ces fouilles ne reflètent pas un équilibre raisonnable entre l'intérêt de l'individu à la protection de sa dignité et de sa vie privée et l'intérêt de l'État à enquêter sur les crimes.

Les principes sur lesquels repose l'arrêt *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, tendent à indiquer que le fait d'autoriser les prélèvements par écouvillonnage génital en vertu de la common law ne permettrait pas d'établir un équilibre raisonnable entre les intérêts opposés de l'individu et de l'État. Un prélèvement effectué dans la région génitale constitue une atteinte beaucoup plus importante à la dignité et à la vie privée de la personne qu'un prélèvement buccal ou que le fait d'arracher des cheveux sur la tête d'une personne. De tels prélèvements sont considérablement plus envahissants et déshumanisants. On ne peut procéder à pareil prélèvement sur une personne sans, pour ce faire, exposer, toucher et manipuler ses organes génitaux — la région la plus intime de son corps — en présence d'autres personnes. Il est difficile d'imaginer un intérêt plus personnel ou privé appartenant à une personne à l'égard de son corps. De plus, bien que l'objectif d'un prélèvement par écouvillonnage génital consiste à chercher la présence de résidus déposés sur les organes génitaux de l'individu qui y est soumis, l'un des effets d'une telle saisie est de mettre l'ADN de ce dernier entre les mains de l'État, qui, de ce fait, peut l'utiliser de façon indéterminée dans le futur.

Pour ce qui est de l'intérêt de la société à ce que la loi soit appliquée efficacement, les prélèvements par écouvillonnage génital peuvent favoriser des intérêts impérieux de l'État. L'agression sexuelle constitue une infraction très grave. Elle est notoirement difficile à prouver. Vérifier la présence de l'ADN de la victime sur les organes génitaux de l'accusé peut permettre d'obtenir des éléments de preuve matériels très probants. Cependant, les intérêts de l'État ne sont pas plus impérieux dans la présente affaire qu'ils ne l'étaient dans *Stillman*. De plus, tout comme dans cet arrêt, on ne saurait dire avec certitude en l'espèce s'il existe d'autres moyens légaux de procéder à un prélèvement par écouvillonnage génital. Sans trancher la question de façon définitive, on peut affirmer qu'il n'existe pas de mandat autorisant de façon évidente de tels prélèvements. L'absence de mandat permettant de procéder à de tels prélèvements ne signifie pas forcément

that a genital swab would represent. One indignity cannot justify another.

Balancing the competing individual and state interests, it is not reasonable to permit the police to take warrantless genital swabs under the common law power of search incident to arrest.

Recognizing that the traditional safeguards for the common law power are insufficient to protect the enhanced privacy interests at stake with genital swabs, the majority proposes a heightened threshold test for this specific search incident to arrest: the police must also have reasonable grounds to believe the genital swab will reveal and preserve evidence of an offence. Additional requirements for particular types of searches incident to arrest should be avoided. A specific threshold test is much less effective in safeguarding privacy than judicial pre-authorization. Moreover, defining the threshold requirements is a nuanced exercise which may be best left to Parliament.

In the exceptional circumstances of this case, the trial judge's decision to admit the evidence should be upheld. In considering the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct, the trial judge found that the officer who directed the swab did not appropriately consider the accused's *Charter* rights and the ambit of the police's power of search incident to arrest, but that there was no actual bad faith on the part of the police. Where the police act on a mistaken understanding of the law where the law is unsettled, their *Charter*-infringing conduct is less serious. The impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the accused was obviously serious, and weighs against admitting the evidence. There is no doubt that this was a very intrusive search that engaged the core of the accused's bodily privacy. Finally, society's interest in the adjudication of the case on its merits weighs in favour of admission. The DNA evidence was

que la common law peut favoriser les intérêts de l'État en autorisant les policiers à prélever ce type d'échantillon pour parer à la dégradation de la preuve qui surviendrait en attendant la délivrance d'un mandat. Enfin, on ne peut invoquer l'atteinte préoccupante à la dignité de la personne que constitue la détention dans une cellule sèche pour justifier l'atteinte plus grave à la dignité de la personne que représente un prélèvement par écouvillonnage génital. Une atteinte à la dignité ne saurait en justifier une autre.

Il ressort de la mise en balance des intérêts opposés de l'individu et de l'État qu'il n'est pas raisonnable d'autoriser les policiers à procéder sans mandat à des prélèvements par écouvillonnage génital en vertu du pouvoir de fouille accessoire à l'arrestation reconnu par la common law.

Reconnaissant que les garanties traditionnelles associées au pouvoir de common law ne sont pas suffisantes pour protéger les intérêts élevés au respect de la vie privée qui sont en jeu lors des prélèvements par écouvillonnage génital, les juges majoritaires proposent de resserrer le critère préliminaire applicable à ce type particulier de fouille accessoire à une arrestation : les policiers doivent également avoir des motifs raisonnables de croire qu'un tel prélèvement permettra de découvrir et de préserver une preuve de l'infraction. Il vaut mieux éviter d'appliquer des exigences additionnelles à l'égard de types particuliers de fouilles accessoires à une arrestation. L'application d'un critère préliminaire spécifique protège beaucoup moins efficacement la vie privée qu'une procédure d'autorisation judiciaire préalable. De plus, la définition des exigences préliminaires applicables représente un exercice délicat, qu'il est préférable de laisser au législateur.

Vu les circonstances exceptionnelles de l'espèce, la décision de la juge du procès de permettre l'utilisation des éléments de preuve obtenus devrait être confirmée. Dans l'examen de la gravité de la conduite attentatoire de l'État, la juge du procès a conclu que le policier qui avait ordonné le prélèvement n'avait pas dûment tenu compte des droits que garantit la *Charte* à l'accusé et de l'étendue des pouvoirs dont disposent les policiers en matière de fouille accessoire à l'arrestation, mais qu'il n'y avait pas eu véritablement mauvaise foi de leur part. Lorsque les policiers agissent sur la foi d'une interprétation erronée du droit applicable et que celui-ci est incertain, leur conduite attentatoire à la *Charte* est moins grave. L'incidence de la violation sur les droits garantis à l'accusé par la *Charte* était manifestement grave et milite contre l'utilisation de la preuve. Il n'y a aucun doute qu'il s'agissait d'une fouille très envahissante qui touchait à l'essence

reliable and probative. The evidence was very important in the Crown's case. The assault was particularly heinous and society has a keen interest in the adjudication of this case on its merits. Having regard to all the circumstances, on balance, the trial judge was justified in concluding that the admission of the evidence would not bring the administration of justice into disrepute.

*Per* Abella J. (dissenting): The evidence should be excluded.

In determining whether evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*, three factors are to be balanced under *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353: the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct; the impact of the breach on *Charter*-protected interests of the accused; and the societal interest in adjudication on the merits. No factor is determinative or absolute.

The first factor engages its own continuum. The key is not so much whether the conduct fits within a compartment called "good faith" or "bad faith", but whether the police reasonably believed they were respecting the *Charter*. As a police officer's disregard of *Charter* requirements becomes more deliberate or flagrant, his or her conduct approaches the "bad faith" end of the spectrum. The police did not make any inquiry to determine whether a swab would be probative. The accused had ample opportunity to wash away the evidence and it would have been impossible for the police to know whether the best source of DNA evidence was a genital swab. The police nonetheless chose the most invasive option. Restrictions on obtaining bodily samples as part of a search incident to arrest were already articulated by this Court and the police must be taken to have been aware of them. The police are required to get prior judicial authorization yet there was no explanation for why they took no steps towards obtaining either a general warrant or a telewarrant. There were no exigent circumstances. The only testimony demonstrating any concern about the need to preserve evidence was a vague statement by one officer. Most significantly, it is by no means clear that a warrant was even legally available. There is no statutory authority for a warrant in these circumstances. The police officers failed to establish reasonable and probable grounds that the evidence sought would still be present on the accused's genitals. They handcuffed him to a pipe against a wall and deprived him of access to water or bathroom facilities. He was instructed to expose the most private

même de l'intimité physique de l'accusé. Enfin, l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond milite en faveur de l'utilisation de la preuve. La preuve génétique était fiable et probante. Cette preuve revêtait une grande importance pour la thèse du ministère public. L'agression en cause était particulièrement odieuse et la société a un vif intérêt à ce que l'affaire soit jugée au fond. Tout bien considéré, eu égard à l'ensemble des circonstances, la juge du procès était justifiée de conclure que l'utilisation de la preuve n'était pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

*La* juge Abella (dissidente) : La preuve devrait être écartée.

Pour décider si une preuve devrait être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*, trois facteurs doivent être soupesés conformément à l'arrêt *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353 : la gravité de la conduite attentatoire de l'État; l'incidence de la violation sur les droits de l'accusé garantis par la *Charte*; l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond. Aucun facteur n'est déterminant ou absolu.

Le premier facteur possède son propre continuum. Ce qui importe, ce n'est pas tant de savoir si le comportement entre dans la catégorie des actes accomplis de « bonne foi » ou de « mauvaise foi », mais plutôt de savoir si les policiers croyaient raisonnablement qu'ils respectaient la *Charte*. Plus le mépris des exigences de la *Charte* par un policier devient délibéré ou flagrant, plus sa conduite s'approche de l'extrémité du spectre correspondant aux comportements de « mauvaise foi ». Les policiers n'ont pas cherché à savoir si un prélèvement par écouvillonnage serait susceptible d'avoir une valeur probante. L'accusé a eu amplement le temps de supprimer la preuve en se lavant et il était impossible aux policiers de déterminer si un prélèvement par écouvillonnage génital était la source la plus susceptible de fournir une preuve génétique. Les policiers ont néanmoins choisi la solution la plus envahissante. Les restrictions applicables à l'obtention d'échantillons corporels dans le cadre d'une fouille accessoire à l'arrestation ont déjà été énoncées par la Cour, et il faut tenir pour acquis que les policiers les connaissaient. Ceux-ci doivent obtenir une autorisation judiciaire préalable, mais aucune explication n'a été donnée sur la raison pour laquelle ils n'ont fait aucune démarche pour que soit décerné un mandat général ou un télémandat. Il n'y avait pas de situation d'urgence. Le seul témoignage qui établissait que les policiers se souciaient de préserver des éléments de preuve était une vague déclaration faite par l'un d'eux. Facteur plus important encore, il est loin d'être évident qu'il était même légalement possible d'obtenir un mandat. Rien dans la loi ne confère le pouvoir de décerner un mandat dans



part of his body and swab it in front of two uniformed police officers. All of this occurred without consent and without prior judicial authorization. These circumstances fall at the opposite end of the “good faith” continuum.

The next *Grant* question is the impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the accused. This Court has found that the taking of hair, buccal and dental samples is the ultimate invasion of an individual’s privacy and that strip searches are inherently humiliating and degrading regardless of the manner in which they are carried out. The impact of the genital swab on the accused’s *Charter*-protected interests was therefore as profound as one can imagine. The invasion of dignity and bodily integrity does not depend on whether it is penetrative, painful or uncomfortable. A genital swab does not just require the individual to expose his or her genitals to state scrutiny, it asks that individual to violate his or her own bodily integrity by collecting potentially self-incriminatory evidence from the most private area of his or her body.

The third *Grant* factor is society’s interest in an adjudication on the merits. This factor is nuanced and multi-faceted. What is weighed is the seriousness of the offence, the reliability of the evidence and its importance to the Crown’s case. The seriousness of the offence can point both towards inclusion and exclusion of the evidence. What is of utmost importance is the long-term reputation of the justice system — the public has a vital interest in a justice system that is beyond reproach.

The reputation of the justice system weighs against admission of the evidence. The law is clear that judicial authorization is required to conduct invasive searches with a view to obtaining bodily samples. The police officers’ unjustified and unexplained avoidance of this requirement weighs against admissibility. So does their disregard for the likelihood that a warrant was not even

de telles circonstances. Les policiers n’ont pas établi qu’ils avaient des motifs raisonnables et probables de croire que les éléments de preuve recherchés se trouveraient toujours sur les organes génitaux de l’accusé. Ils l’ont menotté à un tuyau contre un mur et privé d’eau et d’accès à des toilettes. On lui a ordonné d’exposer la partie la plus intime de son corps et d’y faire un prélèvement par écouvillonnage devant deux policiers en uniforme. Tout cela a eu lieu sans consentement et sans autorisation judiciaire préalable. Les circonstances de la présente espèce se situent à l’autre extrémité du continuum de la « bonne foi ».

La question suivante sur laquelle il faut se pencher conformément à l’arrêt *Grant* concerne l’incidence de la violation sur les droits garantis à l’accusé par la *Charte*. La Cour a conclu que le fait de prendre des échantillons de cheveux et de poils, des prélèvements buccaux et des empreintes dentaires constitue l’atteinte la plus grave à la vie privée d’une personne, et que les fouilles à nu sont fondamentalement humiliantes et avilissantes, peu importe la manière dont elles sont effectuées. Par conséquent, on ne saurait imaginer d’impact plus profond sur les droits garantis à l’accusé par la *Charte* que celui causé par un prélèvement par écouvillonnage génital. L’atteinte à la dignité et à l’intégrité physique ne dépend pas de la question de savoir si la fouille nécessite l’introduction de quoi que ce soit dans le corps, si elle est douloureuse ou si elle est inconfortable. Un prélèvement par écouvillonnage génital ne nécessite pas seulement que la personne qui y est soumise expose ses organes génitaux aux autorités, mais aussi qu’elle viole sa propre intégrité physique en recueillant une preuve potentiellement auto-incriminante sur la partie de son corps la plus intime qui soit.

Le troisième facteur énoncé dans l’arrêt *Grant* est l’intérêt qu’a la société à ce que l’affaire soit jugée au fond. Il s’agit d’un facteur nuancé qui comporte de multiples facettes. Les éléments suivants sont soupesés : la gravité de l’infraction, la fiabilité des éléments de preuve et leur importance pour la preuve du ministère public. La gravité de l’infraction peut jouer autant en faveur de l’inclusion de la preuve que de son exclusion. La considération dont jouit à long terme le système de justice est de la plus haute importance; le public a un intérêt vital à ce que le système de justice soit irréprochable.

La considération reconnue au système de justice milite contre l’utilisation de la preuve. Le droit est clair : une autorisation judiciaire est nécessaire pour pouvoir effectuer des fouilles envahissantes en vue d’obtenir des échantillons de substances corporelles. L’omission non justifiée et inexplicée des policiers de respecter cette exigence milite contre l’utilisation de la preuve, tout

available. The deliberate failure to consider a warrant in the absence of exigent circumstances is, at its best, careless; ignoring the legal possibility that under Canadian law the police were not even entitled to take a penile swab, is fatal.

### Cases Cited

By Moldaver J.

**Distinguished:** *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; **referred to:** *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51; *R. v. Fearon*, 2014 SCC 77, [2014] 3 S.C.R. 621; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652; *R. v. Legere* (1988), 89 N.B.R. (2d) 361; *R. v. Laporte*, 2016 MBCA 36, [2016] M.J. No. 104 (QL); *R. v. Parchment*, 2015 BCCA 417, 378 B.C.A.C. 146; *R. v. Backhouse* (2005), 194 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Smyth*, [2006] O.J. No. 5527 (QL); *R. v. H. (T.G.)*, 2014 ONCA 460, 120 O.R. (3d) 581; *R. v. H.-G.*, 2005 QCCA 1160.

By Karakatsanis J.

**Discussed:** *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; **referred to:** *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51; *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158; *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679; *R. v. Laporte*, 2012 MBQB 227, 283 Man. R. (2d) 9; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Côté*, 2011 SCC 46, [2011] 3 S.C.R. 215; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34; *R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657.

By Abella J. (dissenting)

*R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212; *R. v. Taylor*, 2014 SCC 50, [2014] 2 S.C.R. 495; *R. v. Kitaitchik* (2002), 166 C.C.C. (3d) 14; *R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631; *R. v. Chuhaniuk*, 2010 BCCA 403, 292 B.C.A.C. 89; *R. v. Washington*, 2007 BCCA 540, 248 B.C.A.C. 65; *R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253; *R. v. Dhillon*, 2012 BCCA 254, 93 C.R. (6th) 260; *R. v. Voong*, 2013 BCCA 527, 347 B.C.A.C. 278; *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679; *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3; *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R.

comme le fait que ces derniers ont négligé de considérer qu'il puisse même ne pas être possible d'obtenir un mandat. L'omission délibérée d'envisager l'obtention d'un mandat vu l'absence de situation d'urgence constitue, au mieux, de l'insouciance; le fait d'avoir négligé la possibilité qu'en droit canadien les policiers n'étaient même pas autorisés à obtenir un prélèvement par écouvillonnage du pénis est fatal.

### Jurisprudence

Citée par le juge Moldaver

**Distinction d'avec l'arrêt :** *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; **arrêts mentionnés :** *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51; *R. c. Fearon*, 2014 CSC 77, [2014] 3 R.C.S. 621; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652; *R. c. Legere* (1988), 89 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 361; *R. c. Laporte*, 2016 MBCA 36, [2016] M.J. No. 104 (QL); *R. c. Parchment*, 2015 BCCA 417, 378 B.C.A.C. 146; *R. c. Backhouse* (2005), 194 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Smyth*, [2006] O.J. No. 5527 (QL); *R. c. H. (T.G.)*, 2014 ONCA 460, 120 O.R. (3d) 581; *R. c. H.-G.*, 2005 QCCA 1160.

Citée par la juge Karakatsanis

**Arrêt analysé :** *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; **arrêts mentionnés :** *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51; *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158; *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679; *R. c. Laporte*, 2012 MBQB 227, 283 Man. R. (2d) 9; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Côté*, 2011 CSC 46, [2011] 3 R.C.S. 215; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34; *R. c. Vu*, 2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657.

Citée par la juge Abella (dissidente)

*R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212; *R. c. Taylor*, 2014 CSC 50, [2014] 2 R.C.S. 495; *R. c. Kitaitchik* (2002), 166 C.C.C. (3d) 14; *R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631; *R. c. Chuhaniuk*, 2010 BCCA 403, 292 B.C.A.C. 89; *R. c. Washington*, 2007 BCCA 540, 248 B.C.A.C. 65; *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253; *R. c. Dhillon*, 2012 BCCA 254, 93 C.R. (6th) 260; *R. c. Voong*, 2013 BCCA 527, 347 B.C.A.C. 278; *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679; *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3; *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S.

28; *R. v. Harrison*, 2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494; *R. v. Côté*, 2011 SCC 46, [2011] 3 S.C.R. 215.

### Statutes and Regulations Cited

*Act to amend the Criminal Code and the Young Offenders Act (forensic DNA analysis)*, S.C. 1995, c. 27, s. 1.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 8, 10(b), 24(2).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 151, 272(1)(c), 487.01, 487.05, 487.06(1).  
*Police and Criminal Evidence Act 1984* (U.K.), 1984, c. 60, ss. 62(1), (10), 63, 65.

### Authors Cited

Madden, Mike. “Marshalling the Data: An Empirical Analysis of Canada’s Section 24(2) Case Law in the Wake of *R. v. Grant*” (2011), 15 *Can. Crim. L.R.* 229.  
 Milne, Justin. “Exclusion of Evidence Trends post *Grant*: Are Appeal Courts Deferring to Trial Judges?” (2015), 19 *Can. Crim. L.R.* 373.  
 Paciocco, David M. “Section 24(2): Lottery or Law — The Appreciable Limits of Purposive Reasoning” (2011), 58 *C.L.Q.* 15.  
 Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 7th ed. Toronto: Irwin Law, 2015.  
 Stewart, Hamish. “Section 24(2): Before and After *Grant*” (2011), 15 *Can. Crim. L.R.* 253.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Watson, McDonald and Bielby J.J.A.), 2014 ABCA 238, 5 Alta. L.R. (6th) 219, 315 C.C.C. (3d) 127, 314 C.R.R. (2d) 338, [2014] 12 W.W.R. 291, [2014] A.J. No. 739 (QL), 2014 CarswellAlta 1181 (WL Can.), affirming the accused’s convictions for sexual assault causing bodily harm and sexual interference. Appeal dismissed, Abella J. dissenting.

*Peter J. Royal, Q.C.*, and *Conor Davis*, for the appellant.

*Maureen J. McGuire* and *Melanie Hayes-Richards*, for the respondent.

*Melissa Adams* and *Susan Magotiaux*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*David Lynass* and *Greg Preston*, for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police.

28; *R. c. Harrison*, 2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494; *R. c. Côté*, 2011 CSC 46, [2011] 3 R.C.S. 215.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 8, 10b), 24(2).  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 151, 272(1)c), 487.01, 487.05, 487.06(1).  
*Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur les jeunes contrevenants (analyse génétique à des fins médico-légales)*, L.C. 1995, c. 27, art. 1.  
*Police and Criminal Evidence Act 1984* (R.-U.), 1984, c. 60, art. 62(1), (10), 63, 65.

### Doctrine et autres documents cités

Madden, Mike. « Marshalling the Data : An Empirical Analysis of Canada’s Section 24(2) Case Law in the Wake of *R. v. Grant* » (2011), 15 *Rev. can. D.P.* 229.  
 Milne, Justin. « Exclusion of Evidence Trends post *Grant* : Are Appeal Courts Deferring to Trial Judges? » (2015), 19 *Rev. can. D.P.* 373.  
 Paciocco, David M. « Section 24(2) : Lottery or Law — The Appreciable Limits of Purposive Reasoning » (2011), 58 *C.L.Q.* 15.  
 Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 7th ed., Toronto, Irwin Law, 2015.  
 Stewart, Hamish. « Section 24(2) : Before and After *Grant* » (2011), 15 *Rev. can. D.P.* 253.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges Watson, McDonald et Bielby), 2014 ABCA 238, 5 Alta. L.R. (6th) 219, 315 C.C.C. (3d) 127, 314 C.R.R. (2d) 338, [2014] 12 W.W.R. 291, [2014] A.J. No. 739 (QL), 2014 CarswellAlta 1181 (WL Can.), qui a confirmé les déclarations de culpabilité d’agression sexuelle causant des lésions corporelles et de contacts sexuels prononcées contre l’accusé. Pourvoi rejeté, la juge Abella est dissidente.

*Peter J. Royal, c.r.*, et *Conor Davis*, pour l’appelant.

*Maureen J. McGuire* et *Melanie Hayes-Richards*, pour l’intimée.

*Melissa Adams* et *Susan Magotiaux*, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

*David Lynass* et *Greg Preston*, pour l’intervenante l’Association canadienne des chefs de police.

*Howard L. Krongold and Vanessa MacDonnell*,  
for the intervener the Criminal Lawyers' Association  
(Ontario).

The judgment of McLachlin C.J. and Cromwell,  
Moldaver, Wagner, Gascon, Côté and Brown JJ. was  
delivered by

MOLDAVER J. —

### I. Introduction

[1] The common law power of search incident to arrest is an ancient and venerable power. For centuries, it has proved to be an invaluable tool in the hands of the police. Perhaps more than any other search power, it is used by the police on a daily basis to detect, prevent, and solve crimes. This case is no exception. By the same token, it is an extraordinary power. Searches incident to arrest are performed without prior judicial authorization, and they inevitably intrude on an individual's privacy interests. That, too, is the case here.

[2] The appellant, Ali Hassan Saeed, was convicted of sexual assault causing bodily harm and unlawful touching for a sexual purpose. At his trial, the Crown introduced evidence showing that the complainant's DNA was found on Mr. Saeed's penis within several hours of the assault. Police obtained this evidence through a warrantless penile swab, conducted at the police station following Mr. Saeed's arrest.

[3] Mr. Saeed objected to the admission of this evidence. He argued in the courts below, and now before us, that his right to be secure against unreasonable search and seizure under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was violated because the police performed the penile swab without his consent or a warrant.

[4] At issue, once again, is the scope of the common law power of the police to search incident to

*Howard L. Krongold et Vanessa MacDonnell*,  
pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association  
(Ontario).

Version française du jugement de la juge en chef  
McLachlin et des juges Cromwell, Moldaver, Wagner,  
Gascon, Côté et Brown rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

### I. Introduction

[1] Le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation constitue un pouvoir ancien et vénérable. Depuis des siècles, il s'est avéré un outil d'une valeur inestimable pour les policiers, qui l'utilisent quotidiennement — peut-être plus que tout autre pouvoir de fouille — pour découvrir, prévenir et résoudre des crimes. La présente affaire ne fait pas exception. Par ailleurs, il s'agit d'un pouvoir extraordinaire. Les fouilles accessoires à une arrestation sont effectuées sans autorisation judiciaire préalable, et elles portent inévitablement atteinte à la vie privée d'un individu. C'est également le cas en l'espèce.

[2] L'appelant, Ali Hassan Saeed, a été déclaré coupable d'agression sexuelle causant des lésions corporelles et de contacts sexuels illégaux. Au procès, le ministère public a présenté des éléments de preuve démontrant la présence de l'ADN de la plaignante sur le pénis de M. Saeed dans les quelques heures ayant suivi l'agression. La police a obtenu cette preuve grâce à un prélèvement par écouvillonnage du pénis effectué sans mandat au poste de police, à la suite de l'arrestation de M. Saeed.

[3] M. Saeed s'est opposé à l'admission de cette preuve. Devant les juridictions inférieures — ainsi que devant nous —, il a soutenu que son droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* a été violé, parce que les policiers ont effectué le prélèvement en question sans son consentement et sans mandat.

[4] Cette affaire soulève donc, une fois de plus, l'étendue du pouvoir que la common law reconnaît

arrest. Courts have examined and re-examined this power as new investigative methods and types of evidence have presented themselves. But no matter the context, to be constitutional, searches incident to arrest must be reasonable.

[5] Reasonableness in this context involves striking a proper balance between an accused's privacy interests and valid law enforcement objectives. In some cases, an accused's privacy interests will be so high as to be almost inviolable. In those cases, the common law power of search incident to arrest must yield, and a search will be allowed only where the accused consents, or a warrant is obtained, or perhaps in exigent circumstances. In others, while the accused's privacy interests may be significant, they will not be so significant as to preclude the power of the police to search incident to arrest. In these cases, the existing general framework of the common law power of search incident to arrest must instead be tailored to ensure the search will be *Charter*-compliant.

[6] For reasons that follow, I am of the view that this case falls into the second category. To be precise, I am satisfied that while a penile swab constitutes a significant intrusion on the privacy interests of the accused, the police may nonetheless take a swab incident to arrest if they have reasonable grounds to believe that the search will reveal and preserve evidence of the offence for which the accused was arrested, and the swab is conducted in a reasonable manner.

[7] Applying those requirements to this case, I conclude that the police had reasonable grounds to conduct the swab and that in carrying it out, they took reasonable steps to respect Mr. Saeed's privacy.

aux policiers de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation. Les tribunaux ont examiné et réexaminé ce pouvoir au fur et à mesure de l'apparition de nouvelles méthodes d'enquête et de nouveaux types de preuve. Mais indépendamment du contexte, pour être constitutionnelle, une fouille accessoire à une arrestation ne doit pas être abusive.

[5] Dans une telle situation, le caractère non abusif de la fouille dépend de l'existence d'un juste équilibre entre, d'une part, les intérêts de l'accusé en matière de respect de sa vie privée et, d'autre part, les objectifs valables en matière d'application de la loi. Dans certains cas, les intérêts de l'accusé au respect de la vie privée seront si élevés qu'ils seront pratiquement inviolables. Le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation doit alors céder le pas à ces intérêts, et une fouille ne sera permise que dans les cas suivants : soit l'accusé y consent, soit un mandat est obtenu, soit peut-être en présence d'une situation d'urgence. Dans d'autres cas, bien qu'ils puissent être importants, les intérêts de l'accusé au respect de sa vie privée ne seront pas élevés au point d'empêcher la police d'exercer son pouvoir de fouille accessoire à l'arrestation. En pareilles situations, le cadre général actuel du pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation doit plutôt être adapté pour faire en sorte que la fouille soit effectuée conformément à la *Charte*.

[6] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que la présente affaire entre dans la seconde catégorie de cas. Pour être plus précis, je suis convaincu que, bien que le prélèvement d'échantillons par écouvillonnage du pénis constitue une atteinte importante à la vie privée de l'accusé, il est néanmoins loisible aux policiers d'y procéder accessoirement à une arrestation s'ils ont des motifs raisonnables de croire que cette fouille permettra de découvrir et de préserver une preuve de l'infraction pour laquelle l'accusé a été arrêté, et si le prélèvement est effectué d'une manière non abusive.

[7] En appliquant ces exigences en l'espèce, je conclus que les policiers avaient des motifs raisonnables de procéder au prélèvement en cause et qu'ils l'ont fait en prenant des mesures raisonnables pour

It follows that Mr. Saeed's s. 8 *Charter* rights were not breached, and that the evidence of the complainant's DNA obtained from the swabbing was properly admitted. Accordingly, I would dismiss the appeal.

## II. Facts

[8] In the early morning hours of May 22, 2011, the complainant, age 15, and her friend S, age 14, attended a small party at an apartment building in the city of Edmonton. Another of the complainant's friends, a man called Skip, joined them. There were three men at the party other than Skip. One was introduced as Ali.

[9] The complainant and S drank alcohol at the party. At some point, the complainant became tired. She was very intoxicated. S and Skip helped her to a bedroom to sleep. Around 4:00 a.m., the complainant awoke and discovered that S and Skip had left the apartment. She then went outside to find S. When she reached the front yard of the building, she was viciously attacked, in full public view, by a man who pushed her to the ground, hit her multiple times, tore her clothes, called her names, and proceeded to sexually assault her.

[10] In the meantime, S and Skip returned to the apartment and found that the complainant — and Ali — were gone. S went outside to look for her friend and heard the complainant screaming. She saw her friend on the ground outside of the apartment with a man on top of her. The man's pants were pulled down and he had a knife in his hand. S recognized the man as Ali. She yelled for Skip to separate them. Skip pulled the man off the complainant.

[11] Skip drove the complainant and S to the group home where they both lived. The police were called and they arrived at the home around 5:00 a.m.

respecter la vie privée de M. Saeed. Il s'ensuit que les droits que lui garantit l'art. 8 de la *Charte* n'ont pas été violés, et que les éléments de preuve relatifs à la présence de l'ADN de la plaignante recueillis grâce au prélèvement ont été admis à bon droit. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

## II. Faits

[8] Aux petites heures du matin, le 22 mai 2011, la plaignante, qui était âgée de 15 ans, et son amie S, âgée de 14 ans, ont participé à une petite fête dans un immeuble d'habitation situé à Edmonton. Skip, un ami de la plaignante, les accompagnait. À part ce dernier, trois autres hommes étaient présents. L'un d'entre eux a été présenté sous le nom d'Ali.

[9] La plaignante et S ont consommé de l'alcool au cours de la fête. À un certain moment, la plaignante s'est sentie fatiguée. Elle était très ivre. S et Skip l'ont aidée à se rendre jusqu'à une chambre pour qu'elle puisse dormir. Vers 4 h du matin, la plaignante s'est réveillée et a constaté que S et Skip avaient quitté l'appartement. Elle est alors sortie pour chercher S. En arrivant dans la cour d'entrée de l'immeuble, elle a été brutalement agressée à la vue de tous par un homme qui l'a projetée au sol, l'a frappée à maintes reprises, lui a arraché ses vêtements, l'a injuriée, et l'a agressée sexuellement.

[10] Pendant ce temps, S et Skip sont revenus à l'appartement et se sont rendu compte que la plaignante — et Ali — n'étaient plus là. S est sortie à la recherche de son amie et a entendu la plaignante crier. Elle l'a aperçue gisant au sol, à l'extérieur de l'appartement, avec un homme monté par-dessus elle. Le pantalon de l'homme était baissé et celui-ci avait un couteau à la main. S a reconnu l'homme : c'était Ali. Elle a crié pour que Skip les sépare. Ce dernier a enlevé l'homme qui se trouvait sur la plaignante.

[11] Skip a ramené en voiture la plaignante et S au foyer de groupe où elles habitaient toutes les deux. La police a été appelée et des agents sont arrivés au foyer vers 5 h du matin.

[12] The complainant was taken to the hospital. She had bruises, cuts, and scrapes all over her body, including her face. The examining nurse, who had special training with respect to sexual assault cases, noted tenderness in the complainant's outer vagina but no other injuries in the genital area.

[13] Constable Mitchell took S back to the apartment building to investigate. They arrived at around 5:44 a.m. S directed Constable Mitchell to the apartment where she and the others had been partying, and told him that the assailant's name was Ali.

[14] Constable Mitchell knocked on the apartment door. Mr. Saeed answered. When asked his name, he said it was Ali. Constable Mitchell arrested Mr. Saeed immediately and advised him of his right to counsel under s. 10(b) of the *Charter*. It was 6:05 a.m.

[15] Mr. Saeed was taken to the police station but mistakenly released sometime between 7:00 a.m. and 7:30 a.m. Constable Mitchell was still at the scene when an officer brought Mr. Saeed back to the apartment. Constable Mitchell re-arrested Mr. Saeed at 8:35 a.m. He once again advised Mr. Saeed of his s. 10(b) rights.

[16] Constable Mitchell returned to the police station with Mr. Saeed. They arrived at 8:50 a.m. Mr. Saeed was immediately permitted to speak to a lawyer. He took up the opportunity and finished the call at around 9:20 a.m.

[17] At some point that morning, the complainant disclosed to investigating officers that the sexual assault had involved penile penetration. This information was relayed to Detective Fermaniuk, who had a supervising role in the investigation. Based on this information and the proximity in time of the assault to the arrest, Detective Fermaniuk felt that there were reasonable grounds to believe the complainant's

[12] La plaignante a été conduite à l'hôpital. Elle avait des ecchymoses, des coupures et des éraflures sur tout le corps, y compris au visage. L'infirmière qui l'a examinée, et qui avait une formation spéciale en matière d'agressions sexuelles, a constaté la sensibilité de la partie extérieure du vagin, mais n'a relevé aucune autre lésion dans la région génitale.

[13] L'agent Mitchell a ramené S à l'immeuble d'habitation pour enquêter. Ils sont arrivés vers 5 h 44. S a conduit l'agent Mitchell jusqu'à l'appartement où elle et les autres personnes avaient fait la fête et elle lui a dit que le nom de l'agresseur était Ali.

[14] L'agent Mitchell a frappé à la porte de l'appartement. M. Saeed a répondu. Quand il s'est fait demander son nom, il a répondu Ali. L'agent Mitchell a procédé sur-le-champ à l'arrestation de M. Saeed et l'a informé de son droit à l'assistance d'un avocat conformément à l'al. 10b) de la *Charte*. Il était alors 6 h 05.

[15] M. Saeed a été conduit au poste de police, mais il a par erreur été remis en liberté à un certain moment entre 7 h et 7 h 30. L'agent Mitchell était encore sur les lieux lorsqu'un agent a ramené M. Saeed à l'appartement. L'agent Mitchell a arrêté de nouveau M. Saeed à 8 h 35. Il a encore une fois informé celui-ci des droits que lui garantit l'al. 10b) de la *Charte*.

[16] L'agent Mitchell est revenu au poste de police en compagnie de M. Saeed. Ils sont arrivés à 8 h 50. On a immédiatement permis à M. Saeed de parler à un avocat. Il s'est prévalu de cette possibilité et l'appel téléphonique s'est terminé vers 9 h 20.

[17] Au cours de la matinée, la plaignante a révélé aux enquêteurs qu'il y avait eu pénétration lors de l'agression sexuelle. Ces renseignements ont été transmis au détective Fermaniuk, qui agissait comme superviseur dans cette enquête. Compte tenu de ces renseignements et du peu de temps écoulé entre le moment de l'agression et celui de l'arrestation, le détective Fermaniuk a estimé qu'il

DNA would be found on Mr. Saeed's penis. Accordingly, he determined that a penile swab should be taken from Mr. Saeed to preserve this evidence.

[18] The penile swab could not be taken immediately after Mr. Saeed finished speaking to counsel because Constable Craddock, the officer responsible for collecting physical evidence, was not at the station. She was completing an interview with the complainant and photographing her injuries. In anticipation that a swab would be taken, at around 9:30 a.m., after Mr. Saeed had finished speaking to counsel, Detective Fermaniuk directed Constable Mitchell to place him in a dry cell, with no toilet or running water, to preserve the evidence. Mr. Saeed was handcuffed to the wall to prevent him from licking his hands or otherwise washing away evidence. Mr. Saeed was fully clothed.

[19] In his time on the force, Detective Fermaniuk had not personally been involved in taking a penile swab. He testified that he considered getting a warrant for the swab, but he did not follow up on this because in his view, the proposed swab was a valid search incident to arrest. He also testified that taking a swab was more respectful of Mr. Saeed, as applying for a warrant would have resulted in Mr. Saeed being handcuffed to a wall for several hours while the warrant was obtained. He did not consider getting a telewarrant.

[20] Constable Craddock returned to the station at around 10:00 a.m. Detective Fermaniuk requested a penile swab be performed, and Constable Craddock agreed that a swab was appropriate based on the allegation of penetration. Seizing DNA evidence such as a penile swab would ordinarily have been part of Constable Craddock's job. However, in view of her gender, Detective Fermaniuk directed Constable Mitchell to perform the penile swab. Constable

existait des motifs raisonnables de croire que l'on trouverait l'ADN de la plaignante sur le pénis de M. Saeed. En conséquence, il a décidé qu'un prélèvement par écouvillonnage du pénis de M. Saeed devait être effectué pour préserver cette preuve.

[18] Le prélèvement en question n'a pas pu être effectué immédiatement après que M. Saeed eut fini de parler à son avocat, parce que l'agente Craddock, l'agente chargée de recueillir des éléments de preuve matériels, n'était pas présente au poste. Elle était en train d'interroger la plaignante et de photographier ses blessures. En vue du prélèvement par écouvillonnage du pénis, le détective Fermaniuk a, vers 9 h 30, après que M. Saeed eut fini de s'entretenir avec son avocat, ordonné à l'agent Mitchell de placer celui-ci dans une cellule sèche — c'est-à-dire une cellule sans toilettes ni eau courante — pour préserver la preuve. M. Saeed a été menotté au mur afin de l'empêcher de se lécher les mains ou d'éliminer autrement des éléments de preuve en se lavant. M. Saeed était entièrement vêtu.

[19] Depuis qu'il faisait partie du service de police, le détective Fermaniuk n'avait jamais participé personnellement à un prélèvement par écouvillonnage du pénis. Dans son témoignage, il a expliqué qu'il avait envisagé la possibilité d'obtenir un mandat pour procéder au prélèvement proposé, mais qu'il n'avait pas donné suite à cette idée parce qu'il s'agissait, à son avis, d'une fouille valide effectuée accessoirement à une arrestation. Il a ajouté qu'en procédant au prélèvement, on avait agi de façon plus respectueuse envers M. Saeed, car, si une demande de mandat avait été présentée, ce dernier serait resté menotté au mur pendant plusieurs heures en attendant que le mandat soit obtenu. Il n'a pas envisagé la possibilité d'obtenir un télémandat.

[20] L'agente Craddock est revenue au poste vers 10 h. Le détective Fermaniuk a demandé qu'on procède à un prélèvement par écouvillonnage du pénis et celle-ci a convenu que cette mesure était appropriée compte tenu de l'allégation de pénétration. La saisie d'une preuve génétique tel un prélèvement par écouvillonnage du pénis aurait normalement fait partie du travail de l'agente Craddock, mais, vu le sexe de cette dernière, le détective Fermaniuk a



Craddock explained the procedure to Constable Mitchell.

[21] Mr. Saeed spent about 30 to 40 minutes in total handcuffed in the dry cell. At around 10:10 a.m., he was escorted from the cell to speak with an interpreter. Acting Detective Kachkowski informed Mr. Saeed of the possibility that the police might take DNA swabs from him and arranged for a phone call with the interpreter. During the call, Acting Detective Kachkowski repeated to Mr. Saeed the reason for his arrest and once again advised him of his s. 10(b) rights. Mr. Saeed indicated that he had already spoken to a lawyer, and that he understood that he was not required to make any statements.

[22] The call with the interpreter was used to prepare Mr. Saeed for the process of taking the swab. Constable Craddock explained the process of obtaining a swab to the interpreter, and had the interpreter repeat the process back to her to make sure that the interpreter understood. Mr. Saeed then spoke directly to the interpreter about the swabbing process. The interpreter informed Mr. Saeed how the swab would be taken, and that he could choose either to take the swab himself, or to have a male officer take it for him.

[23] Following the call with the interpreter, Mr. Saeed was escorted back to the dry cell, where Constable Craddock took pictures of him fully clothed. Several scratches on his face were apparent. She left the room.

[24] The swab took place at around 10:45 a.m. Constable Mitchell, Detective Fermaniuk, and Mr. Saeed were the only persons in the cell at the time. The cell had a small window, located towards the top of the door. During the swabbing process, the officers blocked the window with their bodies so that no one could look into the room. Constable Craddock stood outside the closed door.

ordonné à l'agent Mitchell de procéder au prélèvement. L'agente Craddock a expliqué la procédure à l'agent Mitchell.

[21] M. Saeed a passé en tout environ 30 à 40 minutes menotté dans la cellule sèche. Vers 10 h 10, on l'a sorti sous escorte de sa cellule pour qu'il puisse parler à un interprète. Le détective par intérim Kachkowski a expliqué à M. Saeed qu'il était possible que la police effectue sur lui des prélèvements d'ADN et a fait le nécessaire pour qu'il puisse parler à l'interprète au téléphone. Au cours de la conversation téléphonique, le détective par intérim Kachkowski a répété à M. Saeed la raison de son arrestation et l'a de nouveau informé des droits que lui garantit l'al. 10b). M. Saeed a répondu qu'il avait déjà parlé à un avocat et qu'il comprenait qu'il n'était pas tenu de faire de déclaration.

[22] On a profité de la conversation téléphonique avec l'interprète pour renseigner M. Saeed sur la procédure de prélèvement. L'agente Craddock a d'abord expliqué à l'interprète le processus d'obtention du prélèvement, puis lui a demandé de le lui répéter pour s'assurer qu'il avait bien compris. M. Saeed a ensuite parlé directement à l'interprète au sujet du processus en question. L'interprète a informé M. Saeed de la manière dont le prélèvement serait effectué, lui expliquant qu'il avait le choix de le faire lui-même ou de demander à un agent de sexe masculin de le faire pour lui.

[23] À la suite de sa conversation téléphonique avec l'interprète, M. Saeed a été reconduit sous escorte à la cellule sèche, où l'agente Craddock a pris des photos de lui entièrement vêtu. Il avait plusieurs égratignures évidentes au visage. Elle a quitté la pièce.

[24] Le prélèvement a eu lieu vers 10 h 45. L'agent Mitchell, le détective Fermaniuk et M. Saeed étaient les seules personnes présentes dans la cellule à ce moment-là. La cellule était munie d'une petite fenêtre située dans le haut de la porte. Lors du prélèvement, les agents se sont placés de telle sorte que personne ne puisse voir dans la pièce par la fenêtre. L'agente Craddock se tenait à l'extérieur de la porte, laquelle était fermée.

[25] The procedure took at most two minutes. Mr. Saeed was fully clothed, but pulled his pants down in order to take the swab. Constable Mitchell handed Mr. Saeed a swab with a cotton tip and a four to five inch-long handle. Under Constable Mitchell's direction, Mr. Saeed wiped the cotton tip of the swab along the length of his penis and around the head before returning the swab to Constable Mitchell. The swab came into contact only with the skin on the outside of Mr. Saeed's body. Mr. Saeed then pulled up his pants. Constable Mitchell returned the swab to Constable Craddock, who sealed it in order to preserve the evidence.

[26] The swab was tested. It revealed the complainant's DNA on Mr. Saeed's penis.

[27] At trial, the central issue was the identity of the complainant's assailant. The main evidence implicating Mr. Saeed came from the testimony of the complainant and S, and the DNA evidence from the penile swab. The complainant testified to the assault, but in cross-examination, she recanted her identification of Mr. Saeed. S maintained her identification of Mr. Saeed, but her identification was far from ironclad. She was intoxicated when she witnessed the sexual assault, did not know Mr. Saeed well, and identified him for the first time to police only when she saw Constable Mitchell leading him from the apartment building.

[28] As indicated, Mr. Saeed challenged the admissibility of the evidence of the complainant's DNA obtained from the penile swab. The Crown called Kenneth Hunter, a forensic specialist, to provide expert opinion evidence. Mr. Hunter testified that he would expect to find the complainant's vaginal DNA on the accused's penis for a period of time after a sexual assault involving penile penetration, if no condom was used. He further stated that urination by the accused, humidity, warmth, sweat, and the natural bacteria present on the accused's

[25] L'intervention a duré tout au plus deux minutes. M. Saeed était entièrement vêtu, mais il a baissé son pantalon pour effectuer le prélèvement. L'agent Mitchell lui a remis l'écouvillon, c'est-à-dire une tige de quatre à cinq pouces de longueur munie d'une boule de coton à une extrémité. Conformément aux directives de l'agent Mitchell, M. Saeed a passé la boule de coton sur toute la longueur de son pénis et autour du gland avant de rendre l'écouvillon à l'agent Mitchell. L'écouvillon n'est entré en contact qu'avec la peau située à l'extérieur du corps de M. Saeed. Ce dernier a ensuite remonté son pantalon. L'agent Mitchell a remis l'écouvillon à l'agente Craddock, qui l'a scellé pour préserver la preuve ainsi recueillie.

[26] Le prélèvement a été analysé. Cette analyse a révélé la présence de l'ADN de la plaignante sur le pénis de M. Saeed.

[27] Au procès, la question centrale était l'identité de l'agresseur de la plaignante. Les principaux éléments de preuve impliquant M. Saeed provenaient du témoignage de la plaignante et de S, ainsi que de la preuve génétique obtenue à la suite du prélèvement par écouvillonnage du pénis. La plaignante a témoigné au sujet de l'agression, mais, en contre-interrogatoire, elle est revenue sur son identification de M. Saeed. S a continué de maintenir que c'était M. Saeed, mais son identification était loin d'être à toute épreuve. Elle était ivre lorsqu'elle a été témoin de l'agression sexuelle, elle ne connaissait pas bien M. Saeed et elle ne l'a identifié pour la première fois aux policiers que lorsqu'elle a vu l'agent Mitchell l'emmener hors de l'immeuble d'habitation.

[28] Comme nous l'avons vu, M. Saeed a contesté l'admissibilité des éléments de preuve de l'ADN de la plaignante ayant été recueillis grâce au prélèvement par écouvillonnage du pénis. Le ministère public a fait témoigner M. Kenneth Hunter, un spécialiste en criminalistique, pour qu'il donne son opinion à titre d'expert. M. Hunter a affirmé qu'on peut s'attendre à trouver l'ADN vaginal d'une plaignante sur le pénis d'un accusé pendant un certain temps après une agression sexuelle au cours de laquelle il y a eu pénétration, si aucun condom n'a été utilisé.

skin could all cause this type of DNA evidence to degrade. An accused could also wash off or wipe away the DNA evidence.

[29] Mr. Hunter could not state definitively the time frame within which a swab must be taken, due to the many factors that affect how long a complainant's DNA will remain on the accused's penis — including whether the accused chooses to destroy the evidence. Mr. Hunter referred to a study on DNA transfer conducted on consenting couples who were not permitted to wipe or wash after intercourse. The study found that DNA degradation began five hours after intercourse for some couples, but for others, degradation did not begin until twenty-four hours after intercourse. However, because of the likelihood that an accused will urinate, wash, or wipe away the evidence, Mr. Hunter testified that a swab should be taken as soon as possible. Mr. Saeed did not give evidence on the s. 8 application.

### III. Decisions Below

#### A. *Alberta Court of Queen's Bench — Sulyma J.*

[30] The trial judge ruled that the penile swab violated Mr. Saeed's s. 8 *Charter* right to be free from unreasonable search and seizure. She concluded that exigent circumstances are required to justify conducting a warrantless penile swab. Exigent circumstances — namely, the imminent loss of evidence — did not exist in this case. However, the trial judge noted that based on the factors governing the reasonableness of strip searches set out in *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679, the police conducted the swab in a reasonable manner.

Il a ajouté qu'une miction de l'accusé, l'humidité, la chaleur, la sueur et la présence de bactéries naturelles sur la peau de l'accusé sont toutes des facteurs susceptibles de provoquer la dégradation de ce type de preuve génétique. Il est également possible que l'accusé supprime la preuve génétique en se lavant ou en s'essuyant.

[29] M. Hunter ne pouvait affirmer avec certitude dans quel délai ce prélèvement devrait être effectué vu les nombreux facteurs ayant une incidence sur la période pendant laquelle l'ADN de la plaignante demeure sur le pénis de l'accusé, notamment lorsque l'accusé décide de détruire la preuve. M. Hunter a cité une étude sur le transfert d'ADN réalisée à l'égard de couples consentants à qui on n'avait pas permis de s'essuyer ou de se laver après avoir eu des rapports sexuels. Les résultats ont révélé que la dégradation de l'ADN commençait cinq heures après les rapports sexuels pour certains couples, mais que, pour d'autres, elle ne commençait que vingt-quatre heures après les relations sexuelles. Toutefois, étant donné la probabilité que l'accusé urine, ou encore élimine les éléments de preuve en se lavant ou en s'essuyant, M. Hunter a expliqué que le prélèvement devrait être effectué dès que possible. M. Saeed n'a pas témoigné au sujet de la demande fondée sur l'art. 8.

### III. Décisions des juridictions inférieures

#### A. *Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (la juge Sulyma)*

[30] La juge du procès a statué que le prélèvement par écouvillonnage du pénis violait le droit de M. Saeed à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte*. Sans mandat, ce type de prélèvement ne pouvait, selon elle, être justifié que dans des situations d'urgence. Aucune situation d'urgence — en l'occurrence, le risque imminent de perte d'éléments de preuve — n'existait en l'espèce. Cependant, la juge du procès a souligné que, compte tenu des facteurs régissant le caractère raisonnable des fouilles à nu énoncés dans l'arrêt *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679, les policiers avaient procédé au prélèvement de manière non abusive.

[31] The trial judge admitted the evidence from the penile swab under s. 24(2) of the *Charter*, having regard to the factors set out in *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353. She found that there was no bad faith on the part of the police.

[32] Mr. Saeed did not testify at trial. On the evidence before her, the trial judge convicted him of sexual assault causing bodily harm under s. 272(1)(c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and unlawful touching for a sexual purpose under s. 151 of the *Criminal Code*. In convicting Mr. Saeed, the trial judge relied on S's identification and the DNA evidence. Mr. Saeed appealed his convictions.

B. *Alberta Court of Appeal, 2014 ABCA 238, 5 Alta. L.R. (6th) 219 — Watson, McDonald and Bielby J.J.A.*

[33] The Alberta Court of Appeal unanimously dismissed the appeal. The court divided on whether the taking of the swab violated Mr. Saeed's s. 8 rights, but agreed that the DNA evidence was properly admitted at trial.

[34] For the majority, Watson and Bielby J.J.A. held that taking the swab violated Mr. Saeed's rights under s. 8. In their view, the seizure of bodily material that may infringe upon a person's dignity was governed by this Court's decision in *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607. And because a penile swab infringes on a person's dignity, absent Mr. Saeed's consent, the police were required under *Stillman* to obtain a warrant for the swab. There were no exigent circumstances in this case that would justify bypassing the warrant requirement.

[35] Justice McDonald, concurring in the result, held that Mr. Saeed's s. 8 rights were not violated because the swab was a valid search incident to arrest.

[31] Eu égard aux facteurs énoncés dans l'arrêt *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, la juge du procès a permis l'utilisation de la preuve provenant du prélèvement par écouvillonnage du pénis en application du par. 24(2) de la *Charte*. Elle a conclu à l'absence de mauvaise foi de la part des policiers.

[32] M. Saeed n'a pas témoigné au procès. Au regard de la preuve qui lui avait été soumise, la juge du procès l'a déclaré coupable d'agression sexuelle causant des lésions corporelles, infraction prévue à l'al. 272(1)c) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, et de contacts sexuels illégaux, infraction visée à l'art. 151 du *Code criminel*. Pour conclure à la culpabilité de M. Saeed, elle s'est appuyée sur l'identification de ce dernier par S et sur la preuve génétique. M. Saeed a interjeté appel de ses déclarations de culpabilité.

B. *Cour d'appel de l'Alberta, 2014 ABCA 238, 5 Alta. L.R. (6th) 219 (les juges Watson, McDonald et Bielby)*

[33] La Cour d'appel de l'Alberta a rejeté l'appel à l'unanimité. La cour était divisée sur la question de savoir si le prélèvement effectué sur M. Saeed avait violé les droits que lui garantit l'art. 8, mais elle a reconnu que la preuve génétique avait été admise à bon droit au procès.

[34] S'exprimant au nom de la majorité, les juges Watson et Bielby ont conclu que le prélèvement contrevenait aux droits que l'art. 8 confère à M. Saeed. Selon eux, les saisies de substances corporelles susceptibles de porter atteinte à la dignité de la personne sont régies par l'arrêt *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607. Et, comme un prélèvement par écouvillonnage du pénis porte atteinte à la dignité de la personne, à défaut de consentement de la part de M. Saeed, les policiers étaient tenus, suivant cet arrêt, d'obtenir un mandat pour pouvoir y procéder. Il n'y avait en l'espèce aucune situation d'urgence permettant d'écarter l'obligation d'obtenir un mandat.

[35] Souscrivant au résultat, le juge McDonald a estimé pour sa part que les droits que l'art. 8 garantit à M. Saeed n'avaient pas été violés, car le

He distinguished *Stillman*, holding that it applies only to samples of an accused's own bodily substances. In his view, the search here was effectively a strip search and was therefore governed by the requirements in *Golden*. The police met these requirements.

#### IV. Analysis

[36] To be reasonable and therefore consistent with s. 8 of the *Charter*, a search must meet three requirements: (1) the search must be authorized by law; (2) the authorizing law must be reasonable; and (3) the search must be conducted reasonably (*R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51, at para. 10). The Crown relies on the common law power of search incident to arrest as the authorizing law.

[37] The existing general framework for a valid search incident to arrest purports to authorize a broad range of searches. It requires only that (1) the individual searched has been lawfully arrested; (2) the search is truly incidental to the arrest in the sense that it is for a valid law enforcement purpose related to the reasons for the arrest; and (3) the search is conducted reasonably (*R. v. Fearon*, 2014 SCC 77, [2014] 3 S.C.R. 621, at para. 27).

[38] Despite this broadly framed power, in some contexts, the accused's privacy interests are so high that the police are precluded from relying on the power of search incident to arrest, because if the common law authorized such a search, it would not be reasonable and therefore not consistent with the *Charter*. In others, while the police may rely on the power of search incident to arrest, the power must be tailored to ensure that the accused's heightened privacy interests receive adequate protection. In other words, in these contexts, the common law power of search incident to arrest must be modified to permit

prélèvement en cause constituait une fouille valide effectuée accessoirement à une arrestation. Il a fait une distinction entre la présente espèce et l'affaire *Stillman*, concluant que cette dernière ne s'appliquait qu'aux échantillons de substances corporelles de l'accusé lui-même. À son avis, la fouille effectuée en l'espèce constituait effectivement une fouille à nu et était donc assujettie aux exigences de l'arrêt *Golden*, lesquelles avaient été respectées par les policiers.

#### IV. Analyse

[36] Pour ne pas être abusive et, par conséquent, être conforme à l'art. 8 de la *Charte*, une fouille doit respecter trois exigences : (1) la fouille doit être autorisée par la loi, (2) la loi l'autorisant doit n'avoir rien d'abusif et (3) la fouille ne doit pas être effectuée d'une manière abusive (*R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51, par. 10). Le ministère public invoque, à titre de règle de droit autorisant le prélèvement effectué en l'espèce, le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation.

[37] Le cadre général actuel permettant de procéder à une fouille valide accessoirement à une arrestation vise à autoriser un vaste éventail de fouilles. Il exige uniquement (1) que la personne soumise à la fouille ait été légalement arrêtée, (2) que la fouille soit véritablement accessoire à l'arrestation, c'est-à-dire qu'elle vise un objectif d'application de la loi valable, lié aux motifs de l'arrestation, et (3) que la fouille ne soit pas abusive (*R. c. Fearon*, 2014 CSC 77, [2014] 3 R.C.S. 621, par. 27).

[38] Malgré ce pouvoir défini en termes larges, les intérêts de l'accusé au respect de sa vie privée sont, dans certains contextes, si élevés que les policiers ne peuvent invoquer le pouvoir de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation, car, si une telle fouille était autorisée par la common law, elle serait abusive et, partant, non conforme à la *Charte*. Dans d'autres cas, bien que les policiers puissent invoquer le pouvoir de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation, ce pouvoir doit être adapté de façon que les intérêts élevés de l'accusé au respect de sa vie privée bénéficient d'une protection adéquate. En

only reasonable searches — that is, searches that are *Charter*-compliant.

[39] Although Mr. Saeed has challenged the manner in which this search was conducted, the main issue on this appeal is whether the police were entitled to rely on the common law power of search incident to arrest to take the penile swab, given the particular privacy interests at stake here. There is no real dispute that the police met the existing requirements of the general framework for a search incident to arrest. Mr. Saeed was validly arrested and the police had a legitimate law enforcement purpose related to his arrest for performing the search.

[40] The Crown submits that the police were entitled to rely on the common law power of search incident to arrest, with some modifications, to take the penile swab. The Crown points to this Court's decision in *Golden*. In *Golden*, this Court modified the common law power of search incident to arrest in respect of strip searches, to ensure it conformed to the *Charter*. Specifically, *Golden* stated that the police must have reasonable grounds to believe the strip search is necessary in the particular circumstances and follow certain restrictive guidelines in carrying out the search (paras. 98-99 and 101). The Crown maintains that similar modifications for penile swabs will bring the existing general common law framework in line with the *Charter*.

[41] Mr. Saeed accepts the law as set out in *Golden*, but submits that it does not apply here. He says that the question of whether the police were entitled to rely on the common law power of search incident to arrest can instead be resolved by a straightforward

d'autres mots, dans ce type de contextes, le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation doit être modifié de façon à permettre uniquement les fouilles non abusives — c'est-à-dire les fouilles qui sont conformes à la *Charte*.

[39] Bien que M. Saeed conteste la façon dont la fouille a été effectuée en l'espèce, la principale question à trancher dans le présent pourvoi est celle de savoir si les policiers avaient le droit d'invoquer le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation pour effectuer le prélèvement par écouvillonnage du pénis, eu égard aux intérêts particuliers en matière de vie privée qui sont en jeu dans le cas qui nous occupe. Personne ne prétend vraiment que les policiers n'ont pas respecté les exigences actuelles du cadre général permettant de procéder à une fouille accessoire à une arrestation. L'arrestation de M. Saeed était valide et la fouille effectuée par les policiers visait à réaliser un objectif légitime d'application de la loi lié à cette arrestation.

[40] Le ministère public soutient que les policiers avaient, sous réserve de quelques modifications, le droit d'invoquer le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation pour effectuer le prélèvement par écouvillonnage du pénis. Il invoque à cet égard l'arrêt *Golden*, où la Cour a modifié le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation dans le cas des fouilles à nu pour faire en sorte que celui-ci soit conforme à la *Charte*. Plus particulièrement, elle a déclaré que les policiers doivent avoir des motifs raisonnables de croire que la fouille à nu est nécessaire dans les circonstances particulières en cause et qu'ils doivent respecter certaines lignes directrices restrictives lorsqu'ils procèdent à celle-ci (par. 98-99 et 101). Le ministère public affirme que des modifications semblables à l'égard des prélèvements par écouvillonnage du pénis permettront d'harmoniser le cadre général actuel de la common law avec la *Charte*.

[41] M. Saeed accepte la règle de droit énoncée dans *Golden*, mais il soutient qu'elle ne s'applique pas en l'espèce. Il affirme plutôt que la simple application de l'arrêt *Stillman* permet de répondre à la question de savoir si les policiers avaient le droit

application of this Court's decision in *Stillman*. In that case, the Court held that the common law power of search incident to arrest cannot reasonably authorize the police to seize the accused's bodily samples and certain impressions, such as dental impressions. Instead, the police must have either consent or a warrant. Mr. Saeed says that a penile swab is a seizure of a bodily sample, and therefore, as the police had neither his consent nor a warrant, they were not entitled to take the swab.

[42] With respect, I disagree with Mr. Saeed's submission. In particular, I reject his argument that this case can be decided on a straightforward application of *Stillman*. But that is not the end of the matter. An accused's privacy interests are invariably implicated by a penile swab. While I would reject Mr. Saeed's argument that the privacy interests are so high as to require the police to obtain either consent or a warrant, I agree that the common law power of search incident to arrest must be tailored to protect the enhanced privacy interests involved. In my view, the police may take a penile swab incident to arrest if they have reasonable grounds to believe the swab will reveal and preserve evidence of the offence, and if the search is carried out in accordance with guidelines that are designed to respect the accused's privacy interests and interfere with them as little as possible.

#### A. *Stillman Does Not Apply*

[43] As indicated, Mr. Saeed submits that a penile swab falls within the scope of *Stillman*. I disagree.

d'invoquer le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation. Dans cette affaire, la Cour a affirmé que ce pouvoir de common law ne peut raisonnablement autoriser les policiers à saisir des échantillons corporels et certaines empreintes de l'accusé, comme des empreintes dentaires. Les policiers doivent plutôt avoir obtenu soit le consentement de ce dernier, soit un mandat. M. Saeed affirme qu'un prélèvement par écouvillonnage du pénis constitue une saisie d'un échantillon corporel et que, comme les policiers n'avaient obtenu ni son consentement ni mandat, ils n'avaient pas le droit d'effectuer celui-ci.

[42] Avec égards, je ne peux retenir la prétention de M. Saeed. De façon plus particulière, je rejette son argument selon lequel la présente affaire peut être tranchée par une simple application de l'arrêt *Stillman*. Mais cela ne clôt pas le débat. Un prélèvement effectué par écouvillonnage du pénis a inmanquablement une incidence sur les intérêts de l'accusé concerné au respect de sa vie privée. Bien que je rejette l'argument de M. Saeed selon lequel ces intérêts sont tellement élevés dans un tel cas que les policiers doivent obtenir le consentement de l'accusé ou un mandat, je reconnais que le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation doit être adapté de façon à protéger les intérêts élevés au respect de la vie privée qui sont en cause. À mon avis, les policiers peuvent procéder à un prélèvement par écouvillonnage du pénis accessoirement à une arrestation s'ils ont des motifs raisonnables de croire que ce prélèvement permettra de découvrir et de préserver une preuve relative à l'infraction, et si cette fouille est effectuée conformément à des lignes directrices conçues pour assurer le respect des intérêts de l'accusé en matière de vie privée et faire en sorte que l'on porte le moins possible atteinte à ceux-ci.

#### A. *L'arrêt Stillman ne s'applique pas*

[43] Comme nous l'avons vu, M. Saeed soutient que le prélèvement par écouvillonnage du pénis relève du champ d'application de l'arrêt *Stillman*. Je ne suis pas de cet avis.

[44] Three factors played a significant role in the Court's decision in *Stillman* that the police must have consent or a warrant to seize the accused's bodily samples and certain impressions. First, seizing samples of *the accused's own body* to obtain information about him without his consent intrudes on an accused's privacy and dignity in a very significant way (*Stillman*, at para. 42, quoting with approval *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417, at pp. 431-32). Second, forcefully removing the accused's hair and taking his dental impressions — a two-hour long procedure which involved inserting instruments and substances into the accused's mouth — was highly intrusive (*Stillman*, at paras. 44 and 46). Third, the accused's DNA or bodily impressions do not change, degrade, or disappear over time (*Stillman*, at para. 49). In other words, the accused has a significant privacy interest in his own bodily samples, the methods for taking these samples and impressions are invasive, and there is no reason the police need to rush to seize this evidence.

[45] The same cannot be said of a penile swab. First, a penile swab is not designed to seize the accused's own bodily materials but rather, the complainant's. The privacy interest accused persons have in their own samples and impressions stems, in part, from the fact that these samples and impressions are part of their bodies and can reveal personal information about them. The complainant's DNA is not part of the accused's body, and does not reveal anything about him.

[46] In *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652, this was the very reason upon which the Court distinguished *Stillman*. In that case, the Court considered the power of customs officers to conduct a "bedpan vigil" and seize drugs from an accused's expelled faecal matter. Justice Iacobucci, writing for the Court, concluded that the accused's privacy interest in his own bodily fluids did not extend to the drugs contained in his

[44] Trois facteurs ont joué un rôle important dans l'arrêt *Stillman*, où la Cour a conclu que les policiers doivent avoir obtenu le consentement de l'accusé ou un mandat pour saisir des échantillons corporels et certaines empreintes de ce dernier. Premièrement, la saisie d'échantillons du *propre corps de l'accusé*, sans son consentement, en vue d'obtenir des renseignements à son sujet, représente une atteinte très importante à la vie privée et à la dignité de l'accusé (*Stillman*, par. 42, citant avec approbation *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 431-432). Deuxièmement, le prélèvement de force de cheveux et de poils de l'accusé, et la prise de ses empreintes dentaires — une procédure d'une durée de deux heures où il faut introduire des instruments et des substances dans la bouche de l'accusé —, constituent des actes très envahissants (*Stillman*, par. 44 et 46). Troisièmement, l'ADN ou les empreintes corporelles de l'accusé ne risquent pas de changer, de se dégrader ou de disparaître avec le temps (*Stillman*, par. 49). En d'autres mots, l'accusé a un intérêt important en matière de respect de sa vie privée en ce qui concerne ses propres échantillons corporels, les méthodes de prélèvement de ces échantillons et empreintes sont envahissantes ou attentatoires, et il n'y a aucune raison pour laquelle les policiers doivent se hâter pour recueillir ces éléments de preuve.

[45] Il en va autrement du prélèvement par écouvillonnage du pénis. Premièrement, ce prélèvement ne vise pas à saisir les substances corporelles de l'accusé, mais plutôt celles du plaignant. L'intérêt en matière de respect de la vie privée de l'accusé à l'égard de ses propres échantillons corporels et empreintes découle en partie du fait que ces échantillons et empreintes font partie de son corps et peuvent révéler des renseignements personnels à son sujet. L'ADN du plaignant ne fait pas partie du corps de l'accusé et ne révèle rien au sujet de celui-ci.

[46] C'est la raison même pour laquelle la Cour a établi une distinction d'avec l'affaire *Stillman* dans *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652. Dans cet arrêt, la Cour s'est penchée sur le pouvoir des agents des douanes d'effectuer une « veille au haricot » et de saisir la drogue qui se trouvait dans les matières fécales excrétées par l'accusé. Au nom de la Cour, le juge Iacobucci a conclu que l'intérêt de l'accusé



bodily waste, as the drugs sought were not “bodily samples containing personal information relating to the [accused]” (para. 44; see also para. 45).

[47] The same principle applies here. The evidence sought is not personal information relating to the accused. Accordingly, accused persons do not have a significant privacy interest in the complainant’s DNA, any more than they have a significant privacy interest in drugs that have passed through their digestive system.

[48] That said, I accept as a practical reality that swabs are likely to contain bodily substances of the accused from which his DNA could be obtained. But the fact that the evidence sought is the complainant’s DNA, and not information about the accused, changes the context. Unlike the situation in *Stillman*, taking a penile swab raises only a risk that an accused’s privacy interest in the information contained in his bodily substances will be intruded upon. And, as I shall explain, this risk is manageable. Put simply, if an accused’s DNA is obtained through a penile swab and the swab was taken without a warrant authorizing such seizure, or the accused’s consent, the accused’s DNA cannot be used for any purpose.

[49] Second, a penile swab is in some ways less invasive than a two-hour long process for taking dental impressions and forcefully removing hair from an accused’s body. As a general rule, it will be quick and painless. It is not penetrative. No objects or substances are placed inside the accused. Nor does the swab involve “the forcible taking of parts of a person” (*Stillman*, at para. 41, quoting with approval *R. v. Legere* (1988), 89 N.B.R. (2d) 361 (C.A.), at p. 379). While the accused is required to expose a

au respect de la vie privée en ce qui concerne ses propres liquides organiques ne s’étendait pas à la drogue contenue dans ses excréments, car la drogue recherchée ne constituait pas des « échantillons de substances corporelles contenant des renseignements personnels concernant l’[accusé] » (par. 44; voir aussi le par. 45).

[47] Le même principe s’applique en l’espèce. Les éléments de preuve recherchés ne sont pas des renseignements personnels concernant l’accusé. En conséquence, les accusés n’ont pas un intérêt important au respect de leur vie privée à l’égard de l’ADN des plaignants, pas plus qu’ils ne possèdent un intérêt important au respect de leur vie privée en ce qui concerne les drogues ayant traversé leur système digestif.

[48] Cela dit, je reconnais qu’en pratique, le prélèvement par écouvillonnage du pénis est susceptible de contenir des substances corporelles de l’accusé, substances à partir desquelles son ADN pourrait être obtenu. Toutefois, le fait que les éléments de preuve recherchés soient des échantillons de l’ADN du plaignant, et non des renseignements sur l’accusé, modifie le contexte. Contrairement à la situation dans *Stillman*, le prélèvement par écouvillonnage du pénis ne crée qu’un risque d’atteinte aux intérêts de l’accusé au respect de sa vie privée en ce qui concerne les renseignements contenus dans ses substances corporelles. Et, comme je l’expliquerai plus loin, ce risque est gérable. Autrement dit, si l’ADN de l’accusé est obtenu au moyen d’un prélèvement par écouvillonnage du pénis effectué sans mandat autorisant une telle saisie, ou sans le consentement de l’accusé, l’ADN de ce dernier ne peut être utilisé à quelque fin que ce soit.

[49] Deuxièmement, le prélèvement par écouvillonnage du pénis est à certains égards moins envahissant que la prise d’empreintes dentaires — un processus d’une durée de deux heures —, et que le prélèvement de force de cheveux et de poils de l’accusé. Un tel prélèvement est, en règle générale, rapide et indolore. Il se fait sans introduction de quoi que ce soit dans le corps. En effet, aucun objet ni aucune substance ne sont introduits dans le corps de l’accusé. Il ne s’agit pas non plus d’un [TRADUCTION]

private area of his body to conduct the swab, the procedure for taking the swab is not invasive.

[50] Third, unlike with the accused’s bodily materials or impressions, evidence of the complainant’s DNA degrades over time. The accused can also destroy this evidence, whether intentionally or accidentally. It cannot be said that this evidence is in “no danger of disappearing” or that there is “simply no possibility of the evidence sought being destroyed if it [is] not seized immediately” (*Stillman*, at para. 49).

[51] In sum, the issue in this case cannot be resolved by a straightforward application of *Stillman*. A penile swab implicates different privacy interests and law enforcement objectives than seizures of an accused’s bodily samples and certain impressions.

**B. *The Police Can Rely on the Power of Search Incident to Arrest***

[52] Even though *Stillman* does not apply, the question remains: Are an accused’s privacy interests in this context so high as to require consent, a warrant, or exigent circumstances, or can the police rely on the common law power of search incident to arrest in taking a penile swab?

[53] The principles and policy considerations which this Court has identified in *Fearon*, *Golden*, and *Stillman* provide the framework needed to resolve this question. In short, our task is to weigh the privacy interests and law enforcement objectives involved and “delineate the scope of the common law

« prélèvement de parties du corps d’une personne, effectué de force » (*Stillman*, par. 41, citant avec approbation *R. c. Legere* (1988), 89 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 361 (C.A.), p. 379). Bien que l’accusé soit tenu d’exposer une partie intime de son corps aux fins du prélèvement, la procédure employée pour effectuer celui-ci n’est pas envahissante.

[50] Troisièmement, contrairement aux substances corporelles ou aux empreintes de l’accusé, la preuve démontrant la présence de l’ADN du plaignant se dégrade avec le temps. L’accusé peut également détruire cette preuve, que ce soit de manière intentionnelle ou accidentelle. On ne saurait affirmer que cette preuve « ne [risque] pas [. . .] de disparaître » ou qu’il n’y a « simplement aucune possibilité que les éléments de preuve recherchés soient détruits s’ils [ne sont] pas saisis immédiatement » (*Stillman*, par. 49).

[51] En résumé, la question litigieuse en l’espèce ne peut être tranchée par une simple application de l’arrêt *Stillman*. Le prélèvement par écouvillonnage du pénis met en cause des intérêts en matière de vie privée et des objectifs d’application de la loi qui diffèrent de ceux qui sont en jeu dans les saisies d’échantillons corporels et de certaines empreintes de l’accusé.

**B. *Les policiers peuvent invoquer le pouvoir de procéder à une fouille accessoire à l’arrestation***

[52] Même si l’arrêt *Stillman* ne s’applique pas, la question demeure : les intérêts de l’accusé en matière de respect de sa vie privée en l’espèce sont-ils élevés au point d’exiger son consentement, un mandat ou l’existence d’une situation d’urgence, ou les policiers peuvent-ils invoquer le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l’arrestation lorsqu’ils prélèvent des échantillons par écouvillonnage du pénis?

[53] Les principes et les considérations de politique générale que la Cour a dégagés dans les arrêts *Fearon*, *Golden* et *Stillman* établissent le cadre nécessaire pour trancher cette question. En bref, notre tâche consiste à soupeser les intérêts en matière de respect de la vie privée et les objectifs d’application

power . . . in a way that is consistent with the *Charter* right to be protected against unreasonable search and seizure” (*Golden*, at para. 87). This Court has, in *Fearon*, and in “both *Stillman* and *Golden*, . . . modified the common law power in relation to particularly invasive types of searches in order to make that power consistent with s. 8 of the *Charter*” (para. 44). With respect, these authorities do not bear out Karakatsanis J.’s statement that the common law power can only be tailored to comply with the *Charter* “in the rarest of cases” (para. 118).

[54] There can be no doubt that requiring an individual to expose and swab his genitals is an intrusion on an accused’s privacy. Much like a strip search, a penile swab has the potential to be a “humiliating, degrading and traumatic experience” for the accused (*Golden*, at para. 83). A penile swab may be all the more humiliating because it requires more than a mere visual inspection of the accused’s genitals.

[55] But that is not the end of the story. Swabbing itself is not inherently invasive. It can be conducted in a matter of minutes. It is not penetrative. The cotton swab touches only the accused’s outer skin. It does not cause pain or physical discomfort. It does not pose any risk to the accused’s health. And the evidence sought — the complainant’s DNA — does not implicate any particular privacy interest of the accused. The DNA sought belongs to someone else.

[56] In short, this search is a significant intrusion on the accused’s privacy because of the body part searched. If the same search was conducted elsewhere on the accused’s body — the back of his hands, for example — there could be no suggestion that the swab was a “humiliating, degrading and traumatic experience”.

de la loi en cause, et à « délimiter l’étendue du pouvoir de common law [. . .] sans porter atteinte au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garanti par la *Charte* » (*Golden*, par. 87). La Cour a, dans l’arrêt *Fearon*, ainsi que dans « les arrêts *Stillman* et *Golden*, [. . .] modifié le pouvoir de common law relativement à des fouilles particulièrement attentatoires afin de rendre ce pouvoir conforme à l’art. 8 de la *Charte* » (par. 44). Soit dit tout en respect, cette jurisprudence n’étaye pas l’affirmation de la juge Karakatsanis selon laquelle ce n’est que « dans des cas extrêmement rares » que le pouvoir de common law peut être adapté de manière à ce qu’il respecte la *Charte* (par. 118).

[54] Le fait de contraindre un accusé à exposer ses organes génitaux et à effectuer un prélèvement sur ceux-ci constitue indéniablement une atteinte à sa vie privée. À l’instar de la fouille à nu, le prélèvement par écouvillonnage du pénis peut représenter une « expérience humiliante, avilissante et traumatisante » pour l’accusé (*Golden*, par. 83). Un tel prélèvement peut être encore plus humiliant du fait qu’il nécessite davantage qu’un simple examen visuel des organes génitaux de l’accusé.

[55] Mais l’analyse ne s’arrête pas là. Le prélèvement par écouvillonnage du pénis ne présente pas un caractère envahissant en soi. Il ne nécessite que quelques minutes. Il se fait sans introduction de quoi que ce soit. L’écouvillon de coton ne touche que la surface extérieure de la peau de l’accusé. Il ne provoque pas de douleur ou d’inconfort physique. Il ne présente aucun risque pour la santé de l’accusé. De plus, les éléments de preuve recherchés — l’ADN du plaignant — ne touchent pas un intérêt particulier de l’accusé en matière de respect de sa vie privée. L’ADN recherché appartient à quelqu’un d’autre.

[56] En somme, une telle fouille constitue une atteinte importante à la vie privée de l’accusé en raison de la partie du corps visée. Si la même fouille était effectuée ailleurs sur le corps de l’accusé — le dos de ses mains par exemple — on ne pourrait prétendre que le prélèvement constitue une « expérience humiliante, avilissante et traumatisante ».

[57] Unlike my colleague Karakatsanis J., I do not find the approach in the United Kingdom to be particularly helpful in assessing the privacy interests implicated here. The regime in the United Kingdom operates in an entirely different context, with different rules. The treatment of penile swabs in the United Kingdom cannot be considered in a contextual vacuum. For example, in the United Kingdom, if an individual refuses to consent to a penile swab without “good cause”, this can be used by the court or jury in determining whether that person is guilty of the offence charged (*Police and Criminal Evidence Act 1984* (U.K.), 1984, c. 60 (“*P.A.C.E.*”), s. 62(10)). Further, while the United Kingdom allows these swabs to be taken only with consent, it allows for hair (other than pubic hair) and saliva samples to be taken without consent or a warrant, unlike in Canada (*P.A.C.E.*, s. 63). At bottom, while the majority of the Court in *Golden* found *P.A.C.E.* useful in the context of strip searches (para. 101), it does not follow that *P.A.C.E.*’s treatment of penile swabs — or any other type of search incident to arrest — reflects Canadian constitutional standards.

[58] On the other side of the ledger, a penile swab conducted incident to arrest can serve important law enforcement objectives.

[59] Penile swabs performed incident to arrest enable the police to preserve important evidence. If this evidence is not promptly seized, it runs the risk of degrading or even worse, being destroyed by the accused. As my colleague Karakatsanis J. accepts, sexual assaults are notoriously difficult to prove (para. 107). This type of evidence is highly reliable. It can be crucial in the case of complainants who are unable to testify, such as children, adults with disabilities, or those who have died or suffered serious injuries as a result of the offence or otherwise (see, for example, the first complainant in *R. v. Laporte*, 2016 MBCA 36, [2016] M.J. No. 104 (QL)). And of

[57] Contrairement à ma collègue la juge Karakatsanis, je ne crois pas que l’approche suivie au Royaume-Uni soit particulièrement utile pour apprécier les intérêts en matière de respect de la vie privée qui sont en cause en l’espèce. Le régime en place dans ce pays s’applique dans un tout autre contexte, et comporte des règles différentes. L’examen du traitement accordé aux prélèvements par écouvillonnage du pénis au Royaume-Uni ne saurait se faire dans un vide contextuel. À titre d’exemple, lorsqu’une personne dans ce pays refuse sans [TRADUCTION] « motif valable » de consentir à un tel prélèvement, ce refus peut être utilisé par un tribunal ou un jury pour déterminer si elle est coupable de l’infraction reprochée (*Police and Criminal Evidence Act 1984* (R.-U.), 1984, c. 60 (la « loi *P.A.C.E.* »), par. 62(10)). De plus, bien que le Royaume-Uni n’autorise ce type de prélèvement que si l’accusé y consent, ce pays, contrairement au Canada, permet la prise d’échantillons de cheveux, de poils (autres que les poils pubiens) et de salive sans consentement ni mandat (loi *P.A.C.E.*, art. 63). En définitive, même si, dans *Golden*, les juges majoritaires de notre Cour ont conclu à l’utilité de la loi *P.A.C.E.* dans le contexte des fouilles à nu (par. 101), il ne s’ensuit pas que le traitement réservé par cette loi aux prélèvements par écouvillonnage du pénis — ou à tout autre type de fouille accessoire à une arrestation — reflète les normes constitutionnelles canadiennes.

[58] En revanche, le prélèvement par écouvillonnage du pénis effectué accessoirement à une arrestation peut permettre de réaliser d’importants objectifs d’application de la loi.

[59] Il permet en effet aux policiers de préserver des éléments de preuve importants. Si de tels éléments de preuve ne sont pas saisis rapidement, ils risquent de se dégrader ou, encore pire, d’être détruits par l’accusé. Comme en convient ma collègue la juge Karakatsanis, prouver une agression sexuelle est une tâche notoirement difficile (par. 107). De tels éléments de preuve sont très fiables. Ils peuvent avoir une importance cruciale dans le cas des plaignants incapables de témoigner, comme les enfants, les adultes handicapés, ou encore les personnes qui sont décédées ou qui ont été gravement blessées par suite de l’infraction ou autrement (voir, par

course, a penile swab incident to arrest may serve, in the end, to exclude a particular suspect.

[60] The facts of this case demonstrate the usefulness of a penile swab performed incident to arrest. By taking the swab, the police obtained evidence which was highly probative of Mr. Saeed's involvement in the crime, and preserved evidence which might otherwise have been destroyed.

[61] At bottom, while there is no disputing that a penile swab intrudes on an accused's privacy, the intrusion is limited. In my view, it is not so substantial as to require the police to obtain consent or a warrant. Permitting these swabs to be taken only with the accused's consent — as in the United Kingdom — would strike an inappropriate balance in the Canadian context. It would countenance an approach that effectively disregards the interests of victims of sexual assault, where the evidence is most likely to be pertinent, and all but ignores the public interest in bringing sexual offenders to justice.

[62] The privacy interests here are similar to those implicated in strip searches, and they can be protected by a similar approach. Both strip searches and penile swabs involve law enforcement inspecting private areas of an accused's body. While a strip search does not always require touching of the accused's private areas, both strip searches and penile swabs can involve such contact (see *Golden*, at paras. 101 and 114; see also *R. v. Parchment*, 2015 BCCA 417, 378 B.C.A.C. 146). The guidelines set out in *Golden* contemplate the touching of an accused's private areas to remove evidence or weapons (para. 101, see guideline 10). This process could certainly involve the exposure and possible manipulation of an accused's genitals, a potentially humiliating experience to be sure. Hence, the need for explicit guidelines designed to ensure, so far as

exemple, le cas de la première plaignante dans *R. c. Laporte*, 2016 MBCA 36, [2016] M.J. No. 104 (QL)). Enfin, il va de soi qu'un tel prélèvement peut également permettre d'écarter un suspect particulier.

[60] Les faits de la présente affaire illustrent l'utilité du prélèvement par écouvillonnage du pénis effectué accessoirement à une arrestation. Grâce au prélèvement, les policiers ont obtenu des éléments de preuve d'une très grande valeur probante en ce qui concerne le rôle qu'a joué M. Saeed dans le crime, et ils ont préservé des éléments de preuve qui, autrement, auraient pu être détruits.

[61] Au fond, bien que nul ne conteste qu'un prélèvement par écouvillonnage du pénis porte atteinte à la vie privée de l'accusé, cette atteinte est limitée. À mon avis, celle-ci n'est pas grave au point d'obliger les policiers à obtenir le consentement de l'accusé ou un mandat. Le fait d'autoriser de tels prélèvements uniquement lorsque l'accusé y consent — comme au Royaume-Uni — n'établirait pas un juste équilibre dans le contexte canadien. Cela reviendrait à accepter une approche qui dans les faits ne tient aucun compte des intérêts des victimes d'agression sexuelle — alors que la preuve en question est très probablement pertinente —, et qui, pour ainsi dire, fait fi de l'intérêt du public à ce que les délinquants sexuels soient traduits en justice.

[62] Les intérêts en matière de vie privée en jeu en l'espèce sont semblables à ceux en cause dans les fouilles à nu, et ils peuvent être protégés suivant une approche similaire. Tant dans le cas d'une fouille à nu que dans celui d'un prélèvement par écouvillonnage du pénis, les autorités chargées d'appliquer la loi inspectent des parties intimes du corps de l'accusé. Bien qu'il ne soit pas toujours nécessaire de toucher ces zones pour effectuer une fouille à nu, tant les fouilles à nu que les prélèvements par écouvillonnage du pénis peuvent comporter un tel contact (voir *Golden*, par. 101 et 114; voir aussi *R. c. Parchment*, 2015 BCCA 417, 378 B.C.A.C. 146). Les lignes directrices énoncées dans *Golden* prévoient le fait de toucher les parties intimes de l'accusé pour enlever des éléments de preuve ou des armes (par. 101, voir ligne directrice 10). Ce

possible, that the search is conducted in the least humiliating manner. So too, penile swabs must be conducted with the same care.

[63] As with strip searches, therefore, the common law must provide a means of preventing unjustified searches before they occur — to minimize the number of accused affected by this type of search — and a means of ensuring that when these searches do occur, they are conducted in a reasonable manner — to minimize the impact a swab can have on an accused who is subjected to one.

[64] The reasonable grounds standard and guidelines regarding the manner of taking the swab provide these two protections. The reasonable grounds standard prevents unjustified searches before they occur (*Golden*, at para. 89). It holds the police to a higher level of justification before they can take a penile swab, thereby limiting the number of cases in which accused persons will be required to expose their genitals for a swab. Detailed guidelines regarding the manner of taking the swab ensure that when a penile swab is taken, it is “conducted in a manner that interferes with the privacy and dignity of the person being searched as little as possible” (*Golden*, at para. 104). Both serve to protect the accused’s privacy while ensuring the police are free to pursue the valid objective of preserving this highly probative, perishable evidence. These two modifications to the common law ensure that it is *Charter*-compliant, or in other words, that it is reasonable.

processus pourrait certainement comporter l’exposition et de possibles manipulations des organes génitaux de l’accusé, une expérience qui est certes potentiellement humiliante, d’où la nécessité d’établir des lignes directrices explicites visant à garantir que la fouille sera, autant que faire se peut, effectuée de la manière la moins humiliante possible. Les prélèvements par écouvillonnage du pénis doivent donc eux aussi être effectués avec la même prudence.

[63] En conséquence, comme c’est le cas pour les fouilles à nu, la common law doit fournir un moyen de prévenir les fouilles injustifiées avant qu’elles ne se produisent — de façon à réduire au minimum le nombre d’accusés soumis au type de fouille en question — ainsi qu’un moyen de s’assurer que, lorsque de telles fouilles ont lieu, elles sont effectuées d’une manière non abusive — pour réduire au minimum l’incidence que peut avoir un écouvillonnage génital sur l’accusé soumis à un tel prélèvement.

[64] La norme des motifs raisonnables et les lignes directrices sur la manière d’effectuer le prélèvement confèrent ces deux protections. La norme des motifs raisonnables permet de prévenir les fouilles injustifiées avant qu’elles ne se produisent (*Golden*, par. 89). Elle assujettit les policiers à un degré de justification plus élevé avant qu’ils puissent procéder à un prélèvement par écouvillonnage du pénis, ce qui a pour effet de limiter le nombre de cas où des accusés seront tenus d’exposer leurs organes génitaux aux fins d’un prélèvement. Des lignes directrices détaillées sur la façon de prélever des échantillons par écouvillonnage du pénis garantissent que, lorsqu’un tel prélèvement est effectué, il l’est « d’une manière qui porte le moins possible atteinte au droit à la vie privée et à la dignité de la personne qui y est soumise » (*Golden*, par. 104). Tant la norme des motifs raisonnables que les lignes directrices permettent de protéger la vie privée de l’accusé tout en permettant aux policiers de réaliser l’objectif valide que constitue la préservation de cette preuve d’une très grande valeur probante, mais hautement périssable. Ces deux modifications à la common law font en sorte que les prélèvements de ce type sont conformes à la *Charte* ou, autrement dit, qu’ils n’ont pas un caractère abusif.

[65] I would add that, in some ways, allowing the police to take a penile swab incident to arrest is more beneficial to an accused than requiring a warrant. If the police were required to obtain a warrant, during the time needed to obtain it, they would either have to keep the accused handcuffed without access to water or toilet facilities (perhaps for several hours) in order to preserve the evidence, or run the risk of the accused destroying the evidence. Realistically, the police are going to choose the former, leaving accused persons to wait for an indefinite period in an uncomfortable and potentially degrading position. On the other hand, if the police are able to exercise their common law power of search incident to arrest and take a swab promptly, the waiting time for an accused will be minimal. Looked at that way, a prompt swab would seem more humane than requiring an accused to wait for a warrant to issue.

[66] Mr. Saeed makes one further argument in favour of requiring a warrant. He says that because an accused's DNA is likely to be collected in the course of taking a penile swab, if the police are not required to obtain a warrant, there is nothing to prevent them from using penile swabs to obtain the accused's DNA, thereby avoiding *Stillman* and the warrant procedures set out in the *Criminal Code*.

[67] In my view, this argument is flawed. *Stillman* continues to govern the procedure for seizing the accused's own bodily materials. The police must obtain consent or prior judicial authorization in order for evidence of the accused's DNA to be legally obtained. The police cannot use a penile swab incident to arrest to circumvent *Stillman* and the warrant procedures set out in the *Criminal Code*. If DNA of the accused is obtained through a penile swab and the swab was taken without a warrant authorizing

[65] J'ajouterais que, à certains égards, le fait de permettre aux policiers de prélever des échantillons par écouvillonnage du pénis accessoirement à l'arrestation comporte plus d'avantages pour l'accusé que celui d'exiger l'obtention d'un mandat. S'ils étaient tenus d'obtenir un mandat, les policiers devraient, pendant la période où ils doivent attendre celui-ci, garder l'accusé menotté et le priver (peut-être pendant plusieurs heures) d'eau et d'accès à des toilettes afin de préserver la preuve, ou prendre le risque que l'accusé détruise celle-ci. Il est réaliste de penser que les policiers choisiront la première méthode et laisseront l'accusé attendre pendant une période indéfinie dans une position inconfortable, voire humiliante. En revanche, si les policiers peuvent exercer leur pouvoir de common law d'effectuer une fouille accessoire à l'arrestation et ainsi prélever rapidement un échantillon par écouvillonnage du pénis, le temps d'attente de l'accusé sera minime. Envisagé sous cet angle, un prélèvement effectué rapidement semble une solution plus humaine que celle de contraindre l'accusé à attendre qu'un mandat ait été décerné.

[66] M. Saeed formule un autre argument en faveur de la solution requérant l'obtention d'un mandat. Selon l'appelant, comme l'ADN d'un accusé est susceptible d'être recueilli lors d'un prélèvement par écouvillonnage du pénis, rien n'empêchera les policiers, si ceux-ci ne sont pas tenus d'obtenir un mandat, d'utiliser de tels prélèvements pour obtenir cette information, et de se soustraire ainsi à l'arrêt *Stillman* et aux procédures de délivrance de mandat énoncées au *Code criminel*.

[67] À mon avis, cet argument présente des failles. L'arrêt *Stillman* continue à régir la procédure relative à la saisie des substances corporelles de l'accusé lui-même. Les policiers doivent obtenir le consentement de l'accusé ou une autorisation judiciaire préalable pour pouvoir obtenir légalement des éléments de preuve relatifs à l'ADN de l'accusé. Ils ne peuvent utiliser le prélèvement par écouvillonnage du pénis accessoirement à une arrestation pour contourner l'arrêt *Stillman* et les procédures de délivrance de

such seizure, or the accused's consent, the accused's DNA cannot be used for any purpose.

[68] If Mr. Saeed's argument were to be accepted, swabs of an accused's person incident to arrest would never be permitted. Lower courts have held — and Mr. Saeed appears to accept — that the police may dab or swab an accused's hands incident to arrest to check for gunshot residue or to obtain a sample of blood visible on the accused's skin (see, for example, *R. v. Backhouse* (2005), 194 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.), at paras. 139-45; *R. v. Smyth*, [2006] O.J. No. 5527 (QL) (S.C.J.)). Either of these procedures might enable the police to obtain the accused's DNA, but the police are not entitled to use them for that purpose.

[69] Similarly, the police are entitled to seize evidence found on the accused during a reasonable strip search incident to arrest, such as the bag found between the accused's buttocks in *Golden*. The police could in theory test such evidence to obtain the accused's DNA. But if the police were to use a strip search to obtain the accused's DNA, they would clearly be in violation of the accused's s. 8 rights.

[70] I add this final point on warrants. I recognize that the question of whether the police can obtain a warrant to take a penile swab is not settled. The only possible source of authorization at present is the general warrant provision in s. 487.01 of the *Criminal Code*. But this warrant power cannot “be construed as to permit interference with the bodily integrity of any person” (s. 487.01(2)). “Bodily integrity” is not defined in the *Criminal Code*, and this Court has not defined it in the context of s. 487.01(2). Clearly, a strong argument can be made that taking a penile swab interferes with an accused's “bodily integrity”.

mandat énoncées au *Code criminel*. Si l'ADN de l'accusé est obtenu au moyen d'un prélèvement par écouvillonnage du pénis effectué sans mandat autorisant une telle fouille, ou sans le consentement de l'accusé, l'ADN en question ne peut être utilisé à quelque fin que ce soit.

[68] Si l'argument de M. Saeed était retenu, les prélèvements effectués sur la personne de l'accusé accessoirement à une arrestation ne seraient jamais autorisés. Les juridictions inférieures ont décidé — et M. Saeed semble reconnaître — que les policiers peuvent, au moyen d'un tampon ou d'un coton-tige, effectuer un prélèvement sur les mains de l'accusé accessoirement à une arrestation afin de vérifier la présence de résidus de poudre ou pour recueillir un échantillon de sang visible sur la peau de l'accusé (voir, par exemple, les décisions *R. c. Backhouse* (2005), 194 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.), par. 139-145, et *R. c. Smyth*, [2006] O.J. No. 5527 (QL) (C.S.J.)). L'une ou l'autre de ces procédures pourrait permettre aux policiers de recueillir l'ADN de l'accusé, mais ils n'ont pas le droit de les utiliser à cette fin.

[69] De même, les policiers sont autorisés à saisir des éléments de preuve trouvés sur l'accusé au cours d'une fouille à nu non abusive effectuée accessoirement à une arrestation, éléments tel le sachet trouvé entre les fesses de l'accusé dans l'arrêt *Golden*. Les policiers pourraient, en théorie, faire analyser ces éléments de preuve pour obtenir l'ADN de l'accusé. Cependant, s'ils utilisaient la fouille à nu à cette fin, les policiers contreviendraient clairement aux droits que garantit l'art. 8 à l'accusé.

[70] J'ajouterai un dernier point en ce qui concerne les mandats. Je reconnais que la question de savoir si les policiers peuvent obtenir un mandat pour procéder à un prélèvement par écouvillonnage du pénis n'est pas réglée. La seule source possible d'autorisation à l'heure actuelle est la disposition relative au mandat général énoncée à l'art. 487.01 du *Code criminel*. Mais ce pouvoir d'accorder un mandat n'a pas « pour effet de permettre de porter atteinte à l'intégrité physique d'une personne » (par. 487.01(2)). L'« intégrité physique » n'est pas définie dans le *Code criminel*, et la Cour n'a pas défini cette notion



At the same time, some courts have upheld general warrants for photographs of an accused's genital or anal areas, including situations where the taking of the photographs has required touching or manipulation of the accused's private areas (see, for example, *R. v. H. (T.G.)*, 2014 ONCA 460, 120 O.R. (3d) 581, at para. 48; *R. v. H.-G.*, 2005 QCCA 1160, at para. 4 (CanLII)). At the very least, there is a lack of clarity regarding the availability of a general warrant in these circumstances (*Laporte*, at para. 65).

[71] Assuming for argument's sake that at present, a warrant authorizing the taking of a penile swab is not available, my conclusion would not change. It is true that if no warrant is available, the indignity occasioned to an accused while waiting for a warrant and the possibility that the evidence might degrade or be destroyed during this time frame cannot be relied upon to support the police common law power of search incident to arrest. But the unavailability of a warrant in no way precludes the operation of the common law power of search incident to arrest (*Fearon*, at paras. 16 and 45). In *Golden*, the unavailability of a warrant did not prevent the Court from holding that strip searches can be conducted as an incident of arrest in appropriate circumstances. Importantly, while the Court noted that there were a few legislative provisions governing searches of the person, these provisions were "directed at the circumstances under which particular types of evidence may be obtained from a person" and they did not address "the scope of police powers to conduct personal searches for evidence or weapons incident to arrest" (para. 85). Absent legislative guidance, it fell to the Court "to determine the scope of the common law power to search as an incident to arrest, and what the limits are to this power in the context of strip searches" (*Golden*, at para. 85).

dans le contexte du par. 487.01(2). De toute évidence, il y a de bonnes raisons de soutenir qu'un tel prélèvement porte atteinte à l'« intégrité physique » de l'accusé. Par ailleurs, certains tribunaux ont confirmé la validité de mandats généraux autorisant la photographie des parties génitales ou anales de l'accusé, y compris dans des situations où il fallait, pour ce faire, toucher ou manipuler les parties intimes de celui-ci (voir, par exemple, *R. c. H. (T.G.)*, 2014 ONCA 460, 120 O.R. (3d) 581, par. 48; *R. c. H.-G.*, 2005 QCCA 1160, par. 4 (CanLII)). Il existe à tout le moins de l'incertitude relativement à la question de savoir si un mandat général peut être obtenu en pareilles circonstances (*Laporte*, par. 65).

[71] À supposer, pour les besoins de l'analyse, qu'un mandat autorisant le prélèvement d'échantillons par écouvillonnage du pénis ne peut être décerné à l'heure actuelle, ma conclusion reste la même. Il est vrai que, s'il est impossible d'obtenir un mandat, l'atteinte causée à la dignité de l'accusé pendant qu'on attend le mandat et la possibilité que la preuve se dégrade ou soit détruite pendant cette période ne sauraient être invoquées pour justifier l'exercice du pouvoir conféré aux policiers par la common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation. Mais cela n'empêche aucunement l'application du pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation (*Fearon*, par. 16 et 45). Dans *Golden*, le fait qu'un mandat ne pouvait être décerné n'a pas empêché la Cour de conclure que les fouilles à nu peuvent être effectuées accessoirement à l'arrestation lorsque les circonstances s'y prêtent. Fait important, bien que la Cour ait souligné qu'il existait quelques dispositions législatives régissant les fouilles personnelles, ces dispositions « vis[ai]ent les circonstances dans lesquelles il [était] possible d'obtenir d'une personne des types précis d'éléments de preuve » et n'avaient pas trait à « la portée des pouvoirs de la police d'effectuer des fouilles personnelles accessoires à une arrestation à la recherche d'éléments de preuve ou d'armes » (par. 85). En l'absence de directives législatives, il incombait à la Cour « de déterminer la portée du pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation, ainsi que les limites applicables à ce pouvoir dans le contexte des fouilles à nu » (*Golden*, par. 85).

[72] In the end, while I have not found it necessary to decide whether a warrant is available, Parliament might wish to establish an express, comprehensive legislative regime for these and other intrusive searches, such as body cavity searches, to provide greater direction to the police. The common law power of search incident to arrest, as modified in these reasons, is not the only solution.

C. *Requirements for Conducting a Valid Penile Swab Incident to Arrest*

[73] I turn now to the requirements for taking a penile swab incident to arrest.

[74] First, as with every search incident to arrest, the arrest itself must be lawful. The swab must be truly incident to the arrest, in the sense that the swab must be related to the reasons for the arrest, and it must be performed for a valid purpose. The valid purpose will generally be to preserve or discover evidence (*Caslake*, at para. 19).

[75] Second, the police must also have reasonable grounds to believe that a penile swab will afford evidence of the offence for which the accused was arrested. These grounds are not to be confused with the reasonable grounds required for the arrest. They are independent. Whether reasonable grounds have been established will vary with the facts of each case. Relevant factors include the timing of the arrest in relation to the alleged offence, the nature of the allegations, and whether there is evidence that the substance being sought has already been destroyed.

[76] For example, the police will generally lack reasonable grounds if the alleged sexual offence did

[72] En fin de compte, bien que je ne croie pas qu'il soit nécessaire de décider s'il est possible ou non d'obtenir un mandat, le législateur pourrait vouloir établir un régime législatif explicite et complet à l'égard de ces fouilles et des autres fouilles envahissantes — par exemple l'examen des cavités corporelles — afin de fournir davantage de directives à la police. Le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation, tel qu'il a été modifié dans les présents motifs, n'est pas l'unique solution.

C. *Conditions requises pour effectuer valablement un prélèvement par écouvillonnage du pénis accessoirement à une arrestation*

[73] Je vais maintenant examiner les exigences applicables lorsqu'il s'agit d'effectuer un prélèvement par écouvillonnage du pénis accessoirement à une arrestation.

[74] Premièrement, comme c'est le cas pour toute fouille accessoire à une arrestation, l'arrestation elle-même doit être légale. Le prélèvement doit être véritablement accessoire à l'arrestation, en ce sens qu'il doit avoir un lien avec les motifs de l'arrestation et viser un objectif valable. Un tel objectif consistera généralement à préserver ou à découvrir des éléments de preuve (*Caslake*, par. 19).

[75] Deuxièmement, la police doit aussi avoir des motifs raisonnables de croire qu'un prélèvement par écouvillonnage du pénis fournira des éléments de preuve de l'infraction pour laquelle l'accusé a été arrêté. Il ne faut pas confondre ces motifs avec les motifs raisonnables requis pour procéder à l'arrestation. Ils sont indépendants les uns des autres. La réponse à la question de savoir si on a établi l'existence de motifs raisonnables variera selon les faits de chaque affaire. Les facteurs pertinents sont notamment le moment choisi pour procéder à l'arrestation eu égard à l'infraction reprochée, la nature des allégations et la question de savoir si des éléments de preuve indiquent que la substance recherchée a déjà été détruite.

[76] À titre d'exemple, la police n'aura généralement pas de motifs raisonnables de procéder à un

not involve contact between the suspect's penis and the complainant. Similarly, if the suspect is arrested several days after the alleged offence, the police will probably lack reasonable grounds because it is likely that the evidence will have degraded or been wiped or washed away in the interim.

[77] To be clear, meeting the reasonable grounds standard is more than a mere pro forma exercise. The potential for destruction or degradation of the complainant's DNA will always be a concern in this context. The greater the time frame between the alleged offence and the swab, the more difficult it will be for the police to establish reasonable grounds for believing that the swab will afford evidence of the offence for which the accused was arrested.

[78] Finally, the penile swab must be conducted in a reasonable manner. Above all, the police must take care to respect the privacy of the accused. To this end, I would outline a number of factors to guide police in conducting penile swabs incident to arrest reasonably:

1. The penile swab should, as a general rule, be conducted at the police station;
2. The swab should be conducted in a manner that ensures the health and safety of all involved;
3. The swab should be authorized by a police officer acting in a supervisory capacity;
4. The accused should be informed shortly before the swab of the nature of the procedure for taking the swab, the purpose of taking the swab, and the authority of the police to require the swab;
5. The accused should be given the option of removing his clothing and taking the swab himself,

prélèvement par écouvillonnage du pénis si l'infraction d'ordre sexuel reprochée ne comportait pas de contact entre le pénis du suspect et le plaignant. De même, si le suspect est arrêté plusieurs jours après l'infraction reprochée, la police n'aura probablement pas de motifs raisonnables d'effectuer un tel prélèvement, car la preuve est susceptible de s'être dégradée ou d'avoir été essuyée ou lavée dans l'intervalle.

[77] En clair, la démonstration requise pour satisfaire à la norme des motifs raisonnables n'est pas qu'une simple formalité. Le risque de destruction ou de dégradation de l'ADN du plaignant constitue toujours une préoccupation dans un tel contexte. Plus il se sera écoulé de temps entre l'infraction reprochée et le prélèvement, plus il sera difficile pour les policiers d'établir qu'ils ont des motifs raisonnables de croire que le prélèvement fournira des éléments de preuve de l'infraction pour laquelle l'accusé a été arrêté.

[78] Enfin, le prélèvement par écouvillonnage du pénis doit être effectué d'une manière non abusive. La police doit avant tout veiller à respecter la vie privée de l'accusé. À cette fin, j'aimerais énoncer un certain nombre de facteurs afin d'aider les policiers à procéder d'une manière non abusive à un tel prélèvement accessoirement à une arrestation :

1. Le prélèvement par écouvillonnage du pénis devrait, en règle générale, être effectué au poste de police.
2. Le prélèvement devrait être effectué d'une façon qui protège la santé et la sécurité de toutes les personnes en jeu.
3. Le prélèvement devrait être autorisé par un agent de police agissant en qualité d'officier supérieur.
4. L'accusé devrait, peu de temps avant le prélèvement, être informé de la nature de la procédure employée pour le recueillir, du but de celui-ci et du pouvoir autorisant les policiers à l'exiger.
5. L'accusé devrait avoir la possibilité d'enlever ses vêtements et d'effectuer le prélèvement

and if he does not choose this option, the swab should be taken or directed by a trained officer or medical professional, with the minimum of force necessary;

6. The police officer(s) carrying out the penile swab should be of the same gender as the individual being swabbed, unless the circumstances compel otherwise;
7. There should be no more police officers involved in the swab than are reasonably necessary in the circumstances;
8. The swab should be carried out in a private area such that no one other than the individuals engaged in the swab can observe it;
9. The swab should be conducted as quickly as possible and in a way that ensures that the person is not completely undressed at any one time; and
10. A proper record should be kept of the reasons for and the manner in which the swabbing was conducted.

[79] Some of these factors require further explanation. As with strip searches, penile swabs should generally be performed at the police station. This requirement is even stricter for penile swabs than strip searches. Safety concerns may justify a strip search for weapons in the field. Safety concerns are highly unlikely to justify a penile swab in the field. However, I would not rule out the possibility that a penile swab may reasonably be performed in another suitable location, such as a hospital, if there is some valid reason for doing so.

[80] The police may use force in taking a penile swab incident to arrest, but only if the force used is “necessary and proportional in the specific

lui-même, et, s’il ne choisit pas cette solution, le prélèvement devrait être effectué ou supervisé par un agent ou un professionnel de la santé qualifié, en ne faisant usage que de la force minimale nécessaire.

6. Le ou les agents de police chargés du prélèvement devraient être du même sexe que la personne qui y est soumise, à moins que les circonstances ne le permettent absolument pas.
7. Le nombre de policiers participant au prélèvement devrait se limiter à ce qui est raisonnablement nécessaire dans les circonstances.
8. Le prélèvement devrait être effectué dans un endroit privé où personne ne pourra l’observer, sauf les personnes chargées d’y procéder.
9. Le prélèvement devrait être effectué le plus rapidement possible et de telle manière que la personne ne soit jamais complètement nue.
10. Un procès-verbal faisant état des motifs et des modalités d’exécution du prélèvement devrait être dressé.

[79] Certains de ces facteurs requièrent davantage d’explications. Comme pour les fouilles à nu, les prélèvements par écouvillonnage du pénis devraient en règle générale être effectués au poste de police. Cette exigence est même plus stricte dans le cas des prélèvements par écouvillonnage du pénis que dans celui des fouilles à nu. Des préoccupations relatives à la sécurité peuvent justifier d’effectuer une fouille à nu sur le terrain pour trouver des armes. Or il est fort peu probable que de telles préoccupations justifient de procéder sur le terrain à un prélèvement par écouvillonnage du pénis. Cependant, je n’exclus pas la possibilité qu’un tel prélèvement puisse être effectué d’une manière non abusive dans un autre lieu approprié, un hôpital par exemple, si des raisons valables le justifient.

[80] Les policiers peuvent recourir à la force lorsqu’ils procèdent à un prélèvement par écouvillonnage du pénis accessoirement à une arrestation,

circumstances” (*Golden*, at para. 116). In other words, as with strip searches, if the accused resists the swab, the police may only use the minimum amount of force necessary to obtain it. The fact that an accused resists does not entitle the police “to engage in behaviour that disregards or compromises his or her physical and psychological integrity and safety” (*Golden*, at para. 116).

[81] As a general rule, the police must explain to the accused the procedure for taking a swab before it is taken, to ensure the accused understands the nature of the procedure and the steps it involves. Reviewing the procedure with the accused in advance can only help to keep the procedure quick and efficient. Giving the accused the option of taking the swab himself enables the accused to minimize the intrusiveness of the swab. A detailed record of how the swab was conducted is important for after-the-fact review of these searches to be effective (*Fearon*, at para. 82). And it is likely to focus police officers’ attention on whether their conduct is reasonable (*Fearon*, at para. 82).

[82] These factors require the police to take great care in performing a penile swab and will often ensure that the swab is performed in a reasonable manner. But they will not be determinative in every case. As this Court observed in *Golden*, the greater the intrusion on the accused’s privacy, the higher the degree of justification required before the search may be carried out, and the greater the constraints there will be as to the manner in which it may be performed (para. 87). The same logic applies here. My colleague Karakatsanis J. raises the concern that a “genital swab is even more intrusive in the context of a female individual” (para. 101). These reasons should not be taken as deciding the question of whether a penetrative swab performed in accordance with the common law police power of search incident to arrest would be reasonable and therefore *Charter*-compliant. They are restricted to

mais seulement si la force employée est « nécessaire et proportionné[e] dans les circonstances particulières de l’affaire » (*Golden*, par. 116). Autrement dit, tout comme pour les fouilles à nu, si l’accusé résiste au prélèvement, les policiers ne peuvent employer que la force minimale nécessaire pour effectuer celui-ci. Le fait qu’un accusé résiste n’autorise pas les policiers « à recourir à un comportement qui ne respecte pas ou compromet l’intégrité physique et psychologique et la sécurité de cette personne » (*Golden*, par. 116).

[81] En règle générale, avant de procéder au prélèvement, les policiers doivent expliquer à l’accusé la procédure qui sera employée, afin de s’assurer qu’il en comprend la nature et les différentes étapes. Le fait de passer la procédure en revue au préalable avec l’accusé ne peut que contribuer à son déroulement rapide et efficace. Offrir à l’accusé la possibilité d’effectuer lui-même le prélèvement permet de réduire au minimum le caractère envahissant de l’intervention. Un compte rendu détaillé de la manière dont le prélèvement a été effectué est important pour l’efficacité du contrôle après le fait de telles fouilles (*Fearon*, par. 82). Et une telle mesure amènera probablement les policiers à se concentrer sur la question de savoir si leur conduite est non abusive (*Fearon*, par. 82).

[82] Ces facteurs obligent les policiers à faire preuve d’une grande prudence lorsqu’ils effectuent un prélèvement par écouvillonnage du pénis et permettront souvent de faire en sorte que celui-ci soit réalisé de manière non abusive. Ils ne seront toutefois pas déterminants dans tous les cas. Comme l’a fait remarquer la Cour dans *Golden*, plus l’atteinte à la vie privée de l’accusé sera grande, plus élevé sera le degré de justification requis pour pouvoir procéder à la fouille, et plus serrées seront les contraintes qui s’appliqueront quant à la manière dont celle-ci pourra être effectuée (par. 87). La même logique vaut en l’espèce. Ma collègue la juge Karakatsanis s’inquiète du fait que le « prélèvement par écouvillonnage génital est encore plus envahissant lorsque la personne qui y est soumise est une femme » (par. 101). Il ne faut pas considérer que les présents motifs décident de la question de savoir

genital swabs conducted on the outer surface of the skin.

[83] At bottom, whether a particular penile swab incident to arrest complies with s. 8 will depend on the facts of the case. The onus is on the Crown to establish that the police had reasonable grounds to believe the swab would reveal the evidence sought and that the swab was conducted in a reasonable manner.

#### V. Application

[84] In light of the requirements set out above, taking the penile swab did not violate Mr. Saeed's rights under s. 8 of the *Charter*.

[85] There is no question that Mr. Saeed was validly arrested. And as indicated, the swab was performed for a valid purpose related to Mr. Saeed's arrest: preserving evidence of the sexual assault for which Mr. Saeed was arrested. The only questions remaining are whether the police had reasonable grounds to believe the swab would afford the evidence sought, and whether the swab was taken in a reasonable manner.

#### A. *The Police Had Reasonable Grounds*

[86] The police had the required reasonable grounds. The nature of the allegations gave the police reasonable grounds to believe that the complainant's DNA had transferred to Mr. Saeed's penis during the assault. And the timing of the swab — within several hours of the assault — gave the police reasonable grounds to believe that the complainant's DNA was still there at the time of the swab. The police had no reason to think that Mr. Saeed had taken steps to destroy the evidence, especially given that he was in

si un prélèvement nécessitant l'introduction de quoi que ce soit dans le corps, effectué conformément au pouvoir que la common law confère aux policiers de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation, serait non abusif et, partant, conforme à la *Charte*. Ceux-ci s'appliquent uniquement aux prélèvements par écouvillonnage génital effectués sur la surface extérieure de la peau.

[83] Au fond, la question de savoir si un prélèvement par écouvillonnage effectué sur un pénis accessoirement à une arrestation respecte l'art. 8 dépendra des faits de chaque affaire. Il incombe au ministère public d'établir que la police avait des motifs raisonnables de croire que le prélèvement révélerait les éléments de preuve recherchés et qu'il a été effectué d'une manière non abusive.

#### V. Application

[84] À la lumière des exigences susmentionnées, le prélèvement par écouvillonnage du pénis auquel a été soumis M. Saeed n'a pas porté atteinte aux droits garantis à ce dernier par l'art. 8 de la *Charte*.

[85] La validité de l'arrestation de M. Saeed ne fait aucun doute. De plus, comme nous l'avons vu, le prélèvement avait un objectif valable lié à cette arrestation : préserver des éléments de preuve relatifs à l'agression sexuelle pour laquelle M. Saeed a été arrêté. Les seules questions qui restent à trancher sont celles de savoir si les policiers avaient des motifs raisonnables de croire que le prélèvement fournirait les éléments de preuve recherchés et si celui-ci a été effectué d'une manière non abusive.

#### A. *La police avait les motifs raisonnables requis*

[86] Les policiers avaient les motifs raisonnables requis pour effectuer le prélèvement par écouvillonnage du pénis. De par la nature des allégations, ils possédaient des motifs raisonnables de croire qu'il y avait eu transfert de l'ADN de la plaignante sur le pénis de M. Saeed durant l'agression. Et, en raison du moment auquel a été effectué le prélèvement — dans les quelques heures ayant suivi l'agression —, ils avaient des motifs raisonnables de croire que cet ADN s'y trouvait encore. Les policiers n'avaient

police custody for most of the time following the assault.

[87] Mr. Hunter's expert opinion evidence confirmed the reasonableness of the officers' belief that the complainant's DNA had transferred to Mr. Saeed, and would likely still be there at the time of the swab. I would emphasize that the issue at this stage is not whether the police knew the science behind DNA degradation testified to by the Crown's expert, Mr. Hunter. The police are not required to know to a scientific degree of certainty that evidence of the complainant's DNA will be found on an accused's penis in order to justify a swab. Rather, the issue is whether, when they took the sample, the police had reasonable grounds to believe that evidence of the complainant's DNA would be found on Mr. Saeed's penis.

*B. The Swab Was Conducted in a Reasonable Manner*

[88] The Crown has established that the swab was performed in a reasonable manner. In short, the police officers involved in the swab were sensitive to the need to preserve Mr. Saeed's privacy and dignity.

[89] Mr. Saeed was informed in advance of the procedure for taking the swab and the purpose of the swab. The swab itself was conducted quickly, smoothly, and privately. The swab took at most two minutes. Mr. Saeed took the swab himself. There was no physical contact between the officers and Mr. Saeed. The officers involved took detailed notes regarding the reasons for and the process of taking the swab.

[90] While the process of taking a penile swab from Mr. Saeed intruded on Mr. Saeed's privacy, it did not fundamentally violate his human dignity. Far from it. The police conducted a well-grounded search incident to a valid arrest. They took care to

aucune raison de croire que M. Saeed avait pris des mesures pour détruire la preuve, d'autant plus que celui-ci avait passé le plus clair de son temps sous garde policière après l'agression.

[87] Le témoignage d'expert de M. Hunter a confirmé le caractère raisonnable de la croyance des policiers qu'il y avait eu transfert de l'ADN de la plaignante sur M. Saeed, et qu'il s'y trouverait probablement encore au moment du prélèvement. Je tiens à souligner qu'il ne s'agit pas à ce stade de déterminer si les policiers connaissaient les principes scientifiques concernant la dégradation de l'ADN dont a parlé l'expert du ministère public, M. Hunter, dans son témoignage. Pour justifier un prélèvement, les policiers ne sont pas tenus de savoir avec un degré de certitude scientifique que des preuves de l'ADN du plaignant se trouvent sur le pénis de l'accusé. La question est plutôt de savoir si, lorsqu'ils ont prélevé l'échantillon, les policiers avaient des motifs raisonnables de croire que des preuves de l'ADN de la plaignante se trouvaient sur le pénis de M. Saeed.

*B. Le prélèvement a été effectué de manière non abusive*

[88] Le ministère public a établi que le prélèvement avait été effectué de manière non abusive. En bref, les policiers chargés du prélèvement ont été sensibles au besoin de préserver la vie privée et la dignité de M. Saeed.

[89] M. Saeed a été informé à l'avance de la procédure employée pour obtenir le prélèvement ainsi que de l'objectif de celui-ci. Le prélèvement lui-même s'est déroulé rapidement, sans difficulté et en privé. Il a duré tout au plus deux minutes. M. Saeed l'a effectué lui-même. Il n'y a eu aucun contact physique entre les policiers et M. Saeed. Les policiers en cause ont pris des notes détaillées au sujet des motifs du prélèvement et du processus suivi pour l'obtenir.

[90] Bien que le processus de prélèvement par écouvillonnage du pénis de M. Saeed ait constitué une atteinte à sa vie privée, il n'a pas violé de manière fondamentale sa dignité humaine. Loin de là. Les policiers ont effectué une fouille légitime

minimize the intrusion on Mr. Saeed's privacy. I therefore conclude that the search did not breach Mr. Saeed's s. 8 *Charter* rights.

## VI. Conclusion

[91] For the reasons set out above, the penile swab taken incident to Mr. Saeed's arrest did not violate his right under s. 8 of the *Charter* to be secure against unreasonable search and seizure. The police had reasonable grounds to believe that the swab would afford evidence of the complainant's DNA, and they conducted the swab in a reasonable manner. The evidence from the penile swab was therefore properly admitted at trial. Accordingly, I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

[92] KARAKATSANIS J. — How we treat those suspected of serious criminal offences says a great deal about the values of our free and democratic society. This case is no exception. My colleague Moldaver J. concludes that the common law should empower police to swab a person's genitals on arrest — without a warrant. Given the profound impact such state conduct can have on an individual's privacy and human dignity, I cannot agree.

[93] Section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* balances an individual's interest in privacy with the state's interest in investigating and prosecuting crime. While the state's interest in obtaining probative evidence is undeniably important, a genital swab represents a profound affront to individual privacy and human dignity. Obviously, a genital swab cannot be taken without exposing, touching and manipulating the genitals, the most private area of the body, in the presence of others. Regardless of whether it can be lawfully used, a

accessoirement à une arrestation valide. Ils ont pris soin de réduire au minimum l'atteinte à la vie privée de M. Saeed. Je conclus donc que cette fouille n'a pas porté atteinte aux droits que l'art. 8 de la *Charte* garantit à M. Saeed.

## VI. Conclusion

[91] Pour les motifs exposés ci-dessus, le prélèvement par écouvillonnage du pénis effectué accessoirement à l'arrestation de M. Saeed n'a pas violé le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives que lui garantit l'art. 8 de la *Charte*. Les policiers avaient des motifs raisonnables de croire que le prélèvement fournirait des preuves de l'ADN de la plaignante, et ils ont effectué ce prélèvement de manière non abusive. La preuve provenant du prélèvement par écouvillonnage du pénis a donc été admise à bon droit au procès. En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

[92] LA JUGE KARAKATSANIS — La façon dont nous traitons les personnes soupçonnées d'infractions criminelles graves en dit long sur les valeurs de notre société libre et démocratique. La présente affaire ne fait pas exception. Mon collègue le juge Moldaver conclut que la common law devrait habiliter les policiers à effectuer des prélèvements sur les parties génitales d'une personne lors de son arrestation — sans être tenus d'obtenir un mandat. Vu l'impact profond qu'une telle conduite de l'État peut avoir sur la vie privée et la dignité d'une personne, je ne puis me rallier à cette conclusion.

[93] L'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* met en équilibre l'intérêt d'une personne au respect de sa vie privée et celui de l'État à enquêter sur les crimes et à poursuivre leurs auteurs. Malgré l'importance indéniable de l'intérêt qu'a l'État à recueillir des éléments de preuve probants, un écouvillonnage génital constitue une atteinte profonde à la vie privée et à la dignité de la personne. Il est évident qu'on ne peut procéder à un tel prélèvement sur une personne sans, pour ce faire, exposer, toucher et manipuler ses organes génitaux — la



genital swab also gives the police a sample which contains the individual's DNA. It is difficult to conceive of a more personal or private interest in our bodies.

[94] As a result, I conclude the common law power of search incident to arrest does not authorize the police to take genital swabs. Since the penile swab taken from Mr. Saeed was not authorized by law, it was unreasonable and in violation of s. 8 of the *Charter*.

[95] However, on balance, I agree with the courts below that the evidence obtained in breach of the *Charter* was nonetheless admissible under s. 24(2).

#### I. Analysis: Section 8

[96] Section 8 of the *Charter* provides that “[e]veryone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.”

[97] The common law authorizes the police to search an individual incident to arrest; however, this power is an exception to the general rule that a warrantless search is presumptively unreasonable (*R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51, at para. 13). Although the precise limits of this common law power are not defined, that does not mean the power is unlimited (*Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158, at p. 186). It must evolve in a way that is consistent with *Charter* principles, particularly the *Charter* right to be free from unreasonable search and seizure (*Cloutier*, at p. 184; *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679, at paras. 86-87). In *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, Cory J. emphasized the importance of placing limits on the power of search incident to arrest:

When [the police] are carrying out their duties as highly respected and admired agents of the state they must respect the dignity and bodily integrity of all who are arrested. The

région la plus intime de son corps — en présence d’autres personnes. Indépendamment de la question de savoir si un tel prélèvement peut ou non être légalement utilisé, il fournit aux policiers un échantillon contenant aussi l’ADN de cette personne. Il est difficile d’imaginer intérêt plus personnel ou privé appartenant à une personne à l’égard de son corps.

[94] En conséquence, je conclus que le pouvoir de fouille accessoire à l’arrestation reconnu par la common law n’autorise pas les policiers à prélever des échantillons par écouvillonnage génital. Comme le prélèvement effectué sur le pénis de M. Saeed n’était pas autorisé par une règle de droit, il était abusif et contraire à l’art. 8 de la *Charte*.

[95] Cependant, tout bien considéré, à l’instar des juridictions inférieures, je suis d’avis que la preuve obtenue en violation de la *Charte* pouvait néanmoins être utilisée en vertu du par. 24(2).

#### I. Analyse : art. 8

[96] L’article 8 de la *Charte* prévoit que « [c]hacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. »

[97] La common law autorise les policiers à fouiller une personne accessoirement à son arrestation; ce pouvoir constitue toutefois une exception à la règle générale selon laquelle une fouille sans mandat est présumée abusive (*R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51, par. 13). Bien que les limites de ce pouvoir de common law ne soient pas définies avec précision, il n’est pas pour autant illimité (*Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158, p. 186). Il doit évoluer d’une manière compatible avec les principes consacrés par la *Charte*, en particulier le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives (*Cloutier*, p. 184; *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679, par. 86-87). Dans *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, le juge Cory a souligné l’importance de limiter le pouvoir de fouille accessoire à l’arrestation :

Dans l’exercice de leurs fonctions de mandataires de l’État très respectés et admirés, [les policiers] doivent respecter la dignité et l’intégrité physique de tous ceux

treatment meted out by agents of the state to even the least deserving individual will often indicate the treatment that all citizens of the state may ultimately expect. Appropriate limits to the power of search incidental to arrest must be accepted and respected. [Emphasis added; para. 47.]

[98] Thus, some kinds of searches fall outside the scope of the common law power of search incident to arrest because they do not reflect a reasonable balance between the individual's interest in preserving dignity and privacy and the state's interest in investigating crime. The issue in this appeal is whether expanding the common law to permit the police to take genital swabs incident to arrest would strike a reasonable balance between these competing individual and state interests.

[99] In *Stillman*, this Court held that mouth swabs, dental impressions and hair samples cannot be taken as part of searches incident to arrest because they represent too great an infringement of bodily integrity and affront to privacy and dignity. Although *Stillman* did not deal with genital swabs, the principles animating the decision suggest that it would also not be a reasonable balancing of interests for the common law to authorize genital swabs.

[100] As Moldaver J. acknowledges, genital swabs represent a significant interference with individual dignity and privacy. He concludes, however, that the seizures at issue in *Stillman* are more physically intrusive than genital swabs. He suggests that a genital swab can be conducted in a matter of minutes, touches only the individual's outer skin, does not cause pain or physical discomfort, and does not pose any risk to the individual's health. He concludes that dental impressions and hair samples are actually *more* physically invasive than genital swabs: dental impressions because they can take up to two hours

qu'ils arrêtent. Le traitement que des mandataires de l'État réservent même à l'individu le moins digne d'égards sera souvent une indication du traitement que tous les citoyens de l'État peuvent s'attendre à recevoir en fin de compte. Des limites appropriées doivent être acceptées et respectées en ce qui concerne le pouvoir de procéder à une fouille accessoire à une arrestation. [Je souligne; par. 47.]

[98] Par conséquent, certains types de fouilles échappent à l'application du pouvoir de fouille accessoire à l'arrestation reconnu par la common law, parce que ces fouilles ne reflètent pas un équilibre raisonnable entre l'intérêt de l'individu à la protection de sa dignité et de sa vie privée et l'intérêt de l'État à enquêter sur les crimes. Le pourvoi soulève la question de savoir si le fait d'élargir la common law de manière à autoriser les policiers à effectuer des prélèvements par écouvillonnage génital accessoirement à une arrestation permettrait d'établir un équilibre raisonnable entre ces intérêts opposés.

[99] Dans l'arrêt *Stillman*, notre Cour a jugé que des prélèvements buccaux, des empreintes dentaires et des échantillons de cheveux et de poils ne peuvent être pris à l'occasion de fouilles accessoires à l'arrestation, parce qu'il s'agit d'une atteinte trop grave à l'intégrité physique, à la vie privée et à la dignité de la personne. Même si l'affaire *Stillman* ne portait pas sur des prélèvements par écouvillonnage génital, les principes sur lesquels repose cette décision tendent à indiquer que le fait d'autoriser de tels prélèvements en vertu de la common law ne permettrait pas non plus d'établir un équilibre raisonnable entre les intérêts en cause.

[100] Comme le reconnaît le juge Moldaver, les prélèvements par écouvillonnage génital représentent une atteinte importante à la dignité et à la vie privée de la personne. Il conclut toutefois que les saisies en cause dans *Stillman* ont un caractère plus envahissant physiquement que ces prélèvements. Ceux-ci, affirme-t-il, ne requièrent que quelques minutes, ne touchent que la surface extérieure de la peau des personnes qui y sont soumises, ne provoquent pas de douleur ou d'inconfort physique, et ne présentent aucun risque pour la santé de ces personnes. À son avis, la prise d'empreintes

to create; hair samples, one infers, because they can cause some pain to remove.

[101] I cannot agree. A swab of the genital area is far more damaging to personal dignity and privacy than a swab of the inside of the mouth or a pluck of hair from the head. In ideal circumstances a genital swab may take only a few minutes, but it still requires an individual to expose and manipulate his or her genitals in the presence of other persons. If the individual resists the swab, the process can be more protracted and especially invasive.<sup>1</sup> A genital swab is even more intrusive in the context of a female individual. Genital swabs are substantially more invasive and dehumanizing than mouth swabs, hair samples and dental impressions.

[102] Moldaver J. further distinguishes *Stillman* on the basis that there is no informational privacy at stake here because it is not the purpose of a genital swab to collect biographical information from the individual. Rather it is to test for the presence of the DNA of another person — the victim of a sexual assault. However, the Court in *Stillman* was concerned about far more than informational privacy in one's own DNA. The main principle animating *Stillman* was a concern to protect human dignity, which — whatever the degree of informational privacy at stake — is all the more pronounced in the case of genital swabs.

dentaires et d'échantillons de cheveux et de poils a dans les faits un caractère *plus* envahissant physiquement qu'un prélèvement par écouvillonnage génital : les empreintes dentaires, parce que leur création peut prendre jusqu'à deux heures, et les échantillons de cheveux et de poils, on suppose, parce que leur prélèvement est susceptible d'être douloureux.

[101] Je ne suis pas d'accord. Un prélèvement effectué dans la région génitale constitue une atteinte beaucoup plus importante à la dignité et à la vie privée de la personne qu'un prélèvement buccal ou que le fait d'arracher des cheveux sur la tête d'une personne. Dans des circonstances idéales, un prélèvement par écouvillonnage génital ne nécessite que quelques minutes, mais il exige néanmoins que l'individu visé expose et manipule ses organes génitaux en présence d'autres personnes. Si celui-ci résiste au prélèvement, le processus peut être plus long et particulièrement envahissant<sup>1</sup>. Un prélèvement par écouvillonnage génital est encore plus envahissant lorsque la personne qui y est soumise est une femme. De tels prélèvements sont considérablement plus envahissants et déshumanisants que des écouvillonnages buccaux, la prise d'échantillons de cheveux et de poils, ou la réalisation d'empreintes dentaires.

[102] Le juge Moldaver établit en outre une distinction d'avec l'arrêt *Stillman*, au motif qu'aucune intimité informationnelle n'est en cause en l'espèce, parce qu'un prélèvement par écouvillonnage génital n'a pas pour but de recueillir des renseignements biographiques sur l'individu qui y est soumis. Ce prélèvement vise plutôt à vérifier la présence de l'ADN d'une autre personne, soit la victime d'une agression sexuelle. Cependant, les préoccupations de la Cour dans *Stillman* dépassaient largement l'intimité informationnelle d'une personne relativement à son propre ADN. Le principe fondamental à la base de l'arrêt *Stillman* était le souci de protéger la dignité humaine, protection dont l'importance — quel que soit le degré d'intimité informationnelle en cause — est encore plus marquée dans le cas des prélèvements par écouvillonnage génital.

<sup>1</sup> See, for instance, *R. v. Laporte*, 2012 MBQB 227, 283 Man. R. (2d) 9.

<sup>1</sup> Voir, par exemple, *R. c. Laporte*, 2012 MBQB 227, 283 Man. R. (2d) 9.

[103] Cory J. emphasized in *Stillman* that taking bodily samples engages a strong privacy interest related to human dignity. It “may constitute the ultimate affront to human dignity”, he said (para. 39). He reiterated: “It has often been clearly and forcefully expressed that state interference with a person’s bodily integrity is a breach of a person’s privacy and an affront to human dignity” (para. 42). Notably, he found that the common law power of search incident to arrest does not go so far as to authorize the police to take bodily samples because the taking of bodily samples is “highly intrusive” and “violate[s] the sanctity of the body which is essential to the maintenance of human dignity” (para. 51). This resonates with this Court’s repeated emphasis on the close relationship between bodily privacy and human dignity (see, e.g., *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, at para. 21; *Golden*, at paras. 87 and 98-99; *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at pp. 431-32; *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945, at p. 949). In my view, my colleague’s discussion of *Stillman* betrays an unduly narrow reading of the decision and the fundamental interests it sought to protect.

[104] Further, although the *purpose* of a genital swab may be to search for “residue” deposited on the individual’s genitals, an *effect* of the seizure is to put the individual’s DNA in the hands of the state. As the expert evidence in this case indicated, this residue is indivisible from the person’s own bodily substances: the sample also contains the individual’s DNA. Whatever its purpose, a genital swab has the result of giving police a DNA sample from the individual.

[105] As Moldaver J. notes, it would presently be unlawful for the police to treat the genital swab sample as evidence of the individual’s DNA. In principle, the courts would supervise any such future use. But the sample would nonetheless exist and remain in the

[103] Dans l’arrêt *Stillman*, le juge Cory a souligné que le prélèvement d’échantillons corporels met en cause un intérêt important en matière de respect de la vie privée, lié à la dignité humaine. Pareil prélèvement « peu[t] constituer l’atteinte la plus grave à la dignité humaine », a-t-il affirmé (par. 39). Il a rappelé ce qui suit : « On a souvent dit clairement et avec vigueur qu’une atteinte de l’État à l’intégrité physique d’une personne est une violation de la vie privée de cette personne et une atteinte à la dignité humaine » (par. 42). Il a notamment conclu que le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l’arrestation ne va pas jusqu’à autoriser les policiers à prélever des échantillons corporels, parce qu’un tel prélèvement est « un acte très envahissant » et qu’il « viol[e] l’intégrité du corps, qui est essentielle à la dignité humaine » (par. 51). Cette conclusion fait écho à l’importance, maintes fois répétée par la Cour, du lien étroit qui existe entre l’intimité physique et la dignité humaine (voir, p. ex., *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, par. 21; *Golden*, par. 87 et 98-99; *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 431-432; *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945, p. 949). À mon avis, l’analyse que fait mon collègue de l’arrêt *Stillman* trahit une interprétation indûment restrictive de cette décision et des intérêts fondamentaux qu’elle vise à protéger.

[104] De plus, bien que l’*objectif* d’un prélèvement par écouvillonnage génital consiste à chercher la présence de « résidus » déposés sur les organes génitaux de l’individu qui y est soumis, l’un des *effets* d’une telle saisie est de mettre l’ADN de ce dernier entre les mains de l’État. Comme l’a indiqué la preuve d’expert en l’espèce, ces résidus sont indissociables des propres substances corporelles de l’individu : l’échantillon contient également son ADN. Quel que soit son objectif, un prélèvement par écouvillonnage génital a pour résultat de fournir aux policiers un échantillon de l’ADN de la personne sur laquelle il est effectué.

[105] Comme le souligne le juge Moldaver, il serait pour l’instant illégal pour les policiers de considérer les échantillons prélevés sur les organes génitaux d’un individu comme des éléments de preuve de l’ADN de cette personne. En principe, les

hands of the police, available for undetermined potential future use. The law may subsequently evolve, or the sample might be used by the police — perhaps improperly — for purposes other than to generate evidence the admissibility of which would be scrutinized in court.

[106] The highly invasive and dehumanizing nature of genital swabs has been recognized in the United Kingdom, where genital swabs are treated as a particularly invasive kind of search and seizure. Under the U.K. legislation *Police and Criminal Evidence Act 1984* (U.K.), 1984, c. 60 (*P.A.C.E.*), a genital swab is governed by the rules for “intimate samples”, not body *searches*, and is prohibited altogether except on consent (ss. 62(1) and 65). Genital swabs and other intimate samples — like blood, urine, and semen samples — are in a separate category from both strip searches and non-intimate samples — such as hair samples and other swabs. The definition of an intimate sample makes no reference to the purpose of the sample. What makes these samples “intimate” under *P.A.C.E.* is the high degree of bodily invasion, not the purpose of the search.

[107] Turning to society’s interests in effective law enforcement, I agree with my colleague that genital swabs can advance compelling state interests. Not only is sexual assault a very serious offence, but it is also notoriously difficult to prove. A search for the victim’s DNA on the genitals of the arrested person can yield highly probative physical evidence.

tribunaux contrôlèrent toute utilisation de la sorte qui en serait faite subséquemment. Mais ces échantillons continueraient néanmoins d’exister, de demeurer entre les mains des policiers et, de fait, de pouvoir être utilisés de façon indéterminée dans le futur. Il est possible que le droit évolue éventuellement, ou encore que les échantillons soient utilisés par les policiers — peut-être de façon inappropriée — à des fins autres que celles consistant à générer des éléments de preuve dont l’admissibilité serait examinée devant un tribunal.

[106] La nature hautement envahissante et dés-humanisante des prélèvements par écouvillonnage génital a été reconnue au Royaume-Uni, où l’on considère qu’il s’agit d’un type particulièrement envahissant de fouille et de saisie. Selon la *Police and Criminal Evidence Act 1984* (R.-U.), 1984, c. 60 (la « loi *P.A.C.E.* »), du Royaume-Uni, les prélèvements par écouvillonnage génital sont régis par les règles applicables, non pas aux *fouilles* corporelles, mais aux [TRADUCTION] « échantillons intimes », et ils sont tout à fait interdits, sauf s’il y a consentement (par. 62(1) et art. 65). Le prélèvement d’échantillons par écouvillonnage génital et le prélèvement d’autres échantillons intimes — tels les échantillons de sang, d’urine et de sperme — n’appartiennent pas à la même catégorie que les fouilles à nu et les prélèvements d’échantillons non intimes — tels les échantillons de cheveux et de poils et d’autres prélèvements par écouvillonnage. La définition d’échantillon intime ne mentionne aucunement l’objectif de cet échantillon. Ce qui rend ces échantillons « intimes » pour l’application de la loi *P.A.C.E.* est le haut degré d’atteinte à l’intégrité physique, et non l’objectif de la fouille.

[107] Pour ce qui est de l’intérêt de la société à ce que la loi soit appliquée efficacement, je conviens avec mon collègue que les prélèvements par écouvillonnage génital peuvent favoriser des intérêts impérieux de l’État. Non seulement l’agression sexuelle constitue une infraction très grave, mais elle est aussi notoirement difficile à prouver. Vérifier la présence de l’ADN de la victime sur les organes génitaux de l’accusé peut permettre d’obtenir des éléments de preuve matériels très probants.

[108] However, I do not agree with Moldaver J. that the state interests are more compelling here than they were in *Stillman*. My colleague says the kind of evidence collected by genital swabs is inherently transient and vulnerable to destruction, whereas the kind of evidence collected by mouth swabs, hair samples and dental impressions is in no danger of disappearing. He concludes that the common law can advance important state interests by ensuring the police can collect genital swab evidence before it disappears. However, in stressing that genital swabs enable the police to preserve evidence which could otherwise disappear, my colleague implicitly assumes that this is evidence that the police could eventually collect lawfully, presumably upon obtaining a warrant. But if there is no lawful means by which the police could collect the evidence, ever, it would not matter how long the evidence lasts. Nothing would be lost when the evidence disappeared — no state interests would be compromised — because even if the evidence had survived, the police would have had no lawful authority to collect it.

[109] This was the case in *Stillman*: at the time of the seizures, the *Criminal Code* provision authorizing a warrant for that kind of DNA evidence had not yet been enacted and thus the effect of the decision was that there was no other lawful means by which the police could have obtained that evidence. As a result, the question of whether the evidence would disappear could not have been relevant to the scope of the common law power at that time: at the time of the seizures, the police could not obtain the DNA evidence *at all*. Thus, the fact that the evidence was in no danger of disappearing in *Stillman* is not a basis upon which to distinguish the evidence in this case.

[108] Cependant, je ne suis pas d'accord avec le juge Moldaver pour dire que les intérêts de l'État sont en l'espèce plus impérieux qu'ils ne l'étaient dans l'arrêt *Stillman*. Mon collègue affirme que les éléments de preuve obtenus au moyen d'un prélèvement par écouvillonnage génital sont intrinsèquement éphémères et vulnérables aux risques de destruction, alors que ceux recueillis au moyen de prélèvements buccaux, ou par la prise d'échantillons de cheveux et de poils, ou d'empreintes dentaires ne risquent pas de disparaître. Il conclut que la common law peut favoriser des intérêts importants de l'État en faisant en sorte que la police puisse recueillir des éléments de preuve par écouvillonnage génital avant que ceux-ci ne disparaissent. Cependant, en soulignant que de tels prélèvements permettent aux policiers de préserver des éléments de preuve qui, autrement, pourraient disparaître, mon collègue suppose implicitement qu'il s'agit d'éléments de preuve que les policiers pourraient ultérieurement obtenir légalement, vraisemblablement après avoir obtenu un mandat. Cependant, s'il n'existe aucun moyen légal susceptible de permettre aux policiers, à quelque moment que ce soit dans le futur, de recueillir ces éléments, la durée de vie de ceux-ci importe peu. Rien ne serait alors perdu en cas de disparition de cette preuve — aucun intérêt étatique ne serait compromis —, car, même si elle avait subsisté, les policiers n'auraient pas été légalement autorisés à la recueillir.

[109] C'était le cas dans l'affaire *Stillman* : comme au moment des saisies la disposition du *Code criminel* autorisant la délivrance d'un mandat relativement à ce type de preuve génétique n'avait pas encore été édictée, il ressort de cette décision que les policiers ne disposaient d'aucun autre mécanisme légal au moyen duquel ils auraient pu obtenir ces éléments de preuve. Par conséquent, le risque de disparition de ces éléments ne pouvait constituer une considération pertinente dans la détermination de la portée du pouvoir de common law à l'époque : au moment des saisies, les policiers ne pouvaient *absolument pas* obtenir la preuve génétique. Le fait que, dans *Stillman*, la preuve en cause ne risquait pas de disparaître ne peut donc pas être invoqué pour établir une distinction entre cette preuve et celle qui nous intéresse en l'espèce.

[110] Similarly, it is not clear whether there is any other lawful means by which the police can conduct genital swabs. Without finally deciding the issue, there is no warrant obviously available. The general warrant provision in s. 487.01(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, empowers a judge to issue a warrant to do anything that would, if not authorized, constitute an unreasonable search or seizure — but that subsection cannot be “construed as to permit interference with the bodily integrity of any person” (s. 487.01(2)). Genital swabs also do not appear to fall within any of the special warrants. While it is not necessary to decide this issue here, I note that if no warrant is available for genital swabs, then it simply does not follow that the common law can advance state interests by allowing the police to take a genital swab before the sample degrades in the time it would take to obtain a warrant. Perishability alone cannot transform an unlawful seizure into a lawful one.

[111] Finally, Moldaver J. suggests that in order to prevent an individual from destroying the evidence a genital swab would collect, the police must detain the individual in a way that makes wiping his or her genitals impossible. Here, this meant handcuffing Mr. Saeed to a pipe in a dry cell, without access to water or a toilet. My colleague reasons that such a form of detention is itself undignified, but this indignity can be prevented if a warrantless genital swab is carried out as soon as possible.

[112] This manner of detention certainly involves a further and troubling compromise of the individual’s dignity. I note, first, that the trial judge did not make a finding of fact that this manner of detention is *necessary* to preserve the evidence a genital swab

[110] De la même façon, on ne saurait dire avec certitude si les policiers disposent d’autres moyens légaux de procéder à un prélèvement par écouvillonnage génital. Sans trancher la question de façon définitive, on peut affirmer qu’il n’existe pas de mandat autorisant de façon évidente de telles fouilles. La disposition relative au mandat général énoncée au par. 487.01(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, habilite un juge à décerner un mandat autorisant à accomplir tout acte qui constituerait sans cette autorisation une fouille, une perquisition ou une saisie abusive; ce paragraphe n’a toutefois pas « pour effet de permettre de porter atteinte à l’intégrité physique d’une personne » (par. 487.01(2)). Les prélèvements par écouvillonnage génital ne semblent pas non plus relever d’un des mandats spéciaux. Bien qu’il ne soit pas nécessaire de décider la question en l’espèce, je tiens à souligner que l’absence de mandat permettant de procéder à un prélèvement par écouvillonnage génital ne signifie pas forcément que la common law peut favoriser les intérêts de l’État en autorisant les policiers à prélever ce type d’échantillon pour parer à la dégradation de la preuve qui surviendrait en attendant la délivrance d’un mandat. Le caractère périssable d’une preuve ne saurait à lui seul transformer une saisie illégale en une saisie légale.

[111] Enfin, le juge Moldaver laisse entendre que, pour empêcher un individu de détruire les éléments de preuve susceptibles d’être prélevés par écouvillonnage génital, les policiers doivent le détenir de manière à ce qu’il lui soit impossible de s’essuyer les organes génitaux. Dans la présente affaire, on l’a fait en menottant M. Saeed à un tuyau dans une cellule sèche, sans toilettes ou lavabo. Suivant le raisonnement de mon collègue, cette forme de détention constitue en soi une atteinte à la dignité, laquelle peut toutefois être évitée si un prélèvement par écouvillonnage génital est réalisé sans mandat dès que possible.

[112] Ce mode de détention suppose certainement une autre atteinte préoccupante à la dignité de la personne. Je relève tout d’abord que la juge du procès n’a pas tiré la conclusion de fait selon laquelle cette forme de détention était *nécessaire* pour préserver

would collect. The expert could not identify the time frame within which the residue will degrade naturally. And, although there was evidence that an individual can dissipate the residue by wiping or washing his or her genitals, there was no evidence that detention in a dry cell is the only means by which this can be prevented.

[113] More fundamentally, even if this practice was proven necessary to preserve perishable evidence, this necessity could not be used to justify the greater affront to dignity that a genital swab would represent. One indignity cannot justify another. It would be ironic indeed if s. 8 did not protect individuals from the indignity of genital swabs *precisely because* it protects them from the indignity of detention in dry cells.

[114] Balancing the competing individual and state interests, I find — as did the Court in *Stillman* — that the individual's freedom from such an indignity and invasion of privacy must prevail. In *Stillman*, the individual privacy interests at stake in mouth swabs, dental impressions and hair samples were so important that the Court held the common law does not authorize such seizures — even though there was, at that time, no other lawful means by which the police could have obtained that kind of evidence. (The *Criminal Code* warrant for a mouth swab or hair sample was enacted *after* the seizures in *Stillman: An Act to amend the Criminal Code and the Young Offenders Act (forensic DNA analysis)*, S.C. 1995, c. 27, s. 1.) In my view, the individual privacy interests at stake in this case are even more compelling: this kind of examination of a person's genitals is a profound affront to privacy and dignity. The state interests in this case, while strong, are no more compelling than they were in *Stillman*. I conclude it is not a reasonable balancing of the competing interests to permit the police to take warrantless genital swabs

les éléments de preuve que l'écouvillonnage génital permet de recueillir. L'expert n'était pas en mesure de préciser la période dans laquelle les résidus se détérioreraient de façon naturelle. En outre, même si des éléments de preuve indiquaient qu'un individu peut faire disparaître les résidus en essuyant ses organes génitaux ou en les lavant, il n'y avait aucune preuve établissant que la détention dans une cellule sèche est la seule façon d'empêcher que cela se produise.

[113] Plus fondamentalement, même si on démontrait que cette pratique est nécessaire pour préserver des éléments de preuve périssables, on ne pourrait invoquer cette nécessité pour justifier l'atteinte plus grave à la dignité de la personne que représente un prélèvement par écouvillonnage génital. Une atteinte à la dignité ne saurait en justifier une autre. Il serait d'ailleurs paradoxal que l'art. 8 ne protège pas une personne contre l'atteinte à la dignité que constitue un prélèvement par écouvillonnage génital *précisément parce qu'il* la protège contre l'atteinte à la dignité que représente sa détention dans une cellule sèche.

[114] Après avoir soupesé les intérêts opposés de l'individu et de l'État, je conclus, comme l'a fait la Cour dans l'arrêt *Stillman*, que c'est le droit de l'individu d'être protégé contre une telle atteinte à la dignité et à la vie privée qui doit l'emporter. Dans *Stillman*, les intérêts individuels en matière de respect de la vie privée que soulèvent les prélèvements buccaux et la prise d'empreintes dentaires et d'échantillons de cheveux et de poils ont été jugés à ce point importants que la Cour a conclu que la common law n'autorisait pas de telles saisies, même s'il n'existait à l'époque aucun autre moyen légal qui aurait permis aux policiers d'obtenir ce type d'éléments de preuve. (Les dispositions du *Code criminel* relatives au mandat autorisant les prélèvements buccaux ou la prise d'échantillons de cheveux ou de poils ont été édictées *postérieurement* aux saisies en cause dans *Stillman : Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur les jeunes contrevenants (analyse génétique à des fins médico-légales)*, L.C. 1995, c. 27, art. 1.) À mon avis, les intérêts individuels en matière de respect de la vie



under the common law power of search incident to arrest.

[115] Moldaver J. indeed agrees that the traditional safeguards for the common law power are insufficient to protect the enhanced privacy interests at stake with genital swabs. His solution is to add a higher threshold of police justification. The traditional threshold test for a search incident to arrest requires only that the arrest be lawful and the search be conducted for a valid purpose connected to the arrest; no further justification is needed for the search itself (*Cloutier*, at pp. 185-86). My colleague proposes to create a specific test for genital swabs with an additional requirement: the police must also have reasonable grounds to believe the genital swab will reveal and preserve evidence of an offence.

[116] Only once before has this Court imposed a heightened threshold test for a particular type of search incident to arrest in order to protect the interests engaged by s. 8 of the *Charter*. In *Golden*, the majority of the Court held that the police may conduct a strip search incident to arrest only when they have reasonable and probable grounds for the strip search. Iacobucci and Arbour JJ. explained their reasoning as follows (para. 98):

privée en jeu dans la présente affaire sont encore plus impérieux : en effet, le type d'examen des organes génitaux en cause ici constitue une atteinte profonde à la vie privée et à la dignité de la personne concernée. Malgré leur importance, les intérêts de l'État en l'espèce ne sont pas plus impérieux qu'ils ne l'étaient dans *Stillman*. Je conclus que le fait d'autoriser les policiers à procéder sans mandat à des prélèvements par écouvillonnage génital en vertu du pouvoir que reconnaît la common law d'effectuer une fouille accessoire à l'arrestation ne permet pas d'établir un équilibre raisonnable entre les intérêts divergents en présence.

[115] Le juge Moldaver reconnaît d'ailleurs que les garanties traditionnelles associées au pouvoir de common law ne sont pas suffisantes pour protéger les intérêts élevés au respect de la vie privée qui sont en jeu lors des prélèvements par écouvillonnage génital. Sa solution consiste à resserrer le critère préliminaire de la justification auquel doivent satisfaire les policiers. Suivant le critère préliminaire traditionnel applicable pour justifier une fouille accessoire à une arrestation, il suffit que l'arrestation soit légale et que la fouille vise à réaliser un objectif valable lié à l'arrestation; aucun autre motif n'est requis pour justifier la fouille elle-même (*Cloutier*, p. 185-186). Mon collègue propose de créer un critère particulier à l'égard des prélèvements par écouvillonnage génital, qui comporterait une exigence additionnelle : les policiers doivent également avoir des motifs raisonnables de croire qu'un tel prélèvement permettra de découvrir et de préserver une preuve de l'infraction.

[116] Notre Cour n'a qu'une seule fois jusqu'ici imposé un critère préliminaire plus exigeant à l'égard d'un type particulier de fouille accessoire à une arrestation afin de protéger les intérêts garantis par l'art. 8 de la *Charte*. Dans l'arrêt *Golden*, les juges majoritaires de la Cour ont conclu que des policiers ne pouvaient procéder à une fouille à nu accessoire à une arrestation que s'ils avaient des motifs raisonnables et probables de le faire. Les juges Iacobucci et Arbour ont expliqué comme suit leur raisonnement (par. 98) :

In *Cloutier, supra*, this Court concluded that a common law search incident to arrest does not require additional grounds beyond the reasonable and probable grounds necessary to justify the lawfulness of the arrest itself: *Cloutier, supra*, at pp. 185-86. However, this conclusion was reached in the context of a “frisk” search, which involved a minimal invasion of the detainee’s privacy and personal integrity. In contrast, a strip search is a much more intrusive search and, accordingly, a higher degree of justification is required in order to support the higher degree of interference with individual freedom and dignity. In order to meet the constitutional standard of reasonableness that will justify a strip search, the police must establish that they have reasonable and probable grounds for concluding that a strip search is necessary in the particular circumstances of the arrest.

[117] It follows from this passage that a higher degree of justification than reasonable and probable grounds is required for searches which are more intrusive than strip searches. Genital swabs, which require touching and manipulation of the genitals (and result in what is in fact a DNA sample), are without doubt more intrusive. A straightforward application of *Golden* thus implies that something more than reasonable and probable grounds is required for genital swabs.<sup>2</sup> My colleague’s threshold test of “reasonable grounds to believe” is insufficient.

[118] More fundamentally, additional requirements for particular types of searches incident to arrest should be avoided. When the traditional test for search incident to arrest — the arrest must be lawful and the search must be conducted for a valid purpose connected to the arrest — is insufficient to protect the individual privacy and dignity interests at stake, the search is not authorized by the existing common

<sup>2</sup> Further, as noted above, the U.K. legislation upon which the Court relied in *Golden* distinguishes between a genital swab and strip searches (*P.A.C.E.*, s. 65). Unlike strip searches, genital swabs are prohibited except on consent and with the authorization of an inspector (*P.A.C.E.*, s. 62(1)). This is so even though the purpose is to obtain DNA information about someone other than the individual.

Dans l’arrêt *Cloutier*, précité, notre Cour a conclu qu’une fouille accessoire à une arrestation en common law n’a pas à être justifiée par d’autres motifs que les motifs raisonnables et probables nécessaires pour justifier la légalité de l’arrestation elle-même : *Cloutier*, précité, p. 185-186. Cette conclusion a toutefois été tirée dans le contexte d’une fouille sommaire, qui ne portait qu’une atteinte minimale à la vie privée et à l’intégrité personnelle du détenu. Par contraste, une fouille à nu est beaucoup plus envahissante et, partant, elle commande un degré plus élevé de justification pour appuyer l’atteinte plus grave portée à la liberté et à la dignité de la personne. Pour satisfaire à la norme constitutionnelle du caractère raisonnable justifiant la fouille à nu, les agents de police doivent établir qu’ils avaient des motifs raisonnables de conclure qu’une fouille à nu était nécessaire dans les circonstances particulières de l’arrestation.

[117] Il ressort de cet extrait qu’un degré plus élevé de justification que celui des motifs raisonnables et probables est nécessaire lorsqu’il s’agit de fouilles plus envahissantes qu’une fouille à nu. Les prélèvements par écouvillonnage génital, au cours desquels les organes génitaux d’une personne doivent être touchés et manipulés (et dont le résultat est en réalité un échantillon d’ADN), constituent indubitablement des fouilles plus envahissantes. Une simple application de l’arrêt *Golden* indique donc qu’un critère plus exigeant que celui des motifs raisonnables et probables est requis dans le cas des prélèvements par écouvillonnage génital<sup>2</sup>. Le critère préliminaire des « motifs raisonnables de croire » proposé par mon collègue est insuffisant.

[118] Plus fondamentalement, il vaut mieux éviter d’appliquer des exigences additionnelles à l’égard de types particuliers de fouilles accessoires à une arrestation. Lorsque le critère traditionnel des fouilles accessoires à une arrestation — à savoir la nécessité que l’arrestation soit légale et que la fouille vise à réaliser un objectif valable lié à l’arrestation — ne suffit pas à protéger les intérêts en matière de vie privée

<sup>2</sup> De plus, comme je l’ai déjà signalé, la loi du Royaume-Uni sur laquelle la Cour s’est fondée dans l’arrêt *Golden* établit une distinction entre le prélèvement par écouvillonnage génital et la fouille à nu (loi *P.A.C.E.*, art. 65). Contrairement à la fouille à nu, le prélèvement par écouvillonnage génital est interdit, sauf s’il y a consentement et si un inspecteur l’autorise (loi *P.A.C.E.*, par. 62(1)), et ce, même si le prélèvement vise à obtenir des renseignements sur l’ADN d’une autre personne que celle qui est soumise à l’écouvillonnage génital.

law. Only in the rarest of cases should the court impose an additional requirement and thereby create a new test specific to that type of search.

[119] This is so for at least two reasons. First, a specific threshold test is much less effective in safeguarding privacy than judicial pre-authorization. As Moldaver J. acknowledges, the purpose of s. 8 is to prevent unjustified searches before they happen, not simply to decide after the fact whether a search should have happened (*Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 160; *Golden*, at para. 89). Additional threshold requirements for the test for search incident to arrest must be applied in the field by the police who are focussed on law enforcement. Judicial oversight would only come after the fact, and only in a subset of cases — where incriminating evidence is found, charges are laid, and the lawfulness of the search is challenged at trial. It would come as cold comfort to someone who has suffered the indignity of a genital swab, for example, to learn some time later that it never should have happened because there were no reasonable and probable grounds for it. Judicial pre-authorization minimizes the risk of unjustified searches occurring much more effectively than does an additional threshold requirement for the test for search incident to arrest.

[120] A second problem with judicially imposed threshold requirements for specific types of searches incident to arrest is that defining these requirements is a nuanced exercise which may be best left to Parliament. Not only must the right balance be found between the competing privacy and law enforcement interests; the framework must be workable for the police. The common law power of search incident to arrest is a blunt tool, but this makes it relatively straightforward for the police to use. Rather than

et de dignité qui sont en cause, la fouille n'est pas autorisée par les règles de common law existantes. Ce n'est que dans des cas extrêmement rares que les tribunaux devraient imposer une exigence additionnelle et créer ainsi un nouveau critère propre au type de fouille en question.

[119] Il en est ainsi pour au moins deux raisons. Premièrement, l'application d'un critère préliminaire spécifique protège beaucoup moins efficacement la vie privée qu'une procédure d'autorisation judiciaire préalable. Comme le reconnaît le juge Moldaver, l'art. 8 a pour but d'empêcher les fouilles injustifiées avant qu'elles ne se produisent et non pas simplement de déterminer après le fait si une fouille aurait dû être effectuée (*Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 160; *Golden*, par. 89). L'application d'exigences additionnelles assortissant le critère applicable aux fouilles accessoires à l'arrestation se fait nécessairement sur le terrain par les policiers, qui se concentrent sur leurs fonctions d'application de la loi. Le contrôle judiciaire n'intervient qu'après le fait et uniquement dans certaines situations — lorsque des éléments de preuve incriminants sont découverts, que des accusations sont portées et que la légalité de la fouille est contestée au procès. À titre d'exemple, il ne serait guère réconfortant pour une personne ayant souffert l'indignité d'un prélèvement par écouvillonnage génital d'apprendre quelque temps plus tard qu'elle n'aurait jamais dû être soumise à un tel prélèvement parce qu'il n'existait aucun motif raisonnable et probable le justifiant. Une procédure d'autorisation judiciaire préalable réduit beaucoup plus efficacement le risque de fouilles injustifiées que l'ajout d'une exigence au critère préliminaire applicable aux fouilles accessoires à l'arrestation.

[120] Deuxièmement, un autre problème lié à l'imposition par voie judiciaire d'exigences préliminaires applicables à certains types de fouilles accessoires à une arrestation est le fait que la définition de ces exigences représente un exercice délicat, qu'il est préférable de laisser au législateur. Non seulement doit-on trouver le juste équilibre entre les intérêts divergents que constituent le respect de la vie privée et l'intérêt des autorités chargées de l'application de la loi, mais encore faut-il que les

complicating matters with various add-ons intended to perform different functions, it should be left to Parliament to equip the police with additional tools tailor-made for specific functions.

[121] Thus, I certainly agree with Moldaver J. that Parliament could choose to create a legislative regime for genital swabs that balances the need to obtain and preserve evidence with the need to safeguard privacy interests, much as it did for DNA samples.

[122] In conclusion, I recognize that genital swabs can provide important evidence of serious offences. In principle, they can be an effective law enforcement tool. However, the state interest in law enforcement must be considered in light of the profound impact on privacy and human dignity inherent in a genital swab. The common law power of search incident to arrest has limits. I conclude that it does not authorize the police to take genital swabs.

[123] Because it was not authorized by law, the swab the police took from Mr. Saeed's penis was carried out in breach of s. 8 of the *Charter*.

## II. Analysis: Section 24(2)

[124] In the exceptional circumstances of this case, I would nonetheless uphold the trial judge's decision to admit the evidence obtained from Mr. Saeed in breach of the *Charter*. In deciding whether the

policiers soient en mesure d'appliquer le cadre qui est retenu. Le pouvoir de fouille accessoire à une arrestation reconnu par la common law n'est pas un outil des plus raffinés, mais cette même caractéristique le rend relativement simple à utiliser par les policiers. Au lieu de compliquer les choses en greffant à ce pouvoir divers éléments censés remplir différentes fonctions, il serait préférable de laisser au législateur le soin d'équiper les policiers d'outils additionnels spécialement adaptés à certaines fonctions particulières.

[121] En conséquence, je suis certes d'accord avec le juge Moldaver lorsqu'il affirme que le législateur pourrait, en ce qui concerne les prélèvements par écouvillonnage génital, décider de créer un régime législatif qui établirait un juste équilibre entre, d'une part, le besoin de recueillir et de préserver des éléments de preuve et, d'autre part, la nécessité de protéger les intérêts en matière de vie privée de l'individu visé, comme il l'a fait dans le cas des échantillons d'ADN.

[122] En conclusion, je reconnais que les prélèvements par écouvillonnage génital peuvent permettre de recueillir d'importants éléments de preuve relatifs à des infractions graves. En principe, ils peuvent s'avérer un outil d'application de la loi efficace. Toutefois, l'intérêt de l'État à assurer l'application de la loi doit être examiné au regard du profond impact qu'ont intrinsèquement de tels prélèvements sur la vie privée et la dignité humaine. Le pouvoir de fouille accessoire à l'arrestation reconnu par la common law comporte des limites. J'estime qu'il n'autorise pas la police à effectuer des prélèvements par écouvillonnage génital.

[123] Comme le prélèvement recueilli par les policiers sur le pénis de M. Saeed n'était pas autorisé par une règle de droit, il a été effectué en violation de l'art. 8 de la *Charte*.

## II. Analyse : par. 24(2)

[124] Vu les circonstances exceptionnelles de l'espèce, je confirmerais néanmoins la décision de la juge du procès de permettre l'utilisation des éléments de preuve obtenus de M. Saeed en violation de

admission of the evidence would bring the justice system into disrepute, the three factors to consider are (1) the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct, (2) the impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the accused, and (3) society's interest in the adjudication of the case on its merits (*R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, at para. 71).

[125] A trial judge's findings on these issues are entitled to considerable deference and should be overturned only if the judge did not consider the proper factors or made an unreasonable finding (*Grant*, at para. 86; *R. v. Côté*, 2011 SCC 46, [2011] 3 S.C.R. 215, at para. 44; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34, at para. 82). In this case, the trial judge (and both sets of reasons from the Court of Appeal, 2014 ABCA 238, 5 Alta. L.R. (6th) 219) held that the evidence should be admitted. In my view, the trial judge's exercise of discretion should not be disturbed.

[126] In considering the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct, the trial judge found that the officer who directed the swab did not appropriately consider Mr. Saeed's *Charter* rights and the ambit of the police's power of search incident to arrest, but that there was no "actual bad faith" on the part of the police. She considered that the *Charter*-infringing state conduct was serious. However, where the police act on a mistaken understanding of the law where the law is unsettled, their *Charter*-infringing conduct is considered to be less serious (*Cole*, at paras. 86-87; *R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657, at paras. 69 and 71). If anything, the trial judge erred in the appellant's favour by overstating the seriousness of the state conduct. Since the law respecting genital swabs was unsettled at the time this swab was taken and the police acted on their understanding of the law, the first factor does not weigh in favour of the exclusion of the evidence.

la *Charte*. Pour déterminer si leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, trois facteurs doivent être pris en compte : (1) la gravité de la conduite attentatoire de l'État; (2) l'incidence de la violation sur les droits garantis à l'accusé par la *Charte*; (3) l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond (*R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, par. 71).

[125] Les conclusions tirées par les juges qui président les procès sur ces questions commandent une déférence considérable et elles ne devraient être modifiées que si ceux-ci n'ont pas tenu compte des considérations applicables ou s'ils ont tiré une conclusion déraisonnable (*Grant*, par. 86; *R. c. Côté*, 2011 CSC 46, [2011] 3 R.C.S. 215, par. 44; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34, par. 82). Dans le cas qui nous occupe, la juge du procès a estimé que la preuve devrait être utilisée (et les deux opinions rédigées en Cour d'appel vont dans le même sens, 2014 ABCA 238, 5 Alta. L.R. (6th) 219). À mon avis, il n'y a pas lieu d'intervenir dans la façon dont la juge du procès a exercé son pouvoir discrétionnaire.

[126] Dans l'examen de la gravité de la conduite attentatoire de l'État, la juge du procès a conclu que le policier qui avait ordonné le prélèvement n'avait pas dûment tenu compte des droits que garantit la *Charte* à M. Saeed et de l'étendue des pouvoirs dont disposent les policiers en matière de fouille accessoire à l'arrestation, mais qu'il n'y avait pas eu [TRADUCTION] « véritablement mauvaise foi » de leur part. Elle a qualifié de grave la conduite attentatoire à la *Charte* de l'État. Toutefois, lorsque les policiers agissent sur la foi d'une interprétation erronée du droit applicable et que celui-ci est incertain, leur conduite attentatoire à la *Charte* est considérée moins grave (*Cole*, par. 86-87; *R. c. Vu*, 2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657, par. 69 et 71). De fait, la juge du procès a plutôt commis une erreur favorable à l'appelant en exagérant la gravité de la conduite de l'État. Comme le droit relatif aux prélèvements par écouvillonnage génital était incertain au moment où le prélèvement a été effectué et que les policiers ont agi en fonction de leur interprétation du droit, le premier facteur ne milite pas en faveur de l'exclusion de la preuve.

[127] The second factor — the impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the accused — was obviously serious, and weighs against admitting the evidence. There is no doubt that this was a very intrusive search that engaged the core of the accused’s bodily privacy. The trial judge found that the process “violated a very core value of privacy, an accused’s privacy with respect to his genitals, and his right to not being exposed”. In addition, in *Côté*, this Court noted that “[i]f the search could not have occurred legally, it is considerably more intrusive of the individual’s reasonable expectation of privacy” (para. 72). As discussed above, it is doubtful whether a warrant is available for this evidence. If the police could not have lawfully obtained this evidence at all, either under search incident to arrest or under any warrant, then this would further heighten the impact on the accused’s *Charter*-protected interests (*Côté*, at paras. 58-74). As the trial judge held, the second factor weighs strongly in favour of exclusion.

[128] The third factor — society’s interest in the adjudication of the case on its merits — weighs in favour of admission. This inquiry asks “whether the truth-seeking function of the criminal trial process would be better served by admission of the evidence, or by its exclusion” (*Grant*, at para. 79). Three relevant considerations are the reliability of the evidence, the importance of the evidence to the Crown’s case, and the seriousness of the offence (*Grant*, at paras. 80-84), although the latter may “cut both ways” in some cases (para. 84). First, the DNA evidence was reliable and probative. Second, the evidence was very important in the Crown’s case. In finding that Mr. Saeed was in fact the attacker, the trial judge considered the DNA evidence alongside eyewitness accounts. Although the Crown’s case would not have been gutted without the DNA evidence, the Crown conceded on appeal that a conviction may not have reasonably flowed from the remaining evidence. Third, aggravated sexual assault is a serious offence: while society

[127] Le deuxième facteur — l’incidence de la violation sur les droits garantis à l’accusé par la *Charte* — était manifestement grave et milite contre l’utilisation de la preuve. Il n’y a aucun doute qu’il s’agissait d’une fouille très envahissante qui touchait à l’essence même de l’intimité physique de l’accusé. La juge du procès a conclu que la procédure [TRA-DUCTION] « violait une valeur absolument fondamentale de la vie privée, à savoir le droit de l’accusé au respect de sa vie privée en ce qui a trait à ses organes génitaux, ainsi que son droit de ne pas être tenu d’exposer son corps ». De plus, dans l’arrêt *Côté*, notre Cour a souligné que « [l]orsque la fouille ou la perquisition n’aurait pu avoir lieu légalement, il y a empiètement accru sur l’attente raisonnable en matière de vie privée » (par. 72). Comme je l’ai déjà expliqué, il est douteux qu’il soit possible d’obtenir un mandat pour recueillir cette preuve. S’il était absolument impossible pour les policiers d’obtenir celle-ci légalement, que ce soit en vertu du pouvoir de fouille accessoire à l’arrestation ou en vertu d’un mandat, l’incidence sur les droits garantis à l’accusé par la *Charte* serait alors plus marquée (*Côté*, par. 58-74). Comme l’a conclu la juge du procès, le deuxième facteur milite fortement en faveur de l’exclusion.

[128] Le troisième facteur — l’intérêt de la société à ce que l’affaire soit jugée au fond — milite en faveur de l’utilisation de la preuve. Il s’agit de « déterminer si la fonction de recherche de la vérité que remplit le procès criminel est mieux servie par l’utilisation ou par l’exclusion d’éléments de preuve » (*Grant*, par. 79). La fiabilité des éléments de preuve, leur importance pour la poursuite et la gravité de l’infraction reprochée constituent trois considérations pertinentes à cet égard (*Grant*, par. 80-84), bien que cette dernière puisse « jouer dans les deux sens » dans certains cas (par. 84). Premièrement, la preuve génétique était fiable et probante. Deuxièmement, cette preuve revêtait une grande importance pour la thèse du ministère public. Pour conclure que M. Saeed était effectivement l’agresseur, la juge du procès a tenu compte de la preuve génétique en corrélation avec les récits des témoins oculaires. Même si l’exclusion des éléments de preuve génétique n’aurait pas été fatale à la preuve du ministère public, le ministère public a concédé en appel que

has an interest in a justice system that is beyond reproach when the penal stakes are high, this brutal public assault of an adolescent girl was particularly heinous, and society also has a keen interest in the adjudication of this case on its merits. Taking all these considerations together, the third factor weighs in favour of admitting the evidence.

[129] Having regard to all the circumstances, the evidence should be admitted. The impact of the *Charter* breach on the accused was very serious. Going forward, in the face of settled law, it would be difficult to justify its admission. However, the law on this issue was unsettled at the time of this seizure and the police acted on their understanding of the law. Furthermore, society has a strong interest in the adjudication of this brutal sexual assault. On balance, I conclude that the trial judge was justified in concluding that the admission of the evidence would not bring the administration of justice into disrepute.

### III. Conclusion

[130] In the result, I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

[131] ABELLA J. (dissenting) — In *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, this Court concluded that searches that violate bodily integrity “may constitute the ultimate affront to human dignity”. The case involved the taking of hair samples, buccal swabs, and dental impressions. Because those searches were found to be “highly intrusive” and “the ultimate invasion of the appellant’s privacy”, the evidence was excluded. If the taking of hair, buccal and dental samples are “the ultimate invasion” of an individual’s privacy, one wonders how to conceptualize a search whereby an individual is required to remove his

les autres éléments n’auraient pas raisonnablement permis de déclarer l’accusé coupable. Troisièmement, une agression sexuelle grave est une infraction grave : bien que la société ait intérêt à ce que le système de justice soit irréprochable lorsque l’accusé encourt de lourdes conséquences pénales, cette brutale agression publique commise contre une adolescente était particulièrement odieuse et la société a également un vif intérêt à ce que l’affaire soit jugée au fond. Compte tenu de toutes ces considérations, le troisième facteur milite en faveur de l’utilisation de la preuve.

[129] Eu égard à l’ensemble des circonstances, l’utilisation de la preuve devrait être autorisée. L’incidence de la violation de la *Charte* sur l’accusé était très grave. Dans le futur, en présence de règles de droit bien établies, il serait difficile de justifier l’utilisation de cette preuve. Toutefois, le droit était incertain au moment de la saisie et les policiers ont agi en fonction de leur interprétation de celui-ci. De plus, la société a un intérêt sérieux à ce que cette brutale agression sexuelle soit jugée. Tout bien considéré, je suis d’avis que la juge du procès était justifiée de conclure que l’utilisation de la preuve n’était pas susceptible de déconsidérer l’administration de la justice.

### III. Conclusion

[130] En conséquence, je rejeterais le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

[131] LA JUGE ABELLA (dissidente) — Dans l’arrêt *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, notre Cour a conclu que les fouilles qui violent l’intégrité physique d’une personne « peuvent constituer l’atteinte la plus grave à la dignité humaine ». Cette affaire portait sur la prise d’échantillons de cheveux et de poils, de prélèvements buccaux et d’empreintes dentaires. Comme la Cour a conclu que ces fouilles étaient des actes « très envahissant[s] » et constituaient « l’atteinte la plus grave à la vie privée de l’appelant », les éléments de preuve recueillis ont été écartés. Si le fait de prendre des échantillons

clothes and swab his penis in front of two uniformed police officers.

[132] While I agree with Justice Karakatsanis that the search was a breach of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, I do not, with respect, share her view that the resulting evidence should be admitted.

[133] In determining whether the evidence should be excluded under s. 24(2), three factors are to be balanced in accordance with *R. v. Grant*, [2009] 2 S.C.R. 353:

- The seriousness of the *Charter*-infringing state conduct;
- The impact of the breach on *Charter*-protected interests of the accused; and
- The societal interest in adjudication on the merits.

[134] While the public clearly has an interest in the adjudication of a case on its merits, it also has an interest “in ensuring that the justice system remains above reproach in its treatment of those charged with . . . serious offences”: *R. v. Spencer*, [2014] 2 S.C.R. 212, at para. 80; see also *R. v. Taylor*, [2014] 2 S.C.R. 495. No factor, in other words, is determinative. And, of equal significance, none is absolute.

[135] The first factor engages its own continuum, as Doherty J.A. pointed out in *R. v. Kitaitchik* (2002), 166 C.C.C. (3d) 14 (Ont. C.A.):

Police conduct can run the gamut from blameless conduct, through negligent conduct, to conduct demonstrating a blatant disregard for *Charter* rights: see Hill, “The Role of Fault in Section 24(2) of the *Charter*”, in *The*

de cheveux et de poils, des prélèvements buccaux et des empreintes dentaires constitue « l’atteinte la plus grave » à la vie privée d’une personne, que faut-il penser d’une fouille au cours de laquelle un individu doit enlever ses vêtements et faire un prélèvement par écouvillonnage de son pénis devant deux policiers en uniforme.

[132] Bien que je convienne avec la juge Karakatsanis que la fouille contrevenait à l’art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, je ne puis, en toute déférence, me rallier à son point de vue selon lequel la preuve obtenue à la suite de celle-ci devrait être utilisée.

[133] Pour décider si cette preuve devrait être écartée en application du par. 24(2), trois facteurs doivent être soupesés conformément à l’arrêt *R. c. Grant*, [2009] 2 R.C.S. 353 :

- la gravité de la conduite attentatoire de l’État;
- l’incidence de la violation sur les droits de l’accusé garantis par la *Charte*;
- l’intérêt de la société à ce que l’affaire soit jugée au fond.

[134] Quoique le public ait manifestement intérêt à ce que l’affaire soit jugée au fond, il a aussi intérêt « à ce que le fonctionnement du système de justice demeure irréprochable au regard des individus accusés [d’]infractions graves » (*R. c. Spencer*, [2014] 2 R.C.S. 212, par. 80; voir également *R. c. Taylor*, [2014] 2 R.C.S. 495). Autrement dit, aucun facteur n’est déterminant. Et, point tout aussi important, aucun n’est absolu.

[135] Comme l’a fait remarquer le juge Doherty dans *R. c. Kitaitchik* (2002), 166 C.C.C. (3d) 14 (C.A. Ont.), le premier facteur possède son propre continuum :

[TRADUCTION] La conduite de la police peut couvrir tout le spectre des comportements, de la conduite irréprochable à la conduite démontrant un mépris flagrant des droits garantis par la *Charte* en passant par la conduite



*Charter's Impact on the Criminal Justice System* (1996) at p. 57 (Cameron, ed.). What is important is the proper placement of the police conduct along that fault line, not the legal label attached to the conduct. [para. 41]

[136] The key, as a result, is not so much whether the conduct fits within a compartment called “good faith” or “bad faith”, but whether the police reasonably believed they were respecting the *Charter*: David M. Paciocco and Lee Stuesser, *The Law of Evidence* (7th ed. 2015), at p. 408; *R. v. Buhay*, [2003] 1 S.C.R. 631; *R. v. Chuhaniuk* (2010), 292 B.C.A.C. 89, at para. 34.

[137] Ryan J.A., for the majority, elaborated on the “good faith” analysis in *R. v. Washington* (2007), 248 B.C.A.C. 65, where she explained:

Although good faith is not fully defined in the jurisprudence, the underlying notion is [that] good faith is present when the police have conducted themselves in manner that is consistent with what they subjectively, reasonably, and non-negligently believe to be the law. This is perhaps better understood as a contrast to situations where the police deliberately, flagrantly and wilfully breach a *Charter* right to gain some perceived advantage, that advantage usually being the avoidance of compliance with the *Charter*. [para. 78]

[138] In other words, as a police officer’s disregard of *Charter* requirements becomes more deliberate or flagrant, his or her conduct approaches the “bad faith” end of the spectrum: *R. v. Morelli*, [2010] 1 S.C.R. 253; *R. v. Dhillon* (2012), 93 C.R. (6th) 260 (B.C.C.A.); *R. v. Voong* (2013), 347 B.C.A.C. 278.

[139] Where does the police conduct fall on the spectrum in this case? Even though the trial judge did not conclude that the police acted in bad faith, neither did she find good faith. This is hardly surprising in the circumstances. Mr. Saeed was initially arrested at 6:05 a.m., released from custody sometime between 7:00 a.m. and 7:30 a.m., and then

négligente (voir Hill, « The Role of Fault in Section 24(2) of the *Charter* », dans *The Charter's Impact on the Criminal Justice System* (1996) p. 57 (Cameron, dir.)). Ce qui importe, c’est de positionner au bon endroit la conduite de la police sur ce spectre plutôt que de s’attacher à sa qualification juridique. [par. 41]

[136] Ainsi, ce qui importe, ce n’est pas tant de savoir si le comportement entre dans la catégorie des actes accomplis de « bonne foi » ou de « mauvaise foi », mais plutôt de savoir si les policiers croyaient raisonnablement qu’ils respectaient la *Charte* (David M. Paciocco et Lee Stuesser, *The Law of Evidence* (7<sup>e</sup> éd. 2015), p. 408; *R. c. Buhay*, [2003] 1 R.C.S. 631; *R. c. Chuhaniuk* (2010), 292 B.C.A.C. 89, par. 34).

[137] Au nom des juges majoritaires, la juge Ryan a précisé l’analyse relative à la « bonne foi » dans l’arrêt *R. c. Washington* (2007), 248 B.C.A.C. 65, dans lequel elle explique :

[TRADUCTION] Bien que la bonne foi ne soit pas entièrement définie dans la jurisprudence, le principe sous-jacent veut qu’il y ait bonne foi lorsque la conduite des policiers est conforme à ce que ceux-ci estiment — subjectivement, raisonnablement et sans négligence — être légal. Cela est peut-être plus facile à comprendre si l’on compare ces situations à celles où les policiers portent atteinte délibérément, volontairement et de manière flagrante à un droit garanti par la *Charte* pour gagner ce qu’ils perçoivent être un avantage, lequel consiste le plus souvent à éviter de se conformer à la *Charte*. [par. 78]

[138] En d’autres mots, plus le mépris des exigences de la *Charte* par un policier devient délibéré ou flagrant, plus sa conduite s’approche de l’extrémité du spectre correspondant aux comportements de « mauvaise foi » (*R. c. Morelli*, [2010] 1 R.C.S. 253; *R. c. Dhillon* (2012), 93 C.R. (6th) 260 (C.A. C.-B.); *R. c. Voong* (2013), 347 B.C.A.C. 278).

[139] Où se situe la conduite des policiers en l’espèce? Même si elle n’a pas estimé que les policiers avaient agi de mauvaise foi, la juge du procès n’a pas conclu non plus qu’ils étaient de bonne foi. Cela n’est guère surprenant dans les circonstances. M. Saeed a été arrêté pour la première fois à 6 h 05, puis libéré entre 7 h et 7 h 30, et arrêté de nouveau

re-arrested at 8:35 a.m. When he arrived at the police station at around 8:50 a.m., he was placed in a dry cell with his hands cuffed behind his back to a metal pipe which was positioned low to the ground. He was made to sit on the floor in this position for almost an hour without the opportunity to use the washroom or drink water.

[140] At 10:26 a.m., he was directed to expose his genitals and wipe a cotton-tipped swab around the head of his penis in the presence of two police officers. Mr. Saeed did not consent to the search. While the swab was conducted, Mr. Saeed was described by one of the officers as being “naked”.

[141] Nor did the police make any inquiry to determine whether a swab would even be probative before chaining him to a pipe in a dry cell. Mr. Saeed had been free for an hour and a half when he was re-arrested. Despite the fact that he had ample opportunity to wash away the evidence, not only before the initial arrest but also during the time that he was left alone at his apartment before he was re-arrested, the police did not ask whether he had washed or wiped himself during that time. This is a crucial information gap, since expert evidence at the trial indicated that without knowing whether he had washed, it would have been impossible for the police to know whether the best source of DNA evidence was a genital swab or Mr. Saeed’s underwear. The police nonetheless chose the most invasive option.

[142] The police testified that they considered that the search was authorized as being incidental to arrest. Restrictions on obtaining bodily samples as part of a search incident to arrest were articulated in *Stillman*, 14 years before the events in this case occurred, and were confirmed in *R. v. Golden*, [2001] 3 S.C.R. 679, four years later. The police must therefore be taken to have been aware of them: *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3, at p. 34.

à 8 h 35. Lorsqu’il est arrivé au poste de police vers 8 h 50, il a été placé dans une cellule sèche et menotté, les mains derrière le dos, à un tuyau métallique situé près du sol. Il a été contraint de s’asseoir sur le sol dans cette position pendant près d’une heure sans avoir la possibilité d’utiliser des toilettes ou de boire de l’eau.

[140] À 10 h 26, on lui a ordonné d’exposer ses organes génitaux et de passer un écouvillon autour du gland en présence de deux policiers. M. Saeed n’a pas consenti à la fouille. Selon un des policiers présents, M. Saeed était [TRADUCTION] « nu » pendant que le prélèvement était effectué.

[141] Les policiers n’ont pas non plus cherché à savoir si un prélèvement par écouvillonnage serait même susceptible d’avoir une valeur probante avant d’enchaîner M. Saeed à un tuyau dans une cellule sèche. M. Saeed avait passé une heure et demie en liberté lorsqu’il a été de nouveau arrêté. En dépit du fait qu’il aurait eu amplement le temps de supprimer la preuve en se lavant, et ce, non seulement avant la première arrestation, mais aussi pendant qu’on l’avait laissé seul dans son appartement avant la deuxième arrestation, les policiers ne lui ont pas demandé s’il s’était lavé ou essuyé dans l’intervalle. L’absence de cette information est cruciale étant donné que, selon une preuve d’expert produite au procès, à défaut de savoir si M. Saeed s’était lavé, il était impossible aux policiers de déterminer laquelle des deux sources suivantes était la plus susceptible de fournir une preuve génétique : un prélèvement par écouvillonnage génital ou les sous-vêtements de l’accusé. Les policiers ont néanmoins choisi la solution la plus envahissante.

[142] Les policiers ont témoigné qu’ils avaient considéré que la fouille était autorisée en tant que fouille accessoire à une arrestation. Les restrictions applicables à l’obtention d’échantillons corporels dans le cadre d’une telle fouille ont été énoncées dans *Stillman*, 14 ans avant les événements en cause en l’espèce, et elles ont été confirmées dans *R. c. Golden*, [2001] 3 R.C.S. 679, quatre ans plus tard. Il faut donc tenir pour acquis que les policiers les connaissaient (*R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3, p. 34).

[143] Those decisions confirmed that a search incidental to arrest does not authorize invasive searches of an individual in order to get bodily samples as evidence: *Golden*, at para. 24; *Stillman*, at paras. 42-49. That means the police were required to get prior judicial authorization. Yet there was no explanation for why the police sought no prior judicial authorization. Their evidence was that they began to consider obtaining a genital swab from Mr. Saeed at 8:10 a.m., before he was in police custody for the second time. In the two and a quarter hours between when they decided to obtain the swab and when they got it, they took no steps towards obtaining either a general warrant or a telewarrant for the search.

[144] Their evidence was that they took no steps to obtain a warrant because they wanted to “speed up the process of collecting the evidence” and felt that taking the time to apply for a warrant would leave Mr. Saeed handcuffed to the pipe for too long. One of the officers said that Mr. Saeed was handcuffed to the pipe to “preven[t] him from licking his hands and possibly washing away some of the DNA evidence that we wanted to preserve”. They never explained why there was no time to get a telewarrant. When asked “[d]id you ever at all during this point of the investigation turn your mind to the possibility of applying for a telewarrant?” the answer was “[n]o, I did not.”

[145] Moreover, as the trial judge found, there were no exigent circumstances. She found that the only testimony demonstrating any concern about the need to preserve evidence so as to justify a search incidental to arrest was merely a “vague statement” by one of the officers.

[146] It is not for the police to unilaterally decide to waive an accused’s s. 8 *Charter* protections by deciding that it is more in his interests that the swab be performed quickly than that it be performed

[143] Ces arrêts confirment que le pouvoir de procéder à une fouille accessoire à une arrestation ne permet pas d’effectuer des fouilles personnelles envahissantes en vue d’obtenir des échantillons de substances corporelles comme éléments de preuve (*Golden*, par. 24; *Stillman*, par. 42-49). Cela signifie que les policiers devaient obtenir une autorisation judiciaire préalable. Or, aucune explication n’a été donnée sur la raison pour laquelle ils ne l’ont pas fait. Il ressort de leurs témoignages qu’ils ont commencé à envisager de prélever sur M. Saeed des échantillons par écouvillonnage génital à 8 h 10, soit avant qu’il ne soit mis en détention une seconde fois. Au cours de la période de deux heures et quart qui s’est écoulée entre le moment où ils ont décidé d’obtenir un prélèvement et le moment où ils ont obtenu celui-ci, les policiers n’ont fait aucune démarche pour que soit décerné un mandat général ou un télémandat en vue de la fouille.

[144] Ils ont témoigné qu’ils n’avaient entrepris aucune démarche en ce sens parce qu’ils souhaitaient [TRADUCTION] « accélérer la collecte des éléments de preuve » et qu’ils pensaient que, s’ils prenaient le temps de demander un mandat, M. Saeed resterait menotté au tuyau trop longtemps. Un des policiers a déclaré que M. Saeed avait été menotté au tuyau pour « l’empêcher de se lécher les mains et possiblement d’éliminer une partie de la preuve génétique que nous voulions préserver ». Les policiers n’ont jamais expliqué pourquoi ils n’avaient pas eu le temps d’obtenir un télémandat. À la question « [a]vez-vous à quelque moment que ce soit à cette étape de l’enquête envisagé de demander un télémandat? », ce policier a répondu : « Non, je ne l’ai pas envisagé. »

[145] De plus, comme l’a conclu la juge du procès, il n’y avait pas de situation d’urgence. Selon elle, le seul témoignage qui établissait que les policiers se souciaient de préserver des éléments de preuve d’une manière qui justifiait une fouille accessoire à l’arrestation n’était qu’une [TRADUCTION] « vague déclaration » faite par l’un d’eux.

[146] Il ne revient pas aux policiers de décider unilatéralement de retirer à un accusé les protections que lui confère l’art. 8 de la *Charte* en décidant qu’il est davantage dans l’intérêt de celui-ci d’effectuer le

constitutionally. It is true that the Crown led expert evidence to show that DNA evidence may begin to degrade in as little as five hours, but, notably, there was no evidence from the police that they were even aware of this information, let alone sought to act in accordance with it. But even if the police were concerned with obtaining the evidence within five hours, that time had already elapsed when they finally took the swab.

[147] But the most significant problem with this warrantless search is that it is by no means clear that obtaining a warrant for the genital swab was even legally available. There is no statutory authority in the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, for the issuance of a warrant in these circumstances.<sup>3</sup>

[148] Section 487.01 of the *Code* provides for the issuance of a general warrant, and expressly states that “[n]othing . . . shall be construed . . . to permit interference with the bodily integrity of any person” (s. 487.01(2)). Warrants for the taking of bodily samples for forensic DNA analysis are available under s. 487.05 of the *Code*. But warrants issued under this provision are limited to the investigative procedures in s. 487.06(1). *None* of the procedures set out in s. 487.06(1) includes conducting genital swabs.

[149] Taken together, we have circumstances that in my respectful view fall at the opposite end of the “good faith” continuum. The police officers failed to inquire and obtain the requisite information to establish reasonable and probable grounds that the evidence sought would still be present on Mr. Saeed’s genitals. They nevertheless proceeded to handcuff him to a pipe against a wall and deprive him of access to water or bathroom facilities. He was then instructed to expose the most private part of his body

<sup>3</sup> The relevant provisions are in an Appendix at the end of these reasons.

prélèvement rapidement que constitutionnellement. Il est vrai que le ministère public a présenté une preuve d’expert pour démontrer que la preuve génétique peut commencer à se dégrader en l’espace de cinq heures seulement, mais, fait à noter, les policiers n’ont soumis aucune preuve indiquant qu’ils étaient même au courant de cette donnée, et encore moins qu’ils avaient essayé d’agir en conséquence. Cependant, même si les policiers étaient préoccupés par la nécessité de recueillir les éléments de preuve dans les cinq heures ayant suivi la perpétration du crime, ce laps de temps s’était déjà écoulé lorsqu’ils ont finalement effectué le prélèvement.

[147] Toutefois, le problème le plus important que pose cette fouille sans mandat est qu’il est loin d’être évident qu’il était même légalement possible d’obtenir un mandat pour effectuer un prélèvement par écouvillonnage génital. Aucune disposition du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, ne confère le pouvoir de décerner un mandat dans de telles circonstances<sup>3</sup>.

[148] L’article 487.01 du *Code* pourvoit à la délivrance d’un mandat général, et énonce expressément que cette disposition « n’a pas pour effet de permettre de porter atteinte à l’intégrité physique d’une personne » (par. 487.01(2)). Les mandats visant le prélèvement d’échantillons de substances corporelles en vue d’effectuer une analyse génétique à des fins médicolécales peuvent être délivrés en vertu de l’art. 487.05 du *Code*. Cependant, ces mandats ne concernent que les méthodes d’enquête visées au par. 487.06(1), et *aucune* de ces méthodes n’a trait au prélèvement par écouvillonnage génital.

[149] À mon avis, prises ensemble, les circonstances de la présente espèce se situent à l’autre extrémité du continuum de la « bonne foi ». Les policiers n’ont ni cherché à obtenir ni obtenu les renseignements nécessaires pour établir qu’ils avaient des motifs raisonnables et probables de croire que les éléments de preuve recherchés se trouveraient toujours sur les organes génitaux de M. Saeed. Ils l’ont quand même menotté à un tuyau contre un mur et privé d’eau et d’accès à des toilettes. On lui

<sup>3</sup> Les dispositions pertinentes sont reproduites dans une annexe à la fin des présents motifs.

and swab it in front of two uniformed police officers. All of this occurred without Mr. Saeed's consent and without prior judicial authorization. And on top of this deliberate disregard for Mr. Saeed's s. 8 rights, is the fact that the *Criminal Code* appears not to countenance such searches at all.

[150] The next *Grant* question is the impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the accused, where we are to examine “the interests engaged by the infringed right and . . . the degree to which the violation impacted on those interests”: para. 77.

[151] This Court concluded in *Vancouver (City) v. Ward*, [2010] 2 S.C.R. 28, that “[s]trip searches are inherently humiliating and degrading *regardless of the manner in which they are carried out* and thus constitute significant injury to an individual's intangible interests”: para. 64 (emphasis added). Surely this means that the invasion of dignity and bodily integrity does not depend on whether, as the majority concludes, it is “penetrative”, painful or uncomfortable. What is a more private anatomical zone than the genital area?

[152] A genital swab does not just require the individual to expose his or her genitals to state scrutiny, it asks that individual to violate his or her own bodily integrity by collecting potentially self-incriminatory evidence from that most private of areas. The impact on Mr. Saeed's privacy interests is as profound as one can imagine, leaving far in its wake the prior “ultimate” baseline from *Stillman*.

[153] The third *Grant* factor is society's interest in an adjudication on the merits. This too is nuanced and multi-faceted: *R. v. Harrison*, [2009] 2 S.C.R. 494, at paras. 33-34. What is weighed in considering

a ensuite ordonné d'exposer la partie la plus intime de son corps et d'y faire un prélèvement par écouvillonnage devant deux policiers en uniforme. Tout cela a eu lieu sans le consentement de M. Saeed et sans autorisation judiciaire préalable. En plus de ce mépris délibéré des droits que l'art. 8 garantit à M. Saeed, il y a le fait que le *Code criminel* ne semble aucunement permettre de telles fouilles.

[150] La question suivante sur laquelle il faut se pencher conformément à l'arrêt *Grant* concerne l'incidence de la violation sur les droits garantis à l'accusé par la *Charte*, ce qui nécessite d'examiner « les intérêts protégés par le droit transgressé, puis [ . . . ] l'ampleur des conséquences de la violation sur ces intérêts » (par. 77).

[151] Dans *Vancouver (Ville) c. Ward*, [2010] 2 R.C.S. 28, notre Cour a conclu que « [l]es fouilles à nu sont fondamentalement humiliantes et avilissantes, *peu importe la manière dont elles sont effectuées* et constituent une atteinte importante aux intérêts intangibles de la personne » (par. 64 (italiques ajoutés)). Cela signifie certainement que l'atteinte à la dignité et à l'intégrité physique ne dépend pas, contrairement à ce qu'affirment les juges majoritaires, de la question de savoir si la fouille nécessite « l'introduction de quoi que ce soit dans le corps », si elle est douloureuse ou si elle est inconfortable. Existe-t-il une région du corps qui est plus intime que la région génitale?

[152] Un prélèvement par écouvillonnage génital ne nécessite pas seulement que la personne qui y est soumise expose ses organes génitaux aux autorités, mais aussi qu'elle viole sa propre intégrité physique en recueillant une preuve potentiellement auto-incriminante sur la partie de son corps la plus intime qui soit. On ne saurait imaginer impact plus profond sur les intérêts en matière de vie privée de M. Saeed, impact qui laisse loin derrière l'ancienne atteinte « la plus grave » établie dans *Stillman*.

[153] Le troisième facteur énoncé dans l'arrêt *Grant* est l'intérêt qu'a la société à ce que l'affaire soit jugée au fond. Il s'agit également d'un facteur nuancé qui comporte de multiples facettes (*R. c.*

this third factor is the seriousness of the offence, the reliability of the evidence and its importance to the Crown's case: *Grant*, at paras. 83-84.

[154] As the majority of this Court explained in *Grant*, the seriousness of the offence can be a relevant consideration at this stage of the analysis, but it points both towards inclusion and exclusion of the evidence. What is of utmost importance in weighing the third factor is the long-term reputation of the justice system:

In our view, while the seriousness of the alleged offence may be a valid consideration, it has the potential to cut both ways. Failure to effectively prosecute a serious charge due to excluded evidence may have an immediate impact on how people view the justice system. Yet . . . *it is the long-term repute of the justice system that is s. 24(2)'s focus*. As pointed out in *Burlingham*, [[1995] 2 S.C.R. 206,] the goals furthered by s. 24(2) “operate independently of the type of crime for which the individual stands accused” (para. 51). And as Lamer J. observed in *Collins*, [[1987] 1 S.C.R. 265,] “[t]he *Charter* is designed to protect the accused from the majority, so the enforcement of the *Charter* must not be left to that majority” (p. 282). The short-term public clamour for a conviction in a particular case must not deafen the s. 24(2) judge to the longer-term repute of the administration of justice. . . . *[W]hile the public has a heightened interest in seeing a determination on the merits where the offence charged is serious, it also has a vital interest in having a justice system that is above reproach, particularly where the penal stakes for the accused are high*. [Emphasis added; para. 84.]

[155] In Professor Hamish Stewart's view, “[t]his passage might well be interpreted as holding that although the seriousness of the offence enhances the public interest in a trial on the merits, it also enhances the disrepute associated with the admission of unconstitutionally obtained evidence; on this interpretation, in most cases, the seriousness of the offence will be a neutral factor”: “Section 24(2):

*Harrison*, [2009] 2 R.C.S. 494, par. 33-34). Dans l'examen de ce facteur, il faut prendre en compte la gravité de l'infraction, la fiabilité des éléments de preuve et leur importance pour la preuve du ministère public (*Grant*, par. 83-84).

[154] Comme l'ont expliqué les juges majoritaires de la Cour dans *Grant*, la gravité de l'infraction peut être un élément pertinent à ce stade de l'analyse, mais elle peut jouer autant en faveur de l'inclusion de la preuve que de son exclusion. La considération dont jouit à long terme le système de justice est de la plus haute importance lorsqu'il s'agit d'apprécier le troisième facteur :

Nous estimons pour notre part que [si la gravité de l'infraction reprochée] peut effectivement [constituer] un facteur valide, c'en est un qui peut jouer dans les deux sens. L'exclusion d'éléments de preuve qui empêche l'examen judiciaire d'une infraction grave peut avoir un effet immédiat sur la perception publique du système de justice, mais [. . .] *c'est la considération dont il jouit à long terme qui importe pour l'application du par. 24(2)*. Comme la Cour l'a indiqué dans *Burlingham*, [[1995] 2 R.C.S. 206,] les objectifs visés par le par. 24(2) « s'appliquent indépendamment du genre de crime reproché à l'accusé » (par. 51). Le juge Lamer a également fait remarquer, dans *Collins*, [[1987] 1 R.C.S. 265,] que « [l]a *Charte* vise à protéger l'accusé contre la majorité, donc la mise en application de la *Charte* ne doit pas être laissée à cette majorité » (p. 282). La clameur publique immédiate exigeant une condamnation ne doit pas faire perdre de vue au juge appelé à appliquer le par. 24(2) la réputation à plus long terme du système de justice. [. . .] *[S]i la gravité d'une infraction accroît l'intérêt du public à ce qu'il y ait un jugement au fond, l'intérêt du public en l'irréprochabilité du système de justice n'est pas moins vital, particulièrement lorsque l'accusé encourt de lourdes conséquences pénales*. [Italiques ajoutés; par. 84.]

[155] Selon le professeur Hamish Stewart, [TRADUCTION] « [O]n peut fort bien considérer que ce passage signifie que, bien que la gravité de l'infraction accroisse l'intérêt du public à ce que l'affaire soit jugée au fond, elle accroît également la déconsidération liée à l'utilisation d'éléments de preuve obtenus inconstitutionnellement; suivant cette interprétation, la gravité de l'infraction sera, dans la plupart des

Before and After *Grant*” (2011), 15 *Can. Crim. L.R.* 253, at p. 257; see also p. 262; *R. v. Côté*, [2011] 3 S.C.R. 215, at para. 53.

[156] The view in *Grant* was reiterated in *Harrison*, where the Court said, “the public . . . has a vital interest in a justice system that is beyond reproach, particularly where the penal stakes for the accused are high”: para. 34. Later, in *Côté*, a majority of this Court noted:

The seriousness of the offence . . . has the potential to “cut both ways” and will not always weigh in favour of admission (*Grant*, at para. 84). While society has a greater interest in seeing a serious offence prosecuted, it has an equivalent interest in ensuring that the judicial system is above reproach, particularly when the stakes are high for the accused person. [para. 53]

(See also *Spencer*, at paras. 79-80, and *Taylor*, at para. 38.)

[157] And although the reliability of the evidence and its importance to the Crown’s case are relevant, bodily evidence will be excluded, the majority of this Court said in *Grant*, “where an intrusion on bodily integrity is deliberately inflicted and the impact on the accused’s . . . bodily integrity and dignity is high . . . notwithstanding its relevance and reliability”: para. 111.

[158] These passages from *Grant* and *Harrison* are clear that, at the very least, the seriousness of the offence should have a limited role in the third stage of the *Grant* test, as it had in *Morelli*. Mr. Morelli was charged with possession of child pornography. The evidence was obtained through an improperly obtained search warrant. A majority of the Court found that Mr. Morelli’s s. 8 rights had been violated. Without the evidence, the Crown had no case. Nevertheless, even though the police did not breach the accused’s rights intentionally, the Court excluded the evidence, stating that “we are required by *Grant* to bear in mind the long-term and prospective repute

cas, un facteur neutre » (« Section 24(2) : Before and After *Grant* » (2011), 15 *Rev. can. D.P.* 253, p. 257; voir aussi p. 262; *R. c. Côté*, [2011] 3 R.C.S. 215, par. 53).

[156] Le point de vue exposé dans *Grant* a été repris dans l’arrêt *Harrison*, où la Cour déclare que « le public a [. . .] un intérêt vital à ce que le système de justice soit irréprochable, particulièrement lorsque l’accusé encourt de lourdes conséquences pénales » (par. 34). Plus tard, dans *Côté*, les juges majoritaires de notre Cour ont souligné ce qui suit :

La gravité de l’infraction est [. . .] susceptible de « jouer dans les deux sens » et ne milite pas toujours en faveur de l’utilisation de la preuve (*Grant*, par. 84). La société a certes grandement intérêt à ce qu’une affaire de crime grave soit jugée au fond, mais elle a un intérêt tout aussi important à ce que le système de justice demeure à l’abri de tout reproche, particulièrement lorsque l’accusé encourt de lourdes conséquences pénales. [par. 53]

(Voir également *Spencer*, par. 79-80, et *Taylor*, par. 38.)

[157] En outre, bien que la fiabilité des éléments de preuve et leur importance pour la preuve du ministère public constituent des considérations pertinentes, la Cour a affirmé à la majorité dans l’arrêt *Grant* que les éléments de preuve corporelle seront écartés « en dépit de leur pertinence et de leur fiabilité lorsque l’atteinte à l’intégrité corporelle est délibérée et a des effets importants sur [. . .] l’intégrité corporelle et la dignité de l’accusé » (par. 111).

[158] Ces passages des arrêts *Grant* et *Harrison* montrent clairement que la gravité de l’infraction devrait jouer, à tout le moins, un rôle limité à la troisième étape de l’analyse de l’arrêt *Grant*, comme cela fut le cas dans *Morelli*. M. Morelli avait été accusé de possession de pornographie juvénile. Les éléments de preuve avaient été recueillis au moyen d’un mandat de perquisition obtenu irrégulièrement. La Cour a conclu à la majorité que les droits que l’art. 8 garantit à M. Morelli avaient été violés. Sans ces éléments, le ministère public ne disposait d’aucune preuve. Néanmoins, bien que la police n’ait pas intentionnellement porté atteinte aux droits de

of the administration of justice, focussing less on the particular case than on the impact over time of admitting the evidence obtained by infringement of the constitutionally protected rights of the accused”: para. 108. Similarly, in *Taylor* this Court excluded blood samples despite the fact that they were “reliable and key to the case” because they were taken in breach of the accused’s s. 8 rights: para. 38. And, it bears noting, this Court in *Stillman* and *Côté*, both murder cases, excluded the evidence.

[159] David M. Paciocco has expressed concern, however, that notwithstanding this Court’s clear direction on how to apply the third *Grant* factor, courts have been overly focused on the seriousness of the offence resulting in unduly favouring the inclusion of evidence:

We have struggled to maintain a meaningful purposive approach to s. 24(2) and we have struggled to maintain doctrinal consistency between it and related constitutional remedies. The truth is that the fortunes of the exclusionary remedy have at times been driven more by the politics of exclusion than the pursuit of remedial purpose. Principles do not perform their usual role of directing conclusions; instead they are selected from time to time to explain policy choices that have been made.

(“Section 24(2): Lottery or Law — The Appreciable Limits of Purposive Reasoning” (2011), 58 *C.L.Q.* 15, at p. 16)

[160] One empirical analysis of 100 cases applying the *Grant* framework from 2010 demonstrated that at the very least there was some confusion in how to interpret the third factor:

l’accusé, la Cour a écarté les éléments preuve en question, et souligné que « nous devons, comme nous y oblige l’arrêt *Grant*, tenir compte des répercussions à long terme sur la considération dont jouit l’administration de la justice. Ainsi nous devons porter notre regard davantage sur l’incidence future que risque d’avoir l’admission de la preuve obtenue en violation des droits constitutionnels de l’accusé que sur l’affaire en cause » (par. 108). De même, dans *Taylor*, la Cour a exclu des échantillons de sang en dépit du fait qu’il s’agissait d’une preuve « fiable et déterminante pour l’issue de l’affaire », car ceux-ci avaient été prélevés en violation des droits garantis à l’accusé par l’art. 8 (par. 38). De plus, il convient de noter que, dans *Stillman* et *Côté*, deux affaires de meurtre, notre Cour a écarté la preuve.

[159] David M. Paciocco s’est toutefois dit préoccupé par le fait que, en dépit des directives claires de notre Cour sur la manière d’appliquer le troisième facteur de *Grant*, les tribunaux s’attachent trop à la gravité de l’infraction, favorisant ainsi indûment l’inclusion de la preuve :

[TRADUCTION] On s’efforce tant bien que mal de maintenir une interprétation téléologique utile du par. 24(2), ainsi que la cohésion sur le plan théorique entre cette interprétation et les réparations constitutionnelles connexes. La réalité est qu’à certains moments, le sort de la réparation consistant à écarter certains éléments de preuve a été dicté davantage par les aspects politiques de l’exclusion de la preuve que par la poursuite d’un objectif réparateur. Les principes ne jouent pas leur rôle habituel, à savoir orienter les conclusions; ils sont plutôt choisis, de temps à autre, afin d’expliquer certains choix stratégiques ayant été faits.

(« Section 24(2) : Lottery or Law — The Appreciable Limits of Purposive Reasoning » (2011), 58 *C.L.Q.* 15, p. 16)

[160] Une analyse empirique de 100 décisions dans lesquelles les tribunaux ont appliqué le cadre établi dans *Grant* à compter de 2010 a démontré qu’il existait à tout le moins une certaine confusion quant à la manière d’interpréter le troisième facteur :



With respect to classification of the third *Grant* factor — society’s interest in adjudication on the merits — much more interpretive discretion was exercised. Courts do not seem to coherently or uniformly write about this factor. . . . It is difficult to extract meaningful conclusions about the data from the third factor, since courts are considering the factor in different ways. Theoretically, the factor should always be high: society always has a high interest in seeing a case adjudicated on its merits. It is unclear, however, how courts are actually “balancing” this abstract, largely unquantifiable factor alongside the first two *Grant* factors, and how they are assessing this factor in cases where unreliable evidence is being considered, or where evidence that is not central to the case is being considered.

(Mike Madden, “Marshalling the Data: An Empirical Analysis of Canada’s Section 24(2) Case Law in the Wake of *R. v. Grant*” (2011), 15 *Can. Crim. L.R.* 229, at p. 236)

[161] Ultimately, based on his empirical analysis of the jurisprudence, Madden concluded that “courts at all levels seem to have ignored or departed from fairly clear suggestions that were laid down by the SCC in *Grant*”: p. 250.

[162] Another empirical study of the post-*Grant* s. 24(2) jurisprudence reached similar conclusions: Justin Milne, “Exclusion of Evidence Trends post *Grant*: Are Appeal Courts Deferring to Trial Judges?” (2015), 19 *Can. Crim. L.R.* 373. Milne looked at 60 appellate court decisions from 2011 to 2015 reviewing trial judges’ application of *Grant*, to see whether appellate courts were deferring to the *Grant* analyses by trial judges. He found that despite this Court’s strong endorsement of deference to trial judges’ *Grant* analyses in *Côté*, there was no change in the levels of deference shown. Moreover, he found that appellate courts across Canada were more likely to defer to trial judges’ analyses when evidence had been admitted and the offence was serious. He also found that appellate judges who did not show deference frequently interfered with the

[TRANSLATION] En ce qui concerne la classification du troisième facteur de *Grant* — l’intérêt de la société à ce que l’affaire soit jugée au fond —, les tribunaux ont exercé un plus grand pouvoir discrétionnaire dans son interprétation. Ils ne semblent pas exprimer des points de vue cohérents ou uniformes au sujet de ce facteur. [. . .] Il est difficile de tirer des conclusions significatives à l’égard des données relatives au troisième facteur, étant donné que les tribunaux prennent ce facteur en considération de différentes façons. Théoriquement, il devrait toujours se voir accorder une importance élevée : la société a toujours grandement intérêt à ce qu’une affaire soit jugée sur le fond. Toutefois, il est difficile de dire comment, concrètement, les tribunaux « mettent en balance » ce facteur abstrait et dans une large mesure non quantifiable avec les deux autres facteurs de l’arrêt *Grant*, et comment ils évaluent ce facteur lorsque des éléments de preuve non fiables ou des éléments de preuve non cruciaux pour l’instance sont examinés.

(Mike Madden, « Marshalling the Data : An Empirical Analysis of Canada’s Section 24(2) Case Law in the Wake of *R. v. Grant* » (2011), 15 *Rev. can. D.P.* 229, p. 236)

[161] En définitive, en se fondant sur son analyse empirique de la jurisprudence, M. Madden a conclu que [TRANSLATION] « les tribunaux de tous les niveaux semblent avoir fait abstraction ou s’être écartés des suggestions passablement claires formulées par la CSC dans *Grant* » (p. 250).

[162] Des conclusions semblables ont été tirées dans une autre étude empirique de la jurisprudence relative au par. 24(2) postérieure à l’arrêt *Grant* (Justin Milne, « Exclusion of Evidence Trends post *Grant* : Are Appeal Courts Deferring to Trial Judges? » (2015), 19 *Rev. can. D.P.* 373). M. Milne a examiné 60 décisions de cours d’appel — rendues de 2011 à 2015 et portant sur l’application de l’arrêt *Grant* par des juges de première instance — en vue de déterminer si les cours d’appel faisaient montre de déférence à l’égard des analyses de ces juges basées sur *Grant*. Il a conclu que, bien que dans *Côté* notre Cour ait fortement encouragé l’adoption d’une attitude déférente à l’égard des analyses fondées sur l’arrêt *Grant* effectuées par les juges de première instance, le niveau de déférence accordé n’avait pas changé. De plus, il a constaté que les

trial judge's findings at each stage of the *Grant* analysis: p. 375.

[163] The case before us provides an opportunity to confirm the Court's guidance in *Grant* and *Harrison*.

[164] The trial judge relied on the seriousness of the offence at the third stage to counter the "serious" breach of Mr. Saeed's rights. She acknowledged that "[t]here are certainly dangers to the repute of the justice system in admitting this evidence", but did not elaborate on what those dangers were. Nor did she refer to society's heightened interest in protecting the *Charter* rights of those who are accused of serious offences. By failing to consider a relevant factor in the analysis, her analysis is subject to reassessment by this Court: *Côté*, at para. 87.

[165] Even though the DNA evidence is reliable and important to the Crown's case, it is not necessarily vital. Another witness provided eyewitness testimony identifying Mr. Saeed as the perpetrator and, as was noted by the trial judge, S's evidence was strongly corroborated by the fact that she was able to guide the police to Mr. Saeed's apartment.

[166] But whether or not there is other available evidence, the reputation of the justice system weighs against admission of the evidence. The police arrested, released, and re-arrested Mr. Saeed, handcuffed him to a pipe in a dry cell, and, without taking any steps either to obtain a warrant or a telewarrant, proceeded to conduct a genital swab for the purposes of obtaining DNA evidence. The law is clear that judicial authorization is required

cours d'appel canadiennes étaient plus enclines à faire preuve de déférence à l'égard de l'analyse réalisée en première instance lorsque les éléments de preuve avaient été utilisés et que l'infraction reprochée était grave. Il a ajouté que les juges d'appel qui n'adoptaient pas une attitude déférente intervenaient fréquemment à chacune des étapes de l'analyse fondée sur *Grant* (p. 375).

[163] Le présent pourvoi nous offre la possibilité de confirmer les directives énoncées par notre Cour dans *Grant* et *Harrison*.

[164] La juge du procès a invoqué la gravité de l'infraction à la troisième étape de l'analyse pour faire contrepoids à la « grave » violation des droits de M. Saeed. Elle a reconnu que [TRADUCTION] « l'utilisation de ces éléments de preuve comportait certes certains risques d'atteinte à la considération dont jouit le système de justice », mais elle n'a pas précisé en quoi consistaient ces risques. Elle n'a pas non plus fait mention de l'intérêt élevé qu'a la société à protéger les droits que garantit la *Charte* aux personnes accusées d'une infraction grave. Comme la juge a omis de tenir compte d'un facteur pertinent, son analyse peut être réexaminée par la Cour (*Côté*, par. 87).

[165] Bien qu'elle soit fiable et importante pour la preuve du ministère public, la preuve génétique n'est pas nécessairement cruciale. Un autre témoin — un témoin oculaire — a identifié M. Saeed dans sa déposition comme étant l'auteur du crime, et, comme l'a souligné la juge du procès, le témoignage de S était largement corroboré par le fait que cette dernière avait été en mesure d'indiquer aux policiers où se trouvait l'appartement de M. Saeed.

[166] Mais qu'il existe ou non d'autres éléments de preuve, la considération reconnue au système de justice milite contre l'utilisation de la preuve en l'espèce. Les policiers ont arrêté, remis en liberté puis arrêté de nouveau M. Saeed, ils l'ont menotté à un tuyau dans une cellule sèche et, sans faire aucune démarche afin d'obtenir un mandat ou un télémandat, ils ont procédé à un prélèvement par écouvillonnage génital pour obtenir une preuve

to conduct invasive searches with a view to obtaining bodily samples. The police's unjustified and unexplained avoidance of this requirement weighs against admissibility. So does their disregard for the likelihood that a warrant was not even available for such intrusive searches.

[167] Put another way, the deliberate failure to consider a warrant in the absence of exigent circumstances is, at its best, careless; ignoring the legal possibility that under Canadian law the police were not even entitled to take a penile swab, is fatal.

[168] In these circumstances, based on public confidence in the integrity of the justice system, I would exclude the evidence and order a new trial.

## APPENDIX

### Information for general warrant

**487.01 (1)** A provincial court judge, a judge of a superior court of criminal jurisdiction or a judge as defined in section 552 may issue a warrant in writing authorizing a peace officer to, subject to this section, use any device or investigative technique or procedure or do any thing described in the warrant that would, if not authorized, constitute an unreasonable search or seizure in respect of a person or a person's property if

(a) the judge is satisfied by information on oath in writing that there are reasonable grounds to believe that an offence against this or any other Act of Parliament has been or will be committed and that information concerning the offence will be obtained through the use of the technique, procedure or device or the doing of the thing;

(b) the judge is satisfied that it is in the best interests of the administration of justice to issue the warrant; and

génétique. Le droit est clair : une autorisation judiciaire est nécessaire pour pouvoir effectuer des fouilles envahissantes en vue d'obtenir des échantillons de substances corporelles. L'omission non justifiée et inexplicquée des policiers de respecter cette exigence milite contre l'utilisation de la preuve, tout comme le fait que ces derniers ont négligé de considérer qu'il puisse même ne pas être possible d'obtenir un mandat pour effectuer de telles fouilles.

[167] Autrement dit, l'omission délibérée d'envisager l'obtention d'un mandat vu l'absence de situation d'urgence constitue, au mieux, de l'insouciance; le fait d'avoir négligé la possibilité qu'en droit canadien les policiers n'étaient même pas autorisés à obtenir un prélèvement par écouvillonnage du pénis est fatal.

[168] Dans ces circonstances, vu l'importance de maintenir la confiance du public dans l'intégrité du système de justice, j'écarterais les éléments de preuve en cause et j'ordonnerais la tenue d'un nouveau procès.

## ANNEXE

### Dénonciation pour mandat général

**487.01 (1)** Un juge de la cour provinciale, un juge de la cour supérieure de juridiction criminelle ou un juge au sens de l'article 552 peut décerner un mandat par écrit autorisant un agent de la paix, sous réserve du présent article, à utiliser un dispositif ou une technique ou une méthode d'enquête, ou à accomplir tout acte qui y est mentionné, qui constituerait sans cette autorisation une fouille, une perquisition ou une saisie abusive à l'égard d'une personne ou d'un bien :

a) si le juge est convaincu, à la suite d'une dénonciation par écrit faite sous serment, qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une infraction à la présente loi ou à toute autre loi fédérale a été ou sera commise et que des renseignements relatifs à l'infraction seront obtenus grâce à une telle utilisation ou à l'accomplissement d'un tel acte;

b) s'il est convaincu que la délivrance du mandat servirait au mieux l'administration de la justice;

(c) there is no other provision in this or any other Act of Parliament that would provide for a warrant, authorization or order permitting the technique, procedure or device to be used or the thing to be done.

### Limitation

(2) Nothing in subsection (1) shall be construed as to permit interference with the bodily integrity of any person.

### Information for warrant to take bodily substances for forensic DNA analysis

**487.05 (1)** A provincial court judge who on *ex parte* application made in Form 5.01 is satisfied by information on oath that there are reasonable grounds to believe

- (a) that a designated offence has been committed,
- (b) that a bodily substance has been found or obtained
  - (i) at the place where the offence was committed,
  - (ii) on or within the body of the victim of the offence,
  - (iii) on anything worn or carried by the victim at the time when the offence was committed, or
  - (iv) on or within the body of any person or thing or at any place associated with the commission of the offence,
- (c) that a person was a party to the offence, and
- (d) that forensic DNA analysis of a bodily substance from the person will provide evidence about whether the bodily substance referred to in paragraph (b) was from that person

and who is satisfied that it is in the best interests of the administration of justice to do so may issue a warrant in

c) s'il n'y a aucune disposition dans la présente loi ou toute autre loi fédérale qui prévoit un mandat, une autorisation ou une ordonnance permettant une telle utilisation ou l'accomplissement d'un tel acte.

### Limite

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet de permettre de porter atteinte à l'intégrité physique d'une personne.

### Mandat relatif aux analyses génétiques

**487.05 (1)** Sur demande *ex parte* présentée selon la formule 5.01, un juge de la cour provinciale peut délivrer un mandat — rédigé selon la formule 5.02 — autorisant le prélèvement en conformité avec le paragraphe 487.06(1), pour analyse génétique, du nombre d'échantillons de substances corporelles d'une personne jugé nécessaire à cette fin, s'il est convaincu, à la suite d'une dénonciation faite sous serment, que cela servirait au mieux l'administration de la justice et qu'il existe des motifs raisonnables de croire :

- a) qu'une infraction désignée a été perpétrée;
- b) qu'une substance corporelle a été trouvée ou recueillie;
  - (i) sur le lieu de l'infraction,
  - (ii) sur la victime ou à l'intérieur du corps de celle-ci,
  - (iii) sur ce qu'elle portait ou transportait lors de la perpétration de l'infraction,
  - (iv) sur une personne ou à l'intérieur du corps d'une personne, sur une chose ou à l'intérieur d'une chose ou en des lieux, liés à la perpétration de l'infraction;
- c) que la personne a participé à l'infraction;
- d) que l'analyse génétique de la substance corporelle prélevée apportera des preuves selon lesquelles la substance corporelle visée à l'alinéa b) provient ou non de cette personne.

Form 5.02 authorizing the taking, from that person, for the purpose of forensic DNA analysis, of any number of samples of one or more bodily substances that is reasonably required for that purpose, by means of the investigative procedures described in subsection 487.06(1).

### Investigative procedures

**487.06 (1)** A peace officer or a person acting under a peace officer's direction is authorized by a warrant issued under section 487.05, an order made under section 487.051 or an authorization granted under section 487.055 or 487.091 to take samples of bodily substances by any of the following means:

- (a) the plucking of individual hairs from the person, including the root sheath;
- (b) the taking of buccal swabs by swabbing the lips, tongue and inside cheeks of the mouth to collect epithelial cells; or
- (c) the taking of blood by pricking the skin surface with a sterile lancet.

*Appeal dismissed, ABELLA J. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Royal & Company, Edmonton; Conor Davis, Edmonton.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Alberta, Edmonton.*

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

*Solicitor for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police: Edmonton Police Service, Edmonton.*

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Abergel Goldstein & Partners, Ottawa.*

### Prélèvements

**487.06 (1)** Le mandat délivré en vertu de l'article 487.05, l'ordonnance rendue en vertu de l'article 487.051 ou l'autorisation délivrée en vertu des articles 487.055 ou 487.091 autorise l'agent de la paix — ou toute personne agissant sous son autorité — à obtenir des échantillons de substances corporelles de l'intéressé par prélèvement :

- a) de cheveux ou de poils comportant la gaine épithéliale;
- b) de cellules épithéliales par écouvillonnage des lèvres, de la langue ou de l'intérieur des joues;
- c) de sang au moyen d'une piqûre à la surface de la peau avec une lancette stérilisée.

*Pourvoi rejeté, la juge ABELLA est dissidente.*

*Procureurs de l'appelant : Royal & Company, Edmonton; Conor Davis, Edmonton.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.*

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

*Procureur de l'intervenante l'Association canadienne des chefs de police : Edmonton Police Service, Edmonton.*

*Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Abergel Goldstein & Partners, Ottawa.*