



**Canada
Supreme Court
Reports**

**Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada**

Part 1, 2022 Vol. 1

1^{er} cahier, 2022 Vol. 1

Cited as [2022] 1 S.C.R. 3-282

Renvoi [2022] 1 R.C.S. 3-282

Published pursuant to the Supreme Court Act by / Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

CHANTAL CARBONNEAU
Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiŕiste en chef
GENEVIÈVE DOMEY

Senior Counsel / Avocate-conseil
EMILY K. MOREAU

MARYAM ARZANI	Legal Counsel / Conseillers juridiques	JACQUELINE STENCEL
AUDREY-ANNE BERGERON	ANDRÉ GOLDENBERG	ANDREA SUURLAND
LAURENCE CARON	LEE ANN GORMAN	LESLI TAKAHASHI
VALERIE DESJARLAIS	LAUREN KOSHURBA	CAMERON TAYLOR
ANNE DES ORMEAUX	KAREN LEVASSEUR	DIANE THERRIEN
	IDA SMITH	

Chief, Jurilinguistic Services / Chef du service jurilinguistique
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

DAVID AUBRY	Jurilinguists / Jurilinguistes	AUDRA POIRIER
STÉPHANIE-CLAUDE BOUCHARD	MARIE-CHRISTIANE BOUCHER	MARIE RODRIGUE
	JULIE BOULANGER	
	LAURENCE ENDALE	

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
PETER O'DOHERTY

Technical Revisors / Réviseurs techniques	
CATHERINE BALOGH	SAMUEL DUVAL
MYRIAM DUMAIS-DESROSIERS	CHARLOTTE LAFONTAINE-DESPRÉS

Administrative Support Officer / Agente au soutien administratif
KATHERINE LAURIN

Administrative Assistants / Adjoints administratifs	
SÉBASTIEN GAGNÉ	KATHIA SÉGUIN

Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Library, Supreme Court of Canada, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 0J1, together with the old address.

Les abonnés du Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent signaler tout changement d'adresse à Bibliothèque, Cour suprême du Canada, Ottawa (Ontario) Canada, K1A 0J1, en indiquant l'ancienne adresse.

Canada
Supreme Court
Reports

Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada

Volume 1, 2022

1^{er} volume, 2022

CONTENTS

R. v. Ali	3
Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Search incident to arrest — Strip search of accused resulting in seizure of cocaine — Trial judge finding that strip search justified and admitting evidence found during search — Accused convicted of possession of cocaine for purpose of trafficking — Court of Appeal holding that there was sufficient evidence to justify trial judge’s finding that there were reasonable and probable grounds for strip search and affirming conviction — Conviction upheld.	
R. v. Boulanger	9
Constitutional law — Charter of Rights — Right to be tried within reasonable time — Framework set out in Jordan for determining infringement of s. 11(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms applied — Characterization of two particular delays — Stay of proceedings entered by trial judge upheld.	
R. v. Ste-Marie	14
Constitutional law — Charter of Rights — Right to be tried within reasonable time — Re-examination of unreasonableness of delays on appeal — Transitional exceptional circumstance — Trial judge holding that accused’s right to be tried within reasonable time had been infringed but that stay of proceedings was not appropriate remedy because accused had not been prejudiced by delay — Court of Appeal setting aside convictions and entering stay of proceedings after declining to review trial judge’s assessment of delays — Stay of proceedings set aside.	
R. v. A.E.	20
Criminal law — Sexual assault — Consent — Accused charged with sexual assault and sexual assault with weapon after they both engaged in group sexual activity with complainant and other individual — Trial judge rejecting complainant’s evidence that she did not consent to sexual activity and acquitting both accused of sexual assault charges but convicting one accused of sexual assault with weapon charge on basis that complainant did not consent to use of weapon — Court of Appeal setting aside acquittals	

Continued on next page

SOMMAIRE

R. c. Ali	3
Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Fouille accessoire à une arrestation — Fouille à nu de l’accusé entraînant la saisie de cocaïne — Décision de la juge du procès concluant au caractère justifié de la fouille à nu et admettant la preuve recueillie durant la fouille — Accusé déclaré coupable de possession de cocaïne en vue d’en faire le trafic — Arrêt de la Cour d’appel portant qu’il y avait suffisamment d’éléments de preuve justifiant la conclusion de la juge du procès selon laquelle il existait des motifs raisonnables et probables de procéder à la fouille à nu et maintenant la déclaration de culpabilité — Déclaration de culpabilité confirmée.	
R. c. Boulanger	9
Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Application du cadre énoncé dans l’arrêt Jordan pour établir s’il y a eu violation de l’art. 11b) de la Charte canadienne des droits et libertés — Qualification de deux délais particuliers — Arrêt des procédures ordonné par le juge de première instance confirmé.	
R. c. Ste-Marie	14
Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Réexamen du caractère déraisonnable des délais en appel — Mesure transitoire exceptionnelle — Conclusion du juge de première instance portant que le droit des accusés d’être jugés dans un délai raisonnable a été violé, mais que l’arrêt des procédures n’est pas une réparation appropriée puisque le délai n’a pas porté préjudice aux accusés — Annulation par la Cour d’appel des déclarations de culpabilité et arrêt des procédures ordonné suite au refus de la Cour d’appel de revoir l’évaluation des délais faite par le juge de première instance — Arrêt des procédures annulé.	
R. c. A.E.	20
Droit criminel — Agression sexuelle — Consentement — Accusés inculpés d’agression sexuelle et d’agression sexuelle armée après s’être tous deux livrés à une activité sexuelle de groupe avec la plaignante et une autre personne — Juge du procès rejetant le témoignage de la plaignante selon lequel elle n’avait pas consenti à l’activité sexuelle et acquittant les deux accusés des accusations d’agression sexuelle, mais déclarant l’un d’eux coupable d’agression sexuelle armée au motif que	

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

and entering convictions for sexual assault — Convictions upheld.

Criminal law — Appeals — Powers of Court of Appeal — Substituted conviction — Accused acquitted of sexual assault charges at trial — Court of Appeal setting aside acquittals and entering convictions — Substituted convictions permitted — Convictions upheld — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(4)(b)(ii).

R. v. Brunelle 25

Criminal law — Appeals — Unreasonable verdict — Evidence — Trial judge finding that accused did not act in self-defence when he stabbed complainant during altercation following collision between their vehicles — Accused convicted of aggravated assault, assault with weapon and possession of weapon for purpose dangerous to public peace — Majority of Court of Appeal setting aside guilty verdicts and ordering new trial on ground that trial judge drew improper inference from evidence in analyzing second criterion for self-defence — Dissenting judge concluding that trial judge's finding was supported by evidence and involved no palpable and overriding error — Convictions restored.

Anderson v. Alberta 29

Civil procedure — Costs — Advance costs — Requirement of impecuniosity — First Nation government applying for advance costs to fund litigation concerning treaty rights — Whether impecuniosity requirement can be met where applicant has access to financial resources that could fund litigation but claims that it must devote resources to other priorities.

R. v. White..... 64

Criminal law — Trial — Ineffective assistance of counsel — Election as to mode of trial — Accused convicted of several offences at trial before provincial court judge — Accused appealing convictions on basis that representation by trial counsel was ineffective as counsel failed to obtain accused's informed instructions regarding election as to mode of trial — Majority of Court of Appeal holding that

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

la plaignante n'avait pas consenti à l'utilisation d'une arme — Annulation des acquittements par la Cour d'appel et inscription par celle-ci de déclarations de culpabilité pour agression sexuelle — Déclarations de culpabilité confirmées.

Droit criminel — Appels — Pouvoirs de la Cour d'appel — Substitution d'une déclaration de culpabilité à un acquittement — Accusés acquittés des accusations d'agression sexuelle au procès — Annulation des acquittements par la Cour d'appel et inscription par celle-ci de déclarations de culpabilité — Substitution des déclarations de culpabilité aux acquittements permise — Déclarations de culpabilité confirmées — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 686(4)(b)(ii).

R. c. Brunelle 25

Droit criminel — Appels — Verdict déraisonnable — Preuve — Conclusion de la juge du procès portant que l'accusé n'a pas agi en légitime défense lorsqu'il a poignardé le plaignant lors d'une échauffourée faisant suite à un accrochage entre leurs véhicules — Accusé déclaré coupable de voies de fait graves, de voies de fait armées et de possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique — Verdicts de culpabilité annulés et nouveau procès ordonné par les juges majoritaires de la Cour d'appel au motif que la juge du procès a tiré une inférence inappropriée de la preuve lors de son analyse du deuxième critère de la légitime défense — Décision du juge dissident portant que la conclusion de la juge du procès trouve appui dans la preuve et est exempte d'erreur manifeste et déterminante — Déclarations de culpabilité rétablies.

Anderson c. Alberta 29

Procédure civile — Dépens — Provisions pour frais — Condition d'impecuniosité — Gouvernement d'une Première Nation sollicitant une provision pour frais pour financer une poursuite concernant des droits issus de traités — Peut-il être satisfait à la condition d'impecuniosité lorsque le demandeur a accès à des ressources financières susceptibles de servir à financer un litige, mais prétend qu'il doit consacrer ces ressources à d'autres priorités?

R. c. White..... 64

Droit criminel — Procès — Assistance ineffective de l'avocat — Choix du mode de procès — Accusé déclaré coupable de plusieurs infractions à son procès devant un juge de la Cour provinciale — Appel formé par l'accusé contre les déclarations de culpabilité au motif que son avocat au procès l'aurait représenté de manière ineffective en omettant d'obtenir de sa part des instructions éclairées

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

failure of trial counsel to obtain informed instructions regarding mode of trial undermined fairness of proceedings and resulted in miscarriage of justice — Court of Appeal setting aside convictions and ordering new trial — No miscarriage of justice.

R. v. Pope..... 69

Criminal law — Charge to jury — Manslaughter — Accused charged with second degree murder — Trial judge instructing jury on second degree murder and included offence of manslaughter — Jury finding accused guilty of second degree murder — Accused appealing conviction on basis that jury not properly instructed on manslaughter — Majority of Court of Appeal holding that trial judge erred by failing to properly instruct jury on manslaughter as he did not explain difference between murder and manslaughter with sufficient clarity, particularly regarding the question of intent — Majority quashing conviction and ordering new trial — Dissenting judge finding that trial judge's instructions sufficient on elements of manslaughter — Order for new trial upheld.

R. v. Samaniego 71

Criminal law — Trial — Evidence — Admissibility — Cross-examination — Intervention by trial judge — Scope of trial management power — Curtailment of four lines of questioning by trial judge during cross-examination of Crown witness by accused's counsel — Whether trial judge's rulings were proper exercise of trial management power — Whether trial judge erred in curtailing cross-examination — If so, whether curative proviso applies — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. v. Vallières..... 144

Criminal law — Sentencing — Fine in lieu of order for forfeiture of property that is proceeds of crime — Discretion of court — Amount of fine — Whether court has discretion to limit amount of fine in lieu to profit made by offender

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

quant au choix du mode de procès — Conclusion des juges majoritaires de la Cour d'appel portant que l'omission de l'avocat au procès d'obtenir des instructions éclairées sur le choix du mode de procès a compromis l'équité de celui-ci et a entraîné une erreur judiciaire — Annulation par la Cour d'appel des déclarations de culpabilité et nouveau procès ordonné par cette dernière — Aucune erreur judiciaire.

R. c. Pope..... 69

Droit criminel — Exposé au jury — Homicide involontaire coupable — Accusé inculpé de meurtre au deuxième degré — Directives données au jury par le juge du procès relativement au meurtre au deuxième degré et à l'infraction incluse d'homicide involontaire coupable — Accusé déclaré coupable par le jury de meurtre au deuxième degré — Appel formé par l'accusé contre la déclaration de culpabilité au motif que le jury n'a pas reçu de directives appropriées concernant l'homicide involontaire coupable — Conclusion des juges majoritaires de la Cour d'appel portant que le juge du procès a fait erreur en ne donnant pas au jury de directives appropriées relativement à l'homicide involontaire coupable en ce qu'il n'a pas expliqué avec suffisamment de clarté la différence entre le meurtre et l'homicide involontaire coupable, particulièrement en ce qui concerne la question de l'intention — Annulation par les juges majoritaires de la déclaration de culpabilité et nouveau procès ordonné par ceux-ci — Conclusion du juge dissident portant que le juge du procès a donné des directives suffisantes à l'égard des éléments de l'homicide involontaire coupable — Ordonnance intimant la tenue d'un nouveau procès confirmée.

R. c. Samaniego 71

Droit criminel — Procès — Preuve — Admissibilité — Contre-interrogatoire — Intervention par la juge du procès — Portée du pouvoir de gestion de l'instance — Quatre lignes d'interrogatoire restreintes par la juge du procès durant le contre-interrogatoire d'un témoin de la Couronne par l'avocate de l'accusé — Les décisions de la juge du procès étaient-elles le fruit d'un exercice approprié du pouvoir de gestion de l'instance? — La juge du procès a-t-elle commis une erreur en restreignant le contre-interrogatoire? — Si oui, la disposition réparatrice s'applique-t-elle? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

R. c. Vallières 144

Droit criminel — Détermination de la peine — Amende en remplacement d'une ordonnance de confiscation de biens qui constituent des produits de la criminalité — Pouvoir discrétionnaire du tribunal — Montant de l'amende — Un

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

from their criminal activities — Whether value of property that is proceeds of crime may be apportioned between co-accused — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 462.37(3).

R. v. Stairs..... 169

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Search incident to arrest — Police arresting accused in basement of his home following report of domestic violence — Police conducting clearing search of basement living room after arrest and finding methamphetamine — Accused convicted of possession of controlled substance for purpose of trafficking — Whether common law standard for search incident to arrest should be modified when search conducted in home — Whether clearing search of basement living room was lawful search incident to arrest — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

R. v. Tim..... 234

Constitutional law — Charter of Rights — Arbitrary detention — Search and seizure — Remedy — Exclusion of evidence — Police arresting accused for possession of controlled substance based on mistake of law about pill in accused's possession being controlled substance — Police subsequently conducting searches of accused and his car and finding drugs, ammunition and handgun — Whether arrest and subsequent searches infringed accused's rights against arbitrary detention and unreasonable search and seizure — If so, whether admission of evidence would bring administration of justice into disrepute warranting its exclusion — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 9, 24(2).

R. v. Gerrard..... 279

Criminal law — Evidence — Assessment — Credibility — Absence of evidence of motive to lie — Lack of embellishment — Accused convicted of numerous charges for assaulting and threatening former common law spouse and damaging her property — Accused appealing convictions on basis that trial judge erred in application of W. (D.) principles and in assessing complainant's credibility — Majority of Court of Appeal holding that trial judge did

SOMMAIRE (Suite)

tribunal possède-t-il la discrétion de limiter le montant d'une amende compensatoire aux seuls profits tirés par un contrevenant de ses activités criminelles? — La valeur du bien qui constitue un produit de la criminalité peut-elle être répartie entre des coaccusés? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 462.37(3).

R. c. Stairs..... 169

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Fouille accessoire à l'arrestation — Accusé arrêté par les policiers dans le sous-sol de sa maison à la suite d'un signalement de violence conjugale — Exécution par les policiers dans la salle de séjour du sous-sol d'une fouille de sécurité menant à la découverte de méthamphetamine — Accusé déclaré coupable de possession d'une substance désignée en vue d'en faire le trafic — La norme de common law relative aux fouilles accessoires à une arrestation devrait-elle être modifiée lorsque la fouille est effectuée dans un domicile? — La fouille de sécurité dans la salle de séjour du sous-sol était-elle une fouille légale effectuée accessoirement à l'arrestation? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

R. c. Tim..... 234

Droit constitutionnel — Charte des droits — Détention arbitraire — Fouilles, perquisitions et saisies — Réparation — Exclusion de la preuve — Accusé arrêté par les policiers pour possession d'une substance désignée sur la base d'une erreur de droit en ce que ces derniers ont cru à tort qu'un comprimé en la possession de l'accusé était une substance désignée — Fouilles subséquentes par les policiers de l'accusé et de son véhicule menant à la découverte de drogues, de munitions et d'une arme de poing — L'arrestation et les fouilles subséquentes ont-elles violé les droits de l'accusé contre la détention arbitraire et contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives? — Dans l'affirmative, l'utilisation des éléments de preuve obtenus est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, justifiant ainsi leur exclusion? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 9, 24(2).

R. c. Gerrard..... 279

Droit criminel — Preuve — Appréciation — Crédibilité — Absence de preuve d'une raison de mentir — Absence d'amplification — Accusé déclaré coupable de nombreuses accusations de voies de fait et de menaces à l'endroit de son ancienne conjointe de fait, ainsi que de dommages aux biens de cette dernière — Appel formé par l'accusé à l'encontre des déclarations de culpabilité pour cause d'erreur par la juge du procès dans l'application des principes énoncés

Continued on next page

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

not misapply W. (D.), that trial judge properly dealt with evidence of whether complainant had motive to lie, and that trial judge did not rely on complainant's lack of embellishment in favour of her credibility — Convictions upheld.

SOMMAIRE (Fin)

dans l'arrêt W. (D.) et dans l'appréciation de la crédibilité de la plaignante — Décision des juges majoritaires de la Cour d'appel portant que la juge du procès n'a pas mal appliqué l'arrêt W. (D.), qu'elle a traité adéquatement la preuve relative à la question de savoir si la plaignante avait une raison de mentir et qu'elle n'a pas considéré l'absence d'amplification par la plaignante comme un élément en faveur de la crédibilité de cette dernière — Déclarations de culpabilité confirmées.

Yasin Mahad Ali *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. ALI

2022 SCC 1

File No.: 39590.

2022: January 14.

Present: Moldaver, Côté, Brown, Rowe and Jamal JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Search incident to arrest — Strip search of accused resulting in seizure of cocaine — Trial judge finding that strip search justified and admitting evidence found during search — Accused convicted of possession of cocaine for purpose of trafficking — Court of Appeal holding that there was sufficient evidence to justify trial judge's finding that there were reasonable and probable grounds for strip search and affirming conviction — Conviction upheld.

Cases Cited

By Moldaver J.

Applied: *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679.

By Côté J.

Applied: *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; **referred to:** *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Paperny, Slatter and Veldhuis JJ.A.), 2020

Yasin Mahad Ali *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. ALI

2022 CSC 1

N° du greffe : 39590.

2022 : 14 janvier.

Présents : Les juges Moldaver, Côté, Brown, Rowe et Jamal.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Fouille accessoire à une arrestation — Fouille à nu de l'accusé entraînant la saisie de cocaïne — Décision de la juge du procès concluant au caractère justifié de la fouille à nu et admettant la preuve recueillie durant la fouille — Accusé déclaré coupable de possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic — Arrêt de la Cour d'appel portant qu'il y avait suffisamment d'éléments de preuve justifiant la conclusion de la juge du procès selon laquelle il existait des motifs raisonnables et probables de procéder à la fouille à nu et maintenant la déclaration de culpabilité — Déclaration de culpabilité confirmée.

Jurisprudence

Citée par le juge Moldaver

Arrêt appliqué : *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679.

Citée par la juge Côté

Arrêts appliqués : *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; **arrêt mentionné :** *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Paperny, Slatter et Veldhuis), 2020

ABCA 344, 17 Alta. L.R. (7th) 26, 394 C.C.C. (3d) 358, [2020] A.J. No. 1005 (QL), 2020 CarswellAlta 1746 (WL), affirming the conviction of the accused for possession of cocaine for the purpose of trafficking. Appeal dismissed.

Wade Hlady, for the appellant.

Monique Dion, for the respondent.

The judgment of Moldaver, Brown, Rowe and Jamal JJ. was delivered orally by

[1] MOLDAVER J. — Mr. Ali appeals as of right to this Court. A majority of the Alberta Court of Appeal affirmed his conviction for possession of cocaine for the purpose of trafficking (2020 ABCA 344, 17 Alta. L.R. (7th) 26). They found that the trial judge did not err in determining that the police’s strip search of Mr. Ali, incident to his lawful arrest, complied with s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in accordance with the principles governing strip searches set out by this Court in *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679.

[2] A majority of this Court agrees with the conclusion of the majority of the Court of Appeal and would dismiss the appeal. Where a strip search is conducted as an incident to a person’s lawful arrest, there must be reasonable and probable grounds justifying the strip search, in addition to reasonable and probable grounds justifying the arrest (see *Golden*, at para. 99). These grounds are met for the strip search where there is some evidence suggesting the possibility of concealment of weapons or other evidence related to the reason for the arrest (see *Golden*, at paras. 94 and 111).

[3] Like the majority of the Court of Appeal, we are satisfied that there were reasonable and probable grounds justifying the strip search: the police had confidential source information that their target was in possession of a large quantity of cocaine and that he kept most of his drugs on his person; Mr. Ali was found next to a table with drugs, other than cocaine,

ABCA 344, 17 Alta. L.R. (7th) 26, 394 C.C.C. (3d) 358, [2020] A.J. No. 1005 (QL), 2020 CarswellAlta 1746 (WL), qui a confirmé la déclaration de culpabilité pour possession de cocaïne en vue d’en faire le trafic prononcée contre l’accusé. Pourvoi rejeté.

Wade Hlady, pour l’appelant.

Monique Dion, pour l’intimée.

Version française du jugement des juges Moldaver, Brown, Rowe et Jamal rendu oralement par

[1] LE JUGE MOLDAVER — Monsieur Ali se pourvoit de plein droit devant notre Cour. Les juges majoritaires de la Cour d’appel de l’Alberta ont confirmé sa déclaration de culpabilité pour possession de cocaïne en vue d’en faire le trafic (2020 ABCA 344, 17 Alta. L.R. (7th) 26). Ils ont conclu que la juge du procès n’avait pas fait erreur en décidant que la fouille à nu de M. Ali par les policiers, laquelle était accessoire à son arrestation légale, respectait l’art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et ce, conformément aux principes régissant les fouilles à nu énoncés par notre Cour dans l’arrêt *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679.

[2] Notre Cour à la majorité souscrit à la conclusion des juges majoritaires de la Cour d’appel et est d’avis de rejeter le pourvoi. Lorsqu’une fouille à nu est effectuée accessoirement à l’arrestation légale d’une personne, il doit exister des motifs raisonnables et probables justifiant cette fouille, en plus des motifs raisonnables et probables justifiant l’arrestation (voir *Golden*, par. 99). De tels motifs sont présents dans le cas de la fouille à nu lorsqu’il existe certains éléments de preuve suggérant la possibilité que des armes ou d’autres preuves liées au motif de l’arrestation soient dissimulées (voir *Golden*, par. 94 et 111).

[3] À l’instar des juges majoritaires de la Cour d’appel, nous sommes convaincus qu’il existait des motifs raisonnables et probables justifiant la fouille à nu : les policiers disposaient de renseignements émanant d’une source confidentielle suivant lesquels leur cible était en possession d’une grande quantité de cocaïne et gardait la majeure partie de ses drogues sur

and with items consistent with drug trafficking, including a scale, money, and a ringing cell phone; Mr. Ali's pants were partially down as he was being arrested; and one of the officers reported seeing Mr. Ali reaching towards the back of his pants. Viewed in its totality, this was clearly some evidence suggesting the possibility that Mr. Ali had concealed drugs, particularly cocaine, in and around the area of his buttocks.

[4] We would not give effect to Mr. Ali's argument that a hearsay error arose because the officer who requested the strip search, Cst. Darroch, testified that he was told by another officer, Cst. Odorski, that Mr. Ali was reaching towards the back of his pants, and Cst. Odorski did not refer to this in his testimony at trial. Mr. Ali now concedes that Cst. Darroch's testimony was not inadmissible hearsay because it was not entered for the truth of its contents; the question, he maintains, was whether Cst. Darroch could reasonably rely on the information from Cst. Odorski as a factor in deciding whether he had reasonable and probable grounds to request the strip search. Defence counsel chose not to cross-examine either officer about this information. It stood uncontradicted. This tactical choice undermines Mr. Ali's submission that it was unreasonable for Cst. Darroch to rely on Cst. Odorski's information.

[5] For these reasons, we would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered orally by

[6] CÔTÉ J. — I agree with the majority's disposition of the appeal, but for different reasons.

[7] In my view, the respondent Crown failed to discharge its burden of establishing the legal basis for the strip search of Mr. Ali in accordance with

elle; M. Ali a été trouvé près d'une table sur laquelle reposaient des drogues, autres que de la cocaïne, et en possession d'articles associés au trafic de drogues, notamment une balance, de l'argent et un cellulaire qui sonnait; le pantalon de M. Ali était partiellement baissé pendant qu'on l'arrêtait; et un des policiers a affirmé avoir vu M. Ali tendre la main vers l'arrière de son pantalon. Considérés globalement, ces divers éléments constituaient clairement certains éléments de preuve suggérant la possibilité que M. Ali ait dissimulé des drogues, particulièrement de la cocaïne, dans ses fesses ou dans cette région de son corps.

[4] Nous ne saurions retenir l'argument de M. Ali voulant qu'il y ait eu erreur basée sur l'admission de ouï-dire parce que le policier qui a demandé la fouille à nu, l'agent Darroch, a témoigné qu'un autre policier, l'agent Odorski, lui avait dit que M. Ali tendait la main vers l'arrière de son pantalon, et que l'agent Odorski n'avait pas mentionné ce fait dans son témoignage au procès. Monsieur Ali concède maintenant que le témoignage de l'agent Darroch ne constituait pas du ouï-dire inadmissible, puisqu'il n'a pas été présenté afin d'établir la véracité de son contenu; la question qui se posait, soutient-il, était celle de savoir si l'agent Darroch pouvait raisonnablement se fier à l'information fournie par l'agent Odorski en tant que facteur pour décider s'il disposait de motifs raisonnables et probables de réclamer la fouille à nu. L'avocat de la défense a décidé de ne contre-interroger ni l'un ni l'autre des policiers au sujet de cette information. Elle n'a jamais été contredite. Ce choix tactique sape la prétention de M. Ali suivant laquelle il était déraisonnable pour l'agent Darroch de se fier à l'information fournie par l'agent Odorski.

[5] Pour ces motifs, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus oralement par

[6] LA JUGE CÔTÉ — Je souscris au dispositif de la majorité, mais pour des motifs différents.

[7] À mon avis, la Couronne intimée ne s'est pas acquittée du fardeau qui lui incombait d'établir le fondement légal de la fouille à nu de M. Ali

the principles set out by this Court in *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679. As such, I find that Mr. Ali's s. 8 *Charter* rights were violated, substantially for the reasons of Veldhuis J.A., 2020 ABCA 344, 17 Alta. L.R. (7th) 26, at paras. 27-61.

[8] However, I part ways with Veldhuis J.A. with respect to the proper remedy. Relying on *Golden*, paras. 118-19, Mr. Ali argues that this Court should substitute an acquittal because conducting an analysis under s. 24(2) of the *Charter* would be a mere theoretical exercise.

[9] I disagree. As in *Golden*, I acknowledge that Mr. Ali has already served his custodial sentence. Nevertheless, he remains subject to restrictions to his liberty, including a firearms prohibition and a DNA order. As such, determining whether the evidence ought to be admitted will have tangible consequences, both for Mr. Ali and for the public.

[10] Moreover, the facts of this case are plainly distinguishable from *Golden*. The strip search in *Golden* was coercive and forceful, conducted in a public area without authorization from a senior officer, and may have jeopardized the accused's health and safety. The search of Mr. Ali has none of these characteristics. It is undisputed that it was conducted in a reasonable manner. In my view, it is worthwhile to assess whether admitting evidence obtained as a result of the *Charter* breach would do further damage to the repute of the justice system.

[11] I further acknowledge that, as the courts below found no breach of s. 8 in this case, they did not consider whether the evidence should be excluded under s. 24(2). However, I accept the Crown's submission that the record before this Court is sufficient to determine whether the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. Therefore, I see no utility in sending the matter back for redetermination. In these circumstances, it is open

conformément aux principes énoncés par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679. Par conséquent, je conclus qu'il y a eu violation des droits garantis à M. Ali par l'art. 8 de la *Charte*, essentiellement pour les motifs exposés par la juge d'appel Veldhuis, 2020 ABCA 344, 17 Alta. L.R. (7th) 26, aux par. 27-61.

[8] Je diverge toutefois d'opinion avec la juge Veldhuis pour ce qui est de la réparation convenable. S'appuyant sur les par. 118-119 de l'arrêt *Golden*, M. Ali plaide que notre Cour devrait plutôt inscrire un acquittement, au motif que procéder à une analyse fondée sur le par. 24(2) de la *Charte* ne constituerait qu'un simple exercice théorique.

[9] Je ne suis pas d'accord. Je reconnais que, tout comme dans *Golden*, M. Ali a déjà purgé sa peine d'emprisonnement. Néanmoins, sa liberté demeure assortie de certaines restrictions, y compris l'interdiction de posséder des armes à feu et une ordonnance de prélèvement d'ADN. Par conséquent, décider si la preuve doit être admise aura des conséquences tangibles, tant pour M. Ali que pour le public.

[10] Qui plus est, les faits de la présente espèce se distinguent nettement de ceux de l'arrêt *Golden*. Dans cette affaire, la fouille à nu avait été réalisée de manière coercitive et musclée, dans un lieu public, sans l'autorisation d'un officier supérieur, et elle aurait pu mettre en danger la santé et la sécurité de l'accusé. La fouille de M. Ali ne présente aucune de ces caractéristiques. Personne ne conteste qu'elle a été réalisée de manière raisonnable. Selon moi, il convient de se demander si le fait d'admettre une preuve obtenue par suite de la violation de la *Charte* causerait un dommage additionnel à la considération dont jouit le système de justice.

[11] Je reconnais en outre que, comme les juridictions inférieures ont conclu à l'absence de violation de l'art. 8 en l'espèce, elles ne se sont pas demandé si la preuve devait être écartée en vertu du par. 24(2). J'accepte cependant l'argument de la Couronne suivant lequel le dossier dont dispose notre Cour est suffisant pour décider si l'admission de la preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Je ne vois donc pas l'utilité de renvoyer

to this Court to conduct its own first-instance s. 24(2) analysis (*R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212, at para. 75).

[12] Applying the three lines of inquiry from *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, I would not exclude the evidence.

[13] First, the seriousness of the police conduct in this case was at the lowest end of the spectrum. Cst. Darroch believed in good faith that he had the requisite grounds to strip search Mr. Ali. He relayed his grounds to his superior officer, who authorized the search at the police station. I see no basis to suggest that the police wilfully disregarded Mr. Ali's *Charter* rights. This factor favours admission.

[14] Second, the impact of the strip search on Mr. Ali's privacy interests, while serious, was somewhat attenuated by the reasonable manner in which it was conducted. At trial, counsel for Mr. Ali noted the search was "as humane as possible given the circumstances" (trial transcript, A.R., at p. 173). In my view, this factor tips only moderately in favour of exclusion.

[15] The final *Grant* inquiry strongly favours admission. Mr. Ali was in possession of 65 grams of crack cocaine. The Crown would have no case without this evidence. There is a strong societal interest in adjudicating this case on its merits.

[16] On balance, I conclude that excluding the evidence would bring the administration of justice into disrepute. To be clear, I would emphatically re-affirm the principles arising from *Golden* and the high threshold the Crown must meet to justify a warrantless strip search. However, while the Crown failed to meet that threshold in this case, the conduct of the police did not undermine the integrity of the justice system. Therefore, I would not exclude the evidence.

l'affaire pour nouvelle décision. Dans ces circonstances, il est loisible à notre Cour de procéder, au même titre qu'un tribunal de première instance, à sa propre analyse fondée sur le par. 24(2) (*R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212, par. 75).

[12] Appliquant les trois volets de l'analyse énoncée dans l'arrêt *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, je n'écarterais pas la preuve.

[13] Premièrement, la gravité de la conduite des policiers en l'espèce se situait à l'extrémité inférieure du spectre. L'agent Darroch croyait de bonne foi qu'il avait les motifs nécessaires pour fouiller à nu M. Ali. Il a fait part de ses motifs à son supérieur, qui a autorisé la fouille au poste de police. Je ne vois aucune raison d'affirmer que les policiers ont délibérément fait fi des droits garantis à M. Ali par la *Charte*. Ce facteur milite en faveur de l'admission de la preuve.

[14] Deuxièmement, bien que sérieuse, l'incidence de la fouille à nu sur le droit de M. Ali au respect de sa vie privée a été d'une certaine façon atténuée par la manière raisonnable dont elle a été effectuée. Au procès, l'avocat de M. Ali a souligné que la fouille s'est déroulée [TRADUCTION] « de façon aussi humaine que possible dans les circonstances » (transcription du procès, d.a., p. 173). À mon avis, ce facteur ne penche que modérément en faveur de l'exclusion.

[15] Le dernier volet de l'analyse formulée dans l'arrêt *Grant* milite fortement en faveur de l'admission. Monsieur Ali était en possession de 65 grammes de crack. Sans cette preuve, la Couronne n'aurait pas de cause. Il existe un important intérêt sociétal à ce que la présente affaire soit jugée au fond.

[16] Dans l'ensemble, je conclus que le fait d'écarter la preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Pour être claire, je tiens à réaffirmer énergiquement les principes découlant de l'arrêt *Golden* et le seuil élevé que doit respecter la Couronne pour justifier une fouille à nu sans mandat. Cependant, bien que la Couronne n'ait pas respecté ce seuil en l'espèce, la conduite des policiers n'a pas miné l'intégrité du système de justice. En conséquence, je n'écarterais pas la preuve.

[17] For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal and affirm the conviction.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Hlady Law Office, Lethbridge.

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

[17] Pour les motifs qui précèdent, je rejeterais le pourvoi et je confirmerais la déclaration de culpabilité.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant : Hlady Law Office, Lethbridge.

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

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Marc-André Boulanger *Respondent***Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

Marc-André Boulanger *Intimé***INDEXED AS: R. v. BOULANGER****2022 SCC 2**

File No.: 39710.

2022: February 9.

Present: Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin, Kasirer and Jamal JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to be tried within reasonable time — Framework set out in Jordan for determining infringement of s. 11(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms applied — Characterization of two particular delays — Stay of proceedings entered by trial judge upheld.***Cases Cited****Applied:** *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631; **referred to:** *R. v. G.F.*, 2021 SCC 20, [2021] 1 S.C.R. 801; *R. v. Rice*, 2018 QCCA 198; *R. v. Cody*, 2017 SCC 31, [2017] 1 S.C.R. 659; *R. v. K.G.K.*, 2020 SCC 7, [2020] 1 S.C.R. 364; *R. v. K.J.M.*, 2019 SCC 55, [2019] 4 S.C.R. 39.**Statutes and Regulations Cited***Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 11(b).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Chamberland, Moore and Cournoyer J.J.A.), 2021 QCCA 815, [2021] AZ-51766617, [2021] J.Q. n° 5447 (QL), 2021 CarswellQue 6162 (WL), affirming a decision of Garneau J.C.Q., 2019 QCCQ 16135, [2019] AZ-51770107, [2019] J.Q. n° 27825 (QL), 2019 CarswellQue 18799 (WL). Appeal dismissed.

RÉPERTORIÉ : R. c. BOULANGER**2022 CSC 2**

N° du greffe : 39710.

2022 : 9 février.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin, Kasirer et Jamal.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Application du cadre énoncé dans l'arrêt Jordan pour établir s'il y a eu violation de l'art. 11b) de la Charte canadienne des droits et libertés — Qualification de deux délais particuliers — Arrêt des procédures ordonné par le juge de première instance confirmé.***Jurisprudence****Arrêt appliqué :** *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631; **arrêts mentionnés :** *R. c. G.F.*, 2021 CSC 20, [2021] 1 R.C.S. 801; *R. c. Rice*, 2018 QCCA 198, 44 C.R. (7th) 83; *R. c. Cody*, 2017 CSC 31, [2017] 1 R.C.S. 659; *R. c. K.G.K.*, 2020 CSC 7, [2020] 1 R.C.S. 364; *R. c. K.J.M.*, 2019 CSC 55, [2019] 4 R.C.S. 39.**Lois et règlements cités***Charte canadienne des droits et libertés*, art. 11b).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Chamberland, Moore et Cournoyer), 2021 QCCA 815, [2021] AZ-51766617, [2021] J.Q. n° 5447 (QL), 2021 CarswellQue 6162 (WL), qui a confirmé une décision du juge Garneau, 2019 QCCQ 16135, [2019] AZ-51770107, [2019] J.Q. n° 27825 (QL), 2019 CarswellQue 18799 (WL). Pourvoi rejeté.

Jason Vocelle Lévesque and Jade Coderre, for the appellant.

Nicholas St-Jacques and Lida Sara Nouraié, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

[1] KASIRER J. — The Crown appeals from a majority decision of the Quebec Court of Appeal upholding, in favour of the respondent, a stay of proceedings entered because of the violation of his constitutional right to be tried within a reasonable time (2021 QCCA 815). The majority found a net delay of 35 months and 2 days (1,066 days), which exceeds the ceiling set in *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631.

[2] The issue in the appeal is whether two particular delays — a first period of 84 days and a second of 112 days — must be attributed to the defence because of its conduct.

[3] *With regard to the period of 84 days*, we agree with Chamberland J.A., dissenting in the Court of Appeal, that the delay between March 1 and May 24, 2018 resulted from illegitimate defence conduct and must therefore be attributed to the respondent.

[4] It is true that the characterization of delay is a question of law and that the trial judge was not bound by the respondent's admission in this regard. However, the trial judge did not provide any explanation, even an implicit one, to clarify why he was rejecting the admission for this period (reasons of Chamberland J.A., at para. 173 (CanLII)). Since he chose to go against the parties' suggestion, and in the absence of submissions by them on this specific point, it was especially important that the trial judge provide reasons explaining what he had decided and *why* (see *R. v. G.F.*, 2021 SCC 20, [2021] 1 S.C.R. 801, at paras. 71-74). With respect, he did not do so.

Jason Vocelle Lévesque et Jade Coderre, pour l'appelante.

Nicholas St-Jacques et Lida Sara Nouraié, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

[1] LE JUGE KASIRER — Le ministère public se pourvoit à l'encontre d'une décision majoritaire de la Cour d'appel du Québec qui confirme, au profit de l'intimé, un arrêt des procédures ordonné en raison de la violation du droit constitutionnel de ce dernier d'être jugé dans un délai raisonnable (2021 QCCA 815). Les juges majoritaires constatent un délai net de 35 mois et 2 jours (1066 jours), qui dépasse le plafond fixé dans *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631.

[2] L'appel vise à déterminer si deux délais particuliers — une première période de 84 jours et une seconde de 112 jours — doivent être attribués à la défense en raison de sa conduite.

[3] *Concernant la période de 84 jours*, nous partageons l'avis du juge Chamberland, dissident en Cour d'appel, que le délai entre le 1^{er} mars et le 24 mai 2018 résulte de la conduite illégitime de la défense et, de ce fait, qu'il doit être attribué à l'intimé.

[4] Certes, la qualification des délais est une question de droit, et le juge de première instance n'était pas lié par l'admission de l'intimé à cet égard. Toutefois, le juge de première instance ne fournit aucune explication, ne serait-ce qu'implicite, permettant de comprendre pourquoi il rejette l'admission pour cette période (motifs du juge Chamberland, par. 173 (CanLII)). Il était particulièrement important que le juge de première instance, ayant choisi d'aller à l'encontre de la suggestion des parties et en l'absence de soumissions de leur part sur ce point précis, fournisse des motifs permettant de comprendre sa décision et *pourquoi* il a décidé ainsi (voir *R. c. G.F.*, 2021 CSC 20, [2021] 1 R.C.S. 801, par. 71-74). Avec égards, il ne l'a pas fait.

[5] Moreover, as the dissenting judge suggested, it is not sufficient that the step taken by the respondent be legitimate for the delay not to be attributable to him. In this case, it is the *manner* in which the defence conducted itself with respect to its motion for an unredacted copy of the information that was illegitimate, particularly because of how late that motion was brought. It was not until 15 months after being given the redacted document that the defence decided to bring its motion, even though the parties had already been debating the redaction of other documents for several months (reasons of Chamberland J.A., at paras. 179-84, properly relying in particular on *R. v. Rice*, 2018 QCCA 198, at para. 60 (CanLII); see also *R. v. Cody*, 2017 SCC 31, [2017] 1 S.C.R. 659, at para. 32).

[6] In the circumstances, the entire 84-day delay between March 1 and May 24, 2018 is attributable to the defence. The motion for an unredacted copy of the information in support of the search warrant and the motion challenging the warrant itself were intrinsically connected, since, according to the defence, it was not possible to hear the challenge to the warrant without settling the debate over redaction. By delaying the filing of the motion for an unredacted copy of the information, the respondent necessarily delayed the hearing on the challenge to the warrant. He must therefore be held responsible for the delay between the day he raised the issue of an unredacted copy of the information (March 1, 2018) and the day the motion challenging the warrant was finally to be heard (May 24, 2018).

[7] *With regard to the second period in issue, namely the period of 112 days between May 21 and September 10, 2019*, the Crown's ground of appeal must be dismissed. The majority was correct to intervene, because this delay could not be attributed entirely to the respondent despite the fact that his counsel was unavailable on certain dates.

[8] This Court did of course explain in *Jordan* that where the court and the Crown are ready to proceed but the defence is not, the resulting delay is attributable to the defence (para. 64). All participants in the criminal justice system, including the defence, must take a proactive approach in order to prevent unnecessary

[5] Par ailleurs, comme le laisse entendre le juge dissident, il ne suffit pas que la démarche de l'intimé soit légitime pour que le délai ne lui soit pas imputable. En l'espèce, c'est la *manière* dont la défense s'est conduite au regard de sa requête en décaviardage de la dénonciation qui est illégitime, notamment à cause de la tardiveté de la présentation de sa requête. Ce n'est que 15 mois après s'être fait remettre le document caviardé qu'elle a décidé de présenter sa requête, même si les parties débattaient depuis plusieurs mois déjà relativement au caviardage d'autres documents (motifs du juge Chamberland, par. 179-184, s'appuyant à bon droit notamment sur *R. c. Rice*, 2018 QCCA 198, 44 C.R. (7th) 83, par. 60; voir aussi *R. c. Cody*, 2017 CSC 31, [2017] 1 R.C.S. 659, par. 32).

[6] Dans les circonstances, l'entièreté du délai de 84 jours entre le 1^{er} mars et le 24 mai 2018 est imputable à la défense. La requête en décaviardage de la dénonciation au soutien du mandat de perquisition et la requête en contestation du mandat lui-même étaient intrinsèquement liées puisque, selon les dires de la défense, il n'était pas possible de procéder à l'audition en contestation du mandat sans régler le débat relatif au caviardage. En retardant le dépôt de la requête en décaviardage, l'intimé retardait nécessairement l'audience en contestation du mandat. L'intimé doit donc être tenu responsable du délai entre le jour où il a soulevé l'enjeu du décaviardage de la dénonciation (1^{er} mars 2018) et le jour où la requête en contestation du mandat devait finalement être entendue (24 mai 2018).

[7] *En ce qui a trait à la deuxième période litigieuse, soit la période de 112 jours entre le 21 mai et le 10 septembre 2019*, le moyen d'appel du ministère public doit être rejeté. Les juges majoritaires avaient raison d'intervenir, car ce délai n'était pas entièrement imputable à l'intimé, malgré l'indisponibilité de son avocate à certaines dates.

[8] Certes, la Cour enseigne dans *Jordan* que lorsque le tribunal et le ministère public sont prêts à procéder mais la défense ne l'est pas, le délai qui en découle est imputable à cette dernière (par. 64). Tous les acteurs du système de justice criminelle, y compris la défense, doivent adopter une approche proactive afin de

delay by targeting its root causes (*Cody*, at para. 36). That being said, in some cases, the circumstances may justify apportioning responsibility for delay among these participants rather than attributing the entire delay to the defence.

[9] Here, the parties had asked the judge as early as November 2018 to add a third trial date to the two dates already scheduled in January 2019. Their request was denied. On the first day of the trial in January 2019, it became clear that the two scheduled dates would not be enough, in part because of the prosecution's changes in strategy. Even though they discussed potential dates for the continuation of the trial and counsel for the respondent informed the judge and the prosecution that she would be unavailable on certain dates in May 2019, the judge proposed and insisted on a date in September 2019 without considering the possibility of continuing the trial on an earlier date when both parties were available. The judge had therefore known since November 2018 that an additional day would be needed, and in January 2019, when he was assessing potential availability for the continuation of the trial, proximity to the *Jordan* ceilings had to be taken into consideration (*R. v. K.G.K.*, 2020 SCC 7, [2020] 1 S.C.R. 364, at para. 61). That being said, it was not until August 7, 2019 that the respondent informed the prosecution of his intention to file a motion under s. 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Therefore, in addition to the conduct of defence counsel and the prosecution's changes in strategy, it was because of institutional delay and the court's lack of initiative that no other date was offered sooner (reasons of Cournoyer J.A., at para. 148).

[10] In the particular circumstances of this case, we are of the view that it is "fair and reasonable" to apportion responsibility for the 112-day delay and to attribute up to half of the delay between June 1, 2019 (the day after the last date on which counsel for the respondent was unavailable) and September 10, 2019 (the actual date on which the trial continued) to the defence (*R. v. K.J.M.*, 2019 SCC 55, [2019] 4 S.C.R. 39, at para. 96). Even calculating from this premise, since the total delay between these two dates is 101

prévenir les délais inutiles en s'attaquant à leurs causes profondes (*Cody*, par. 36). Cela dit, dans certains cas, les circonstances peuvent justifier un partage de la responsabilité pour le délai entre ces acteurs, plutôt que l'attribution de l'entièreté du délai à la défense.

[9] En l'espèce, les parties avaient demandé au juge, aussi tôt qu'en novembre 2018, d'ajouter une troisième date de procès en plus des deux dates déjà prévues en janvier 2019. Leur demande a été refusée. Lors de la première journée du procès en janvier 2019, il devient clair que les deux dates prévues seront insuffisantes, notamment en raison des changements de stratégie de la poursuite. Alors qu'ils discutent de dates potentielles pour la continuation du procès et que l'avocate de l'intimé informe le juge et la poursuite de son indisponibilité pour certaines dates en mai 2019, le juge propose une date en septembre 2019, sur laquelle il insiste, sans considérer la possibilité de continuer le procès à une date plus rapprochée où les parties étaient toutes deux disponibles. Le juge savait donc depuis le mois de novembre 2018 qu'une journée additionnelle serait nécessaire et, en janvier 2019, lorsqu'il évaluait les disponibilités potentielles pour la continuation du procès, la proximité de l'atteinte des plafonds fixés par l'arrêt *Jordan* devait être prise en compte (*R. c. K.G.K.*, 2020 CSC 7, [2020] 1 R.C.S. 364, par. 61). Cela dit, ce n'est pas avant le 7 août 2019 que l'intimé fait part à la poursuite de son intention de déposer une requête en vertu de l'art. 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ainsi, outre la conduite de l'avocate de la défense et les changements de stratégie de la poursuite, ce sont les délais institutionnels et le manque d'initiative du tribunal qui ont fait en sorte qu'aucune autre date n'a été offerte plus tôt (motifs du juge Cournoyer, par. 148).

[10] Dans les circonstances particulières de cette affaire, nous estimons qu'il est « juste et raisonnable » de partager la responsabilité pour le délai de 112 jours et d'imputer à la défense jusqu'à la moitié du délai entre le 1^{er} juin 2019 (le lendemain de la dernière date d'indisponibilité de l'avocate de l'intimé) et le 10 septembre 2019 (la date réelle de continuation du procès) (*R. c. K.J.M.*, 2019 CSC 55, [2019] 4 R.C.S. 39, par. 96). Même en calculant à partir de cette hypothèse, le délai total entre ces deux dates étant de

days, we attribute 51 days (June 1 to July 22, 2019) to the defence. A delay of 10 days (between May 21 and 31, 2019) should also be attributed to the respondent given the concession he made in the Court of Appeal (reasons of Cournoyer J.A., at para. 150, fn. 83).

[11] In the end, in addition to the period identified by the majority of the Court of Appeal, a delay of 84 days (period of March 1 to May 24, 2018) and a delay of 61 days (from May 21 to 31, 2019 and from June 1 to July 22, 2019) are attributable to the defence. This brings the total number of days attributable to the defence to 225, and the net delay to 950 days, or more than 31 months. The 30-month *Jordan* ceiling has therefore been exceeded and the delay is presumed to be unreasonable. No exceptional circumstance has been raised to justify exceeding the ceiling.

[12] It should be noted that the respondent was charged in June 2016, close to the date on which the decision in *Jordan* was rendered. The expectation today is that such a situation would not happen again.

[13] For these reasons, the Court dismisses the appeal and upholds the stay of proceedings entered by the trial judge.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Director of Criminal and Penal Prosecutions, Joliette, Que.

Solicitors for the respondent: Joncas, Nouria, Roy, Massicotte, Montréal.

101 jours, nous lui attribuons 51 jours (1^{er} juin au 22 juillet 2019). Il y a aussi lieu d'imputer à l'intimé un délai de 10 jours (entre le 21 mai et le 31 mai 2019), suivant la concession qu'il a effectuée en Cour d'appel (motifs du juge Cournoyer, par. 150, note 83).

[11] Au final, outre la période identifiée par les juges majoritaires en appel, un délai de 84 jours (période du 1^{er} mars au 24 mai 2018) et un délai de 61 jours (du 21 mai au 31 mai 2019 et du 1^{er} juin au 22 juillet 2019) sont aussi imputables à la défense. Ceci porte le total de jours attribuables à la défense à 225 jours, et le délai net à 950 jours, soit plus de 31 mois. Le plafond *Jordan* de 30 mois est donc excédé et le délai est présumé déraisonnable. Aucune circonstance exceptionnelle n'a été soulevée pour justifier ce dépassement.

[12] Il convient de souligner que l'intimé a été inculpé en juin 2016, proche de la date à laquelle l'arrêt *Jordan* a été rendu. On s'attend, aujourd'hui, à ce qu'une telle situation ne se reproduise pas.

[13] Pour ces motifs, la Cour rejette l'appel et confirme l'arrêt des procédures ordonné par le juge de première instance.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante : Directeur des poursuites criminelles et pénales, Joliette (Qc).

Procureurs de l'intimé : Joncas, Nouria, Roy, Massicotte, Montréal.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

**Mélanie Ste-Marie, Michel Ste-Marie,
Dax Ste-Marie and Richard Felx**
Respondents

and

**Attorney General of Ontario,
Criminal Lawyers' Association
(Ontario) and Association québécoise
des avocats et avocates de la défense**
Interveners

INDEXED AS: R. v. STE-MARIE

2022 SCC 3

File No.: 39381.

2022: February 10.

Present: Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Côté,
Brown, Rowe, Martin, Kasirer and Jamal JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Constitutional law — Charter of Rights — Right to be tried within reasonable time — Re-examination of unreasonableness of delays on appeal — Transitional exceptional circumstance — Trial judge holding that accused's right to be tried within reasonable time had been infringed but that stay of proceedings was not appropriate remedy because accused had not been prejudiced by delay — Court of Appeal setting aside convictions and entering stay of proceedings after declining to review trial judge's assessment of delays — Stay of proceedings set aside.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771; *R. v. Bryant*, 2021 QCCA 1807; *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; *R. v. Cody*, 2017 SCC 31, [2017] 1 S.C.R. 659; *R. v. Rice*, 2018 QCCA 198.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

**Mélanie Ste-Marie, Michel Ste-Marie,
Dax Ste-Marie et Richard Felx**
Intimés

et

**Procureur général de l'Ontario,
Criminal Lawyers' Association
(Ontario) et Association québécoise
des avocats et avocates de la défense**
Intervenants

RÉPERTORIÉ : R. c. STE-MARIE

2022 CSC 3

N° du greffe : 39381.

2022 : 10 février.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges
Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin,
Kasirer et Jamal.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Réexamen du caractère déraisonnable des délais en appel — Mesure transitoire exceptionnelle — Conclusion du juge de première instance portant que le droit des accusés d'être jugés dans un délai raisonnable a été violé, mais que l'arrêt des procédures n'est pas une réparation appropriée puisque le délai n'a pas porté préjudice aux accusés — Annulation par la Cour d'appel des déclarations de culpabilité et arrêt des procédures ordonné suite au refus de la Cour d'appel de revoir l'évaluation des délais faite par le juge de première instance — Arrêt des procédures annulé.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771; *R. c. Bryant*, 2021 QCCA 1807; *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; *R. c. Cody*, 2017 CSC 31, [2017] 1 R.C.S. 659; *R. c. Rice*, 2018 QCCA 198, 44 C.R. (7th) 83.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 11(b), 24(1).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 655.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Levesque, Healy and Hamilton JJ.A.), 2020 QCCA 1118, 394 C.C.C. (3d) 18, [2020] AZ-51705891, [2020] Q.J. No. 5730 (QL), 2020 CarswellQue 8863 (WL), setting aside the convictions of the accused and ordering a stay of proceedings. Appeal allowed.

Magalie Cimon, Émilie Robert and Geneviève Gravel, for the appellant.

Marie-Pier Boulet and Marie-Ève Landry, for the respondents Mélanie Ste-Marie, Dax Ste-Marie and Richard Felx.

Sherif Foda and Frank Addario, for the respondent Michel Ste-Marie.

Michael Fawcett, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Erin Dann and Daniel Goldbloom, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Louis Belleau and Antoine Grondin-Couture, for the intervener Association québécoise des avocats et avocates de la défense.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

[1] KASIRER J. — The Crown appeals from a judgment of the Quebec Court of Appeal quashing four convictions and entering a stay of proceedings in favour of the respondents because of a violation of their right to be tried within a reasonable time. The appellant asks that the stay of proceedings be set aside and that the case be remanded to the Court of Appeal for a decision on the nine grounds of appeal that it chose not to address, as it found it unnecessary to do so in the circumstances.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b), 24(1).
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 655.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Levesque, Healy et Hamilton), 2020 QCCA 1118, 394 C.C.C. (3d) 18, [2020] AZ-51705891, [2020] J.Q. n° 5730 (QL), 2020 CarswellQue 8864 (WL), qui a annulé les déclarations de culpabilité prononcées contre les accusés et ordonné un arrêt des procédures. Pourvoi accueilli.

Magalie Cimon, Émilie Robert et Geneviève Gravel, pour l'appelante.

Marie-Pier Boulet et Marie-Ève Landry, pour les intimés Mélanie Ste-Marie, Dax Ste-Marie et Richard Felx.

Sherif Foda et Frank Addario, pour l'intimé Michel Ste-Marie.

Michael Fawcett, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Erin Dann et Daniel Goldbloom, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Louis Belleau et Antoine Grondin-Couture, pour l'intervenante l'Association québécoise des avocats et avocates de la défense.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

[1] LE JUGE KASIRER — Le ministère public se pourvoit à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec qui casse quatre déclarations de culpabilité et ordonne, au profit des intimés, un arrêt des procédures en raison d'une violation de leur droit d'être jugés dans un délai raisonnable. L'appellant demande l'annulation de l'arrêt des procédures et le renvoi du dossier à la Cour d'appel afin que cette dernière tranche les neuf moyens d'appel qu'elle a choisi de ne pas aborder, jugeant qu'il serait inutile de le faire dans les circonstances.

[2] On September 14, 2009, the respondents were charged with laundering proceeds of crime, conspiracy and criminal organization offences. In 2014 and 2015, they filed motions for a stay of proceedings under ss. 11(b) and 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. On September 17, 2015, before this Court rendered its decision in *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631, the Court of Québec dismissed the motions, finding that a stay of proceedings was not an appropriate remedy. Because the judge found a 77-month delay between the charges and the anticipated end of the trial, he held that s. 11(b) of the *Charter* had been infringed. However, he declined to enter a stay of proceedings on the ground that the accused had not been prejudiced by the delay. On this point, the judge held that [TRANSLATION] “there is as much prejudice resulting from the charge, and not from the unreasonable delay”, and that there was a “clear and compelling” societal interest in having the accused stand trial (Court of Québec reasons, A.R., vol. I, at p. 60). The judgment of conviction was rendered on June 22, 2016.

[3] In the Court of Appeal’s view, the judge had no choice but to enter a stay of proceedings after finding an infringement of s. 11(b) (citing *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588). The Court of Appeal declined to review the trial judge’s reasons concerning the infringement of s. 11(b), finding that the appeal record was not sufficiently complete to permit it to determine whether the judge’s assessment of the delays was inadequate or wrong: 2020 QCCA 1118, 399 C.C.C. (3d) 18.

[4] In this Court, the Crown acknowledges that the trial judge made an error, but it takes the view that the error was not determinative of the outcome. It argues that the Court of Appeal erred in entering a stay of proceedings in reliance on the trial judge’s erroneous and premature conclusion that s. 11(b) had been infringed.

[5] With respect, the trial judge erred in assessing the prejudice suffered by the accused at the remedy stage rather than considering it in determining whether s. 11(b) had been infringed, in accordance with the criteria applicable at the time set out in *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771. Despite that error, however, a functional analysis of his reasons shows

[2] Le 14 septembre 2009, les intimés ont été accusés de recyclage de produits de la criminalité, de complot et de gangstérisme. En 2014 et 2015, ils déposent des requêtes en arrêt des procédures en vertu de l’al. 11b) et du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le 17 septembre 2015 — avant que notre Cour ne rende l’arrêt *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631 — la Cour du Québec rejette les requêtes, estimant que l’arrêt des procédures n’était pas une réparation appropriée. Ayant conclu à un délai de 77 mois entre les inculpations et la fin projetée du procès, le juge conclut à une violation de l’al. 11b) de la *Charte*. Toutefois, il refuse d’ordonner l’arrêt des procédures au motif que le délai n’a pas porté préjudice aux accusés. Sur ce point, le juge décide : « il y a autant de préjudices découlant de l’accusation, et non pas du délai déraisonnable » et conclut qu’il existe un intérêt social « certain et primordial » à voir les accusés subir leur procès (motifs de la Cour du Québec, d.a., vol. I, p. 60). Le jugement de culpabilité est rendu le 22 juin 2016.

[3] De l’avis de la Cour d’appel, le juge n’avait d’autre choix que d’ordonner l’arrêt des procédures après avoir constaté une violation de l’al. 11b) (citant *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588). La Cour d’appel refuse de revoir les motifs du juge de première instance quant à la violation de l’al. 11b), estimant que le dossier d’appel n’était pas suffisamment complet pour lui permettre de déterminer si l’évaluation des délais par le juge était inadéquate ou erronée: 2020 QCCA 1118.

[4] Devant notre Cour, le ministère public reconnaît que le juge de première instance a commis une erreur, mais est d’avis que cette erreur n’était pas déterminante quant au résultat. Il soutient que la Cour d’appel a erré en ordonnant l’arrêt des procédures en se fondant sur la conclusion erronée et prématurée du juge de première instance que l’al. 11b) avait été violé.

[5] Avec égards, le juge de première instance a erré en évaluant le préjudice subi par les accusés au stade du remède, plutôt que d’en tenir compte pour déterminer si l’al. 11b) avait été violé, selon les critères applicables à l’époque énoncés dans *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771. Toutefois, malgré cette erreur, une analyse fonctionnelle de ses motifs

that he considered the relevant factors and reached the correct conclusion, namely that the motions for a stay of proceedings should be dismissed. Although he was mistaken about the stage of the analysis at which prejudice had to be considered, his refusal to enter a stay of proceedings nonetheless makes it possible to conclude that s. 11(b) was not infringed based on the *Morin* criteria. The Court of Appeal failed to make this finding (paras. 17-18).

[6] In the circumstances, we are all of the view that the Court of Appeal erred in entering the stay of proceedings that the judge had himself denied.

[7] With respect, the Court of Appeal erred in refusing to re-examine the unreasonableness of the delays on the ground that the record before it was incomplete. On appeal, the Crown filed a statement of admissions by the parties — filed by the parties at trial under s. 655 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 — that contained a detailed chronology of events, the content of which was not analyzed at all by the Court of Appeal. In our opinion, the evidence in the record allowed the appeal judges to carry out that analysis. It should be noted that a statement of admissions by the parties was not part of the appeal records in the cases on which the Court of Appeal relied, at para. 14 of its reasons, to justify its refusal to re-examine the delays in this case. Although a court is not bound by admissions of law, a joint statement may be useful on appeal and may help reduce the delays leading to the infringement alleged by an accused (see, e.g., *R. v. Bryant*, 2021 QCCA 1807, at para. 3).

[8] The evidence in the record shows that the respondents directly caused most of the delays of which they complain and that they attempted to derail the trial by filing multiple applications, motions and interlocutory appeals, which were unsuccessful for the most part. These delays are largely but not exclusively attributable to the defence and must be subtracted from the total delay.

[9] The respondents also caused additional delays by insisting that a certain lawyer represent them despite a clear conflict of interest. In 2011, the preliminary inquiry judge found that Mélanie and Dax Ste-Marie

démontre qu’il a tenu compte des facteurs pertinents et qu’il est parvenu à la bonne conclusion, soit le rejet des requêtes en arrêt des procédures. En effet, bien qu’il se soit trompé quant à l’étape de l’analyse où le préjudice devait être pris en compte, son refus d’ordonner l’arrêt des procédures permet néanmoins de conclure que l’al. 11b) n’a pas été violé selon les critères de l’arrêt *Morin*. La Cour d’appel a omis de faire ce constat (par. 17-18 (CanLII)).

[6] Dans les circonstances, nous sommes tous d’avis que la Cour d’appel avait tort d’ordonner l’arrêt des procédures que le juge a lui-même refusé.

[7] En tout respect, la Cour d’appel a erré en refusant de réexaminer le caractère déraisonnable des délais au motif que le dossier qui lui était présenté était incomplet. En appel, le ministère public a produit une liste d’admissions des parties, déposée par les parties en première instance en vertu de l’art. 655 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, qui contenait une chronologie détaillée des faits et dont la Cour d’appel n’a aucunement analysé le contenu. Nous sommes d’avis que la preuve au dossier permettait aux juges d’appel de faire cette analyse. Notons qu’aucune liste d’admissions des parties ne faisait partie des dossiers d’appel dans les affaires sur lesquelles la Cour d’appel s’est appuyée, au par. 14 de ses motifs, pour justifier son refus de réexaminer les délais en l’espèce. Bien qu’un tribunal ne soit pas lié par les admissions de droit, un exposé commun peut se révéler utile en appel et contribuer à réduire les délais qui sont à l’origine de l’atteinte alléguée par un accusé (voir, p. ex., *R. c. Bryant*, 2021 QCCA 1807, par. 3).

[8] La preuve au dossier permet de constater que les intimés ont causé directement la majeure partie des délais dont ils se plaignent et qu’ils se sont efforcés de faire dérailler le procès en présentant de multiples demandes, requêtes, et appels interlocutoires — infructueux pour la plupart. Ces délais sont largement mais pas exclusivement imputables à la défense et doivent être soustraits du délai total.

[9] De plus, les intimés ont causé des délais supplémentaires en insistant pour qu’un certain procureur les représente malgré un conflit d’intérêts évident. En 2011, le juge d’enquête préliminaire a conclu que

could not be represented by the same lawyer. As a result, they represented themselves. Despite the conflict of interest, they continued to insist that the lawyer retained by their father, Michel Ste-Marie, represent all three of them. They maintained that position for more than two years. That course of conduct was of course untenable and caused additional delay.

[10] We reach the same conclusion with respect to Richard Felx. Although the conflict of interest did not directly involve him, he never expressed concern about the delays caused by his co-accused. Moreover, the prosecution offered him his own preliminary inquiry several times, but he always refused.

[11] *Jordan* reaffirmed the principle, which is applicable in this case, that the defence should not be allowed to benefit from its own delay-causing conduct or from its tactics aimed at causing delay (paras. 60 and 63; see *Morin*, at p. 802; *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199, at pp. 1227-28).

[12] The appellant argues that once the deductions are made, the net delay is 35 months at the most (A.F., at para. 41). The respondents Mélanie Ste-Marie, Dax Ste-Marie and Richard Felx refer to this same calculation in their factum (R.F., at para. 37).

[13] Assuming for the sake of argument that the residual delay exceeds the ceiling set in *Jordan*, the presumption of unreasonableness may be rebutted on the basis of the transitional exceptional circumstance (*Jordan*, at paras. 96-97). The transitional exceptional circumstance may apply where it is shown that “the time the case has taken is justified based on the parties’ reasonable reliance on the law as it previously existed” (*R. v. Cody*, 2017 SCC 31, [2017] 1 S.C.R. 659, at para. 68). In *R. v. Rice*, 2018 QCCA 198, at para. 202 (CanLII), Vauclair J.A. noted that, for this purpose, the court may examine the conduct of the accused: [TRANSLATION] “[t]he absence of haste is an indicator of the lack of concern the accused has for delays and may be helpful in assessing prejudice”. This is in line with the factual determination made by the trial judge in this case, who found that the prejudice complained of by the respondents did not result from delay. In this situation, in light of the

Mélanie et Dax Ste-Marie ne pouvaient être représentés par le même avocat. Par conséquent, ils ont dû se représenter eux-mêmes. Malgré le conflit d’intérêts, ils ont continué d’insister pour que le procureur de leur père, Michel Ste-Marie, les représente tous les trois. Ils ont maintenu cette position pendant plus de deux ans. Cette ligne de conduite était manifestement intenable et elle a causé un retard supplémentaire.

[10] Notre conclusion est la même en ce qui concerne Richard Felx. Bien que le conflit d’intérêts ne le concernât pas directement, il ne s’est jamais montré préoccupé par les délais causés par ses coaccusés. De plus, la poursuite lui a offert à plusieurs reprises de tenir sa propre enquête préliminaire, mais il a toujours refusé.

[11] L’arrêt *Jordan* nous rappelle le principe, applicable en l’espèce, selon lequel la défense ne doit pas être autorisée à profiter de sa propre conduite à l’origine du délai ou de ses tactiques dilatoires (par. 60 et 63; voir *Morin*, p. 802; *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199, p. 1227-1228).

[12] L’appelant soutient qu’une fois les déductions faites, le délai net s’élève à tout au plus 35 mois (m.a., par. 41). Les intimés Mélanie Ste-Marie, Dax Ste-Marie et Richard Felx réfèrent à ce même calcul dans leur mémoire (m.i., par. 37).

[13] Tenant pour acquis, aux fins de la discussion, que le délai résiduel dépasse le plafond fixé par l’arrêt *Jordan*, la présomption de caractère déraisonnable peut être renversée au moyen de la mesure transitoire exceptionnelle (*Jordan*, par. 96-97). La mesure transitoire exceptionnelle peut s’appliquer dans les cas où il est démontré que « le temps qui s’est écoulé est justifié du fait que les parties se sont raisonnablement conformées au droit tel qu’il existait au préalable » (*R. c. Cody*, 2017 CSC 31, [2017] 1 R.C.S. 659, par. 68). Dans *R. c. Rice*, 2018 QCCA 198, 44 C.R. (7th) 83, par. 202, le juge Vauclair souligne que, à cette fin, le tribunal peut examiner le comportement des accusés : « [l]’absence d’empressement est un indice du peu de préoccupation de l’accusé à l’égard des délais et peut servir à évaluer le préjudice ». Cela rejoint la détermination factuelle du juge de première instance en l’espèce qui constate que le préjudice dont les intimés se plaignent ne découle pas du délai. Dans les

transitional exceptional circumstance identified in *Jordan*, it should be concluded that s. 11(b) of the *Charter* was not infringed and that the trial judge was right to dismiss the motions for a stay of proceedings.

[14] For these reasons, we would allow the appeal, set aside the stay of proceedings and remand the case to a new panel of the Quebec Court of Appeal for consideration of the other grounds of appeal that remain outstanding.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Director of Criminal and Penal Prosecutions, Montréal.

Solicitors for the respondents Mélanie Ste-Marie, Dax Ste-Marie and Richard Felx: BMD Avocats inc., Laval.

Solicitors for the respondent Michel Ste-Marie: Sherif Foda, Toronto; Addario Law Group, Toronto.

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

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Embry Dann, Toronto; Goldbloom Law, Toronto.

Solicitor for the intervener Association québécoise des avocats et avocates de la défense: Louis Belleau Avocat, Montréal.

circonstances, en application de la mesure transitoire exceptionnelle désignée dans *Jordan*, il y a lieu de conclure que l'al. 11b) de la *Charte* n'a pas été violé et le juge de première instance avait raison de rejeter les requêtes pour arrêt des procédures.

[14] Pour ces motifs, nous sommes d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler l'arrêt des procédures, et de renvoyer l'affaire devant une nouvelle formation de la Cour d'appel du Québec pour l'examen des autres moyens d'appel qui restent en suspens.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante : Directeur des poursuites criminelles et pénales, Montréal.

Procureurs des intimés Mélanie Ste-Marie, Dax Ste-Marie et Richard Felx : BMD Avocats inc., Laval.

Procureurs de l'intimé Michel Ste-Marie : Sherif Foda, Toronto; Addario Law Group, Toronto.

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

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Embry Dann, Toronto; Goldbloom Law, Toronto.

Procureur de l'intervenante l'Association québécoise des avocats et avocates de la défense : Louis Belleau Avocat, Montréal.

A.E. *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Director of Public Prosecutions *Intervener*

- and -

T.C.F. *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Director of Public Prosecutions *Intervener*

INDEXED AS: R. v. A.E.

2022 SCC 4

File Nos.: 39699, 39703.

2022: February 15.

Present: Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin, Kasirer and Jamal JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Sexual assault — Consent — Accused charged with sexual assault and sexual assault with weapon after they both engaged in group sexual activity with complainant and other individual — Trial judge rejecting complainant’s evidence that she did not consent to sexual activity and acquitting both accused of sexual assault charges but convicting one accused of sexual assault with weapon charge on basis that complainant did not consent to use of weapon — Court of Appeal setting aside acquittals and entering convictions for sexual assault — Convictions upheld.

A.E. *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Directrice des poursuites pénales *Intervenante*

- et -

T.C.F. *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Directrice des poursuites pénales *Intervenante*

RÉPERTORIÉ : R. c. A.E.

2022 CSC 4

N^{os} du greffe : 39699, 39703.

2022 : 15 février.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin, Kasirer et Jamal.

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

Droit criminel — Agression sexuelle — Consentement — Accusés inculpés d’agression sexuelle et d’agression sexuelle armée après s’être tous deux livrés à une activité sexuelle de groupe avec la plaignante et une autre personne — Juge du procès rejetant le témoignage de la plaignante selon lequel elle n’avait pas consenti à l’activité sexuelle et acquittant les deux accusés des accusations d’agression sexuelle, mais déclarant l’un d’eux coupable d’agression sexuelle armée au motif que la plaignante n’avait pas consenti à l’utilisation d’une arme — Annulation des acquittements par la Cour d’appel et inscription par celle-ci de déclarations de culpabilité pour agression sexuelle — Déclarations de culpabilité confirmées.

Criminal law — Appeals — Powers of Court of Appeal — Substituted conviction — Accused acquitted of sexual assault charges at trial — Court of Appeal setting aside acquittals and entering convictions — Substituted convictions permitted — Convictions upheld — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(4)(b)(ii).

Cases Cited

Applied: *R. v. Cassidy*, [1989] 2 S.C.R. 345; **referred to:** *R. v. Barton*, 2019 SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579; *R. v. Hutchinson*, 2014 SCC 19, [2014] 1 S.C.R. 346; *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729; *R. v. M. (R.)*, 2020 ONCA 231, 150 O.R. (3d) 369.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 273.2(b), 686(4)(b)(ii).

APPEALS from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Martin, O’Ferrall and Pentelechuk J.J.A.), 2021 ABCA 172, 27 Alta. L.R. (7th) 1, 466 D.L.R. (4th) 226, [2021] A.J. No. 654 (QL), 2021 CarswellAlta 1181 (WL), setting aside the acquittals of the accused, entering convictions for sexual assault and remitting the matters for sentencing. Appeals dismissed.

Andrea Serink and Alias Sanders, for the appellant A.E.

Balfour Q. H. Der, Q.C., James F. McLeod and David A. S. Roper, for the appellant T.C.F.

Andrew Barg and Tom Spark, for the respondent.

Blair MacPherson, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] MOLDAVER J. — We would dismiss the appeals and uphold A.E. and T.C.F.’s convictions for sexual assault. The trial judge erred in law, in that he

Droit criminel — Appels — Pouvoirs de la Cour d’appel — Substitution d’une déclaration de culpabilité à un acquittement — Accusés acquittés des accusations d’agression sexuelle au procès — Annulation des acquittements par la Cour d’appel et inscription par celle-ci de déclarations de culpabilité — Substitution des déclarations de culpabilité aux acquittements permise — Déclarations de culpabilité confirmées — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 686(4)(b)(ii).

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *R. c. Cassidy*, [1989] 2 R.C.S. 345; **arrêts mentionnés :** *R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579; *R. c. Hutchinson*, 2014 CSC 19, [2014] 1 R.C.S. 346; *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729; *R. c. M. (R.)*, 2020 ONCA 231, 150 O.R. (3d) 369.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 273.2b), 686(4)(b)(ii).

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges Martin, O’Ferrall et Pentelechuk), 2021 ABCA 172, 27 Alta. L.R. (7th) 1, 466 D.L.R. (4th) 226, [2021] A.J. No. 654 (QL), 2021 CarswellAlta 1181 (WL), qui a annulé les verdicts d’acquiescement prononcés en faveur des accusés, inscrit des déclarations de culpabilité pour agression sexuelle et renvoyé les affaires pour détermination de la peine. Pourvois rejetés.

Andrea Serink et Alias Sanders, pour l’appellant A.E.

Balfour Q. H. Der, c.r., James F. McLeod et David A. S. Roper, pour l’appellant T.C.F.

Andrew Barg et Tom Spark, pour l’intimée.

Blair MacPherson, pour l’intervenante.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LE JUGE MOLDAVER — Nous sommes d’avis de rejeter les appels et de confirmer les déclarations de culpabilité prononcées contre A.E. et T.C.F. pour

essentially applied a principle of “broad advance consent” (*R. v. Barton*, 2019 SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579, at para. 99). Consent must be linked to the sexual activity in question, it must exist at the time the activity occurs, and it can be withdrawn at any time (*Barton*, at para. 88; *R. v. Hutchinson*, 2014 SCC 19, [2014] 1 S.C.R. 346, at para. 17). The trial judge failed to address the scope of the complainant’s consent to sexual activity and failed to consider whether her consent was withdrawn. Accordingly, the trial judge’s determination that the complainant had subjectively consented to the sexual activity in question was not entitled to deference.

[2] As this Court set out in *R. v. Cassidy*, [1989] 2 S.C.R. 345, in order to substitute a conviction on an appeal from acquittal, “all the findings necessary to support a verdict of guilty must have been made, either explicitly or implicitly, or not be in issue” (pp. 354-55). The *Cassidy* test is met in this case, thereby permitting a substituted conviction under s. 686(4)(b)(ii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The trial judge’s explicit and implicit findings demonstrate that both A.E. and T.C.F. continued, and A.E. escalated the sexual interactions with the complainant even after she cried out “No”, without taking any steps to find out if she was withdrawing her consent. Specifically, A.E. slapped the complainant’s buttocks, and T.C.F. continued to engage the complainant in sexual activity and ordered her to perform fellatio. In the circumstances, T.C.F.’s assertion of an honest but mistaken belief in consent lacks an air of reality and is unsupported by any reasonable steps (*Criminal Code*, s. 273.2(b); *Barton*, at para. 122). Finally, in view of our conclusion that the *Cassidy* test is met here, we need not comment on Martin J.A.’s statement of the test for substituted convictions, found at para. 91 of his reasons (2021 ABCA 172, 27 Alta. L.R. (7th) 1).

agression sexuelle. Le juge du procès a commis une erreur de droit, en ce qu’il a essentiellement appliqué un principe de « consentement général donné à l’avance » (*R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579, par. 99). Le consentement doit viser l’activité sexuelle en question, il doit exister au moment où l’activité sexuelle a lieu et il peut être révoqué à tout moment (*Barton*, par. 88; *R. c. Hutchinson*, 2014 CSC 19, [2014] 1 R.C.S. 346, par. 17). Le juge du procès a omis de tenir compte de la portée du consentement de la plaignante à l’activité sexuelle et ne s’est pas demandé si elle avait révoqué son consentement. En conséquence, la décision du juge du procès portant que la plaignante avait subjectivement consenti à l’activité sexuelle en question ne commandait pas la déférence.

[2] Comme l’a énoncé notre Cour dans *R. c. Cassidy*, [1989] 2 R.C.S. 345, afin de substituer une déclaration de culpabilité en cas d’appel d’un acquittement, « toutes les conclusions nécessaires pour justifier un verdict de culpabilité doivent avoir été tirées explicitement ou implicitement, ou ne pas être en cause » (p. 354-355). Il est satisfait en l’espèce au critère établi dans l’arrêt *Cassidy*, ce qui permet de substituer une déclaration de culpabilité à l’acquittement conformément au sous-al. 686(4)(b)(ii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. Les conclusions explicites et implicites du juge du procès démontrent que tant A.E. que T.C.F. ont continué les interactions sexuelles avec la plaignante, et que A.E. les a intensifiées même après que celle-ci a crié « Non », sans prendre quelque mesure que ce soit pour vérifier si elle révoquait son consentement. Plus particulièrement, A.E. a donné des claques sur les fesses de la plaignante, et T.C.F. a continué à se livrer à une activité sexuelle avec celle-ci et lui a ordonné de lui faire une fellation. Dans les circonstances, l’affirmation de T.C.F. suivant laquelle il avait une croyance sincère mais erronée au consentement est dépourvue de vraisemblance et n’est pas appuyée par la prise de quelque mesure raisonnable que ce soit (*Code criminel*, al. 273.2b); *Barton*, par. 122). Enfin, vu notre conclusion portant qu’il est satisfait en l’espèce au critère établi dans *Cassidy*, nous n’avons pas à commenter l’énoncé du critère relatif à la substitution d’une déclaration de culpabilité à un acquittement qu’a fait le juge Martin de la Cour d’appel, au par. 91 de ses motifs (2021 ABCA 172, 27 Alta. L.R. (7th) 1).

[3] With respect to the allegations of bias raised by A.E., we are all of the view that nothing asserted by him called into any question the integrity and impartiality of the Court of Appeal of Alberta in this case.

[4] The appellant A.E. also asks this Court to stay his conviction for sexual assault under *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729, on the basis that it is a lesser included count within his conviction for sexual assault with a weapon. We would not give effect to this submission. In these circumstances, the offences involve different subsets of facts and address different forms of harm (see *R. v. M. (R.)*, 2020 ONCA 231, 150 O.R. (3d) 369, at para. 52). Specifically, the charge of sexual assault with a weapon addresses the injuries that the complainant suffered as a result of the use of the toothbrush, as well as the elevated risk that it brought about.

[5] We note that the Court of Appeal of Alberta addressed other issues in *obiter*, including: T.C.F.'s liability for sexual assault with a weapon; whether surreptitious recording constitutes fraud vitiating consent; and whether consent to sexual activity can be given in situations involving intentional bodily harm. In the circumstances, it is unnecessary for us to address these issues.

[6] In the result, the appeals from conviction are dismissed and the matters are remitted to the Court of Queen's Bench for sentencing.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant A.E.: Serink Law Office, Calgary; Alias Sanders, Calgary.

Solicitors for the appellant T.C.F.: Der Barristers, Calgary.

[3] Pour ce qui est des allégations de partialité soulevées par A.E., nous sommes toutes et tous d'avis que rien de ce qu'il avance ne remettait en question l'intégrité et l'impartialité de la Cour d'appel de l'Alberta dans la présente affaire.

[4] L'appellant A.E. demande en outre à la Cour de suspendre sa déclaration de culpabilité pour agression sexuelle en application de l'arrêt *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729, au motif qu'il s'agit d'une infraction moindre et incluse visée par la déclaration de culpabilité prononcée contre lui pour agression sexuelle armée. Nous ne pouvons faire droit à cette prétention. Dans les circonstances de la présente affaire, les infractions portent sur différents sous-ensembles de faits et visent différentes formes de préjudice (voir *R. c. M. (R.)*, 2020 ONCA 231, 150 O.R. (3d) 369, par. 52). De façon plus particulière, l'accusation d'agression sexuelle armée vise les blessures subies par la plaignante par suite de l'utilisation de la brosse à dents, ainsi que le risque élevé que cela entraînait.

[5] Nous soulignons que la Cour d'appel de l'Alberta a traité d'autres questions en *obiter*, notamment la responsabilité de T.C.F. quant à l'agression sexuelle armée; la question de savoir si l'enregistrement clandestin constituait une fraude viciant le consentement; et celle de savoir si un consentement à l'activité sexuelle peut être donné dans des situations comportant des préjudices corporels intentionnels. Dans les circonstances, il n'est pas nécessaire que nous examinions ces questions.

[6] En conséquence, les appels des déclarations de culpabilité sont rejetés et les affaires sont renvoyées à la Cour du Banc de la Reine en vue de la détermination de la peine.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appellant A.E. : Serink Law Office, Calgary; Alias Sanders, Calgary.

Procureurs de l'appellant T.C.F. : Der Barristers, Calgary.

Solicitor for the respondent: Alberta Crown Prosecution Service — Appeals and Specialized Prosecutions Office, Calgary.

Solicitor for the intervener: Public Prosecution Service of Canada, Yellowknife.

Procureur de l'intimée : Alberta Crown Prosecution Service — Appeals and Specialized Prosecutions Office, Calgary.

Procureur de l'intervenante : Service des poursuites pénales du Canada, Yellowknife.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Daniel Brunelle *Respondent***INDEXED AS: R. v. BRUNELLE****2022 SCC 5**

File No.: 39701.

2022: March 15.

Present: Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin, Kasirer and Jamal JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Appeals — Unreasonable verdict — Evidence — Trial judge finding that accused did not act in self-defence when he stabbed complainant during altercation following collision between their vehicles — Accused convicted of aggravated assault, assault with weapon and possession of weapon for purpose dangerous to public peace — Majority of Court of Appeal setting aside guilty verdicts and ordering new trial on ground that trial judge drew improper inference from evidence in analyzing second criterion for self-defence — Dissenting judge concluding that trial judge's finding was supported by evidence and involved no palpable and overriding error — Convictions restored.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Khill*, 2021 SCC 37, [2021] 2 S.C.R. 948; *R. v. Beaudry*, 2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190; *R. v. Sinclair*, 2011 SCC 40, [2011] 3 S.C.R. 3; *R. v. R.P.*, 2012 SCC 22, [2012] 1 S.C.R. 746; *R. v. Burke*, [1996] 1 S.C.R. 474; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *R. v. Gagnon*, 2006 SCC 17, [2006] 1 S.C.R. 621.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 34.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Daniel Brunelle *Intimé***RÉPERTORIÉ : R. c. BRUNELLE****2022 CSC 5**

N° du greffe : 39701.

2022 : 15 mars.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin, Kasirer et Jamal.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Appels — Verdict déraisonnable — Preuve — Conclusion de la juge du procès portant que l'accusé n'a pas agi en légitime défense lorsqu'il a poignardé le plaignant lors d'une échauffourée faisant suite à un accrochage entre leurs véhicules — Accusé déclaré coupable de voies de fait graves, de voies de fait armées et de possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique — Verdicts de culpabilité annulés et nouveau procès ordonné par les juges majoritaires de la Cour d'appel au motif que la juge du procès a tiré une inférence inappropriée de la preuve lors de son analyse du deuxième critère de la légitime défense — Décision du juge dissident portant que la conclusion de la juge du procès trouve appui dans la preuve et est exempte d'erreur manifeste et déterminante — Déclarations de culpabilité rétablies.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Khill*, 2021 CSC 37, [2021] 2 R.C.S. 948; *R. c. Beaudry*, 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190; *R. c. Sinclair*, 2011 CSC 40, [2011] 3 R.C.S. 3; *R. c. R.P.*, 2012 CSC 22, [2012] 1 R.C.S. 746; *R. c. Burke*, [1996] 1 R.C.S. 474; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *R. c. Gagnon*, 2006 CSC 17, [2006] 1 R.C.S. 621.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 34.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Bélanger, Baudouin and Bachand JJ.A.), 2021 QCCA 783, [2021] AZ-51765162, [2021] J.Q. n° 4921 (QL), 2021 CarswellQue 6132 (WL), setting aside the convictions of the accused for aggravated assault, assault with a weapon and possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace and ordering a new trial. Appeal allowed.

Nicolas Abran and Alexandre Dubois, for the appellant.

Marie-Hélène Giroux, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

[1] THE CHIEF JUSTICE — The Crown appeals as of right from a decision of the Quebec Court of Appeal (2021 QCCA 783). It argues that the majority overstepped its appellate role by reassessing the evidence without identifying any error in the trial judge’s reasoning.

[2] The accused claims that he acted in self-defence pursuant to s. 34 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. As this Court recently noted in *R. v. Khill*, 2021 SCC 37, [2021] 2 S.C.R. 948, three components must be present for this defence to be successful: (1) the catalyst; (2) the motive; and (3) the response (para. 51).

[3] The trial judge rejected the theory of self-defence. In her view, the second criterion for this defence was not met. She did not believe that the accused had used force to defend or protect himself from the use or threat of force. In light of her assessment of the evidence, she found rather that the accused had acted out of vengeance. She therefore convicted him of aggravated assault, assault with a weapon and possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace.

[4] The majority of the Court of Appeal allowed the accused’s appeal, set aside the guilty verdicts

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges Bélanger, Baudouin et Bachand), 2021 QCCA 783, [2021] AZ-51765162, [2021] J.Q. n° 4921 (QL), 2021 CarswellQue 6132 (WL), qui a annulé les déclarations de culpabilité pour voies de fait graves, voies de fait armées et possession d’une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique prononcées contre l’accusé et ordonné un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

Nicolas Abran et Alexandre Dubois, pour l’appelante.

Marie-Hélène Giroux, pour l’intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

[1] LE JUGE EN CHEF — Le ministère public se pourvoit de plein droit contre une décision de la Cour d’appel du Québec (2021 QCCA 783). Il soutient que les juges majoritaires ont outrepassé leur rôle en matière d’appel en réévaluant la preuve sans toutefois identifier d’erreur dans le raisonnement de la juge de première instance.

[2] L’accusé prétend avoir agi en légitime défense conformément à l’art. 34 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. Comme l’a rappelé récemment notre Cour dans *R. c. Khill*, 2021 CSC 37, [2021] 2 R.C.S. 948, trois composantes doivent être réunies afin que l’accusé puisse invoquer avec succès ce moyen de défense : (1) le catalyseur; (2) le mobile; et (3) la réaction (par. 51).

[3] La juge de première instance rejette la thèse de la légitime défense. Elle est d’avis que le deuxième critère de ce moyen de défense n’est pas respecté. Elle ne croit pas que l’accusé a utilisé la force pour se défendre ou pour se protéger contre l’emploi ou la menace d’emploi de la force. Elle conclut, au contraire, à la lumière de son évaluation de la preuve, qu’il a agi par vengeance. Elle déclare donc l’accusé coupable de voies de fait graves, de voies de fait armées et de possession d’une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique.

[4] La majorité de la Cour d’appel a accueilli l’appel de l’accusé, cassé les verdicts de culpabilité et

and ordered a new trial on the ground that the trial judge had erred in analyzing the second criterion for self-defence.

[5] Bachand J.A., dissenting, would instead have dismissed the appeal. Noting that the trial judge's finding was supported by the evidence, he concluded that it was reasonable and entitled to deference.

[6] We are all of the view that the majority of the Court of Appeal erred in intervening in this case, and we agree in part with the reasons of Bachand J.A.

[7] When a verdict is reached by a judge sitting alone, there are two bases on which a court of appeal may be justified in intervening because the verdict is unreasonable: (1) where the verdict cannot be supported by the evidence; or (2) where the verdict is vitiated by illogical or irrational reasoning (*R. v. Beaudry*, 2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190; *R. v. Sinclair*, 2011 SCC 40, [2011] 3 S.C.R. 3).

[8] While the unreasonableness of a verdict is a question of law, the assessment of credibility is a question of fact (*R. v. R.P.*, 2012 SCC 22, [2012] 1 S.C.R. 746, at para. 10). A trial judge's assessment of the credibility of witnesses may be rejected only where it "cannot be supported on any reasonable view of the evidence" (*R. v. Burke*, [1996] 1 S.C.R. 474, at para. 7). As Bachand J.A. correctly pointed out, the question in this case was therefore not [TRANSLATION] "whether the finding that the [accused] acted out of vengeance was the only one reasonably open to the judge in light of the evidence adduced", but rather "whether that finding is sufficiently supported by the evidence and involves no palpable and overriding error" (para. 58 (CanLII), citing *Beaudry*). Bachand J.A. completed his remarks by noting that the trial judge could find beyond a reasonable doubt that the respondent had acted out of vengeance and not for the purpose of defending himself.

[9] We are all of the view that the majority of the Court of Appeal failed to consider the trial judge's privileged position in assessing the evidence (see

ordonné la tenue d'un nouveau procès au motif que l'analyse du deuxième critère de la légitime défense de la juge de première instance était erronée.

[5] Le juge Bachand, dissident, aurait plutôt rejeté l'appel. Constatant que la conclusion de la juge du procès trouve appui dans la preuve, il conclut que sa conclusion est raisonnable et commande déférence.

[6] Nous sommes tous d'avis que la majorité de la Cour d'appel a eu tort d'intervenir en l'espèce et nous partageons en partie les motifs du juge Bachand.

[7] Lorsqu'un verdict est rendu par un juge qui siège seul, il existe deux fondements sur lesquels une cour d'appel peut être justifiée d'intervenir lorsque le verdict est déraisonnable, soit (1) lorsque le verdict ne peut s'appuyer sur la preuve; ou (2) lorsque le verdict est vicié en raison d'un raisonnement illogique ou irrationnel (*R. c. Beaudry*, 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190; *R. c. Sinclair*, 2011 CSC 40, [2011] 3 R.C.S. 3).

[8] Bien que le verdict déraisonnable soit une question de droit, l'appréciation de la crédibilité, elle, constitue une question de faits (*R. c. R.P.*, 2012 CSC 22, [2012] 1 R.C.S. 746, par. 10). L'appréciation de la crédibilité des témoins par la juge du procès ne peut être écartée que lorsqu'elle « ne peut pas s'appuyer sur quelque interprétation raisonnable que ce soit de la preuve » (*R. c. Burke*, [1996] 1 R.C.S. 474, par. 7). Comme le souligne à juste titre le juge Bachand, la question en l'espèce n'était donc pas de savoir « si la conclusion selon laquelle [l'accusé] a agi par vengeance est la seule que la juge pouvait raisonnablement tirer compte tenu de la preuve qui a été administrée », mais plutôt « de savoir si cette conclusion trouve suffisamment appui dans la preuve et si elle est exempte d'erreur manifeste et déterminante » (par. 58 (CanLII), citant *Beaudry*). Le juge Bachand complète son énoncé en soulignant que la juge de première instance pouvait conclure hors de tout doute raisonnable que l'intimé avait agi par vengeance et non dans le but de se défendre.

[9] Nous sommes tous d'avis que la majorité de la Cour d'appel a omis de considérer la position privilégiée qu'a la juge du procès pour apprécier la preuve (voir

Beaudry, at para. 62). The majority faulted the trial judge for failing to consider certain evidence, but it did so without clearly identifying a palpable and overriding error in her analysis. However, “[t]he mere fact that the trial judge did not discuss a certain point or certain evidence in depth is not sufficient grounds for appellate interference” (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at para. 72). The majority could not simply substitute its opinion for that of the trial judge with respect to the assessment of the credibility of witnesses (*R. v. Gagnon*, 2006 SCC 17, [2006] 1 S.C.R. 621, at para. 23). In the absence of a reviewable error, it should have shown deference.

[10] Nor could the majority of the Court of Appeal assert that the trial judge’s finding on the second criterion for self-defence was [TRANSLATION] “vitiated by faulty underlying reasoning” (para. 54). A verdict may be considered unreasonable where it is based on illogical or irrational reasoning, such as where the trial judge makes a finding that is essential to the verdict but incompatible with evidence that is uncontradicted and not rejected by the judge (*Beaudry*, at para. 98; *Sinclair*, at para. 21). Here, the inference drawn by the trial judge from the evidence was not incompatible with the evidence adduced. On the contrary, her approach was coherent and supported by evidence that was neither contradicted nor rejected. There were no grounds for intervention.

[11] For these reasons, we are all of the view that the appeal should be allowed, the guilty verdicts entered by the Court of Québec restored, and the respondent Daniel Brunelle ordered to report to prison authorities within 72 hours of this judgment.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Director of Criminal and Penal Prosecutions, Saint-Jérôme.

Solicitors for the respondent: Marie-Hélène Giroux Avocats Inc., Montréal.

Beaudry, par. 62). Elle lui reproche d’avoir omis de considérer certains éléments de preuve sans toutefois clairement identifier d’erreur manifeste et déterminante dans son analyse. Or, « [l]e simple fait que la juge de première instance n’a pas analysé en profondeur un point donné ou un élément de preuve particulier ne constitue pas un motif suffisant pour justifier l’intervention des tribunaux d’appel » (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 72). La majorité ne pouvait simplement substituer son opinion à celle de la juge de première instance sur l’appréciation de la crédibilité des témoins (*R. c. Gagnon*, 2006 CSC 17, [2006] 1 R.C.S. 621, par. 23). En l’absence d’une erreur révisable, elle aurait dû faire preuve de retenue.

[10] La majorité de la Cour d’appel ne pouvait pas non plus soutenir que la conclusion de la juge de première instance concernant le second critère de la légitime défense était « viciée par un raisonnement sous-jacent défaillant » (par. 54). Un verdict peut être qualifié de déraisonnable lorsqu’il est fondé sur un raisonnement illogique ou irrationnel, par exemple lorsque le juge de première instance tire une conclusion essentielle au verdict, mais qui est incompatible avec la preuve non contredite et non rejetée par le juge du procès (*Beaudry*, par. 98; *Sinclair*, par. 21). Ici, l’inférence que tire la juge du procès de la preuve n’est pas incompatible avec la preuve présentée. Son approche est, au contraire, cohérente et s’appuie sur la preuve non contredite et non rejetée. Il n’y avait pas matière à intervention.

[11] Pour ces motifs, nous sommes tous d’avis d’accueillir l’appel, de rétablir les verdicts de culpabilité prononcés par la Cour du Québec et d’ordonner à l’intimé Daniel Brunelle de se livrer aux autorités carcérales dans les 72 heures du présent jugement.

Jugement en conséquence.

Procureur de l’appelante : Directeur des poursuites criminelles et pénales, Saint-Jérôme.

Procureurs de l’intimé : Marie-Hélène Giroux Avocats Inc., Montréal.

Germaine Anderson on her own behalf and on behalf of all other Beaver Lake Cree Nation beneficiaries of Treaty No. 6 and of Beaver Lake Cree Nation *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen in Right of the Province of Alberta and Attorney General of Canada *Respondents*

and

Attorney General of British Columbia, Alberta Prison Justice Society, Chiefs of Ontario, Advocates' Society, Assembly of Manitoba Chiefs, Indigenous Bar Association in Canada, Treaty 8 First Nations of Alberta, Ecojustice Canada Society and Anishinabek Nation *Interveners*

INDEXED AS: ANDERSON v. ALBERTA

2022 SCC 6

File No.: 39323.

2021: November 4; 2022: March 18.

Present: Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin, Kasirer and Jamal JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Civil procedure — Costs — Advance costs — Requirement of impecuniosity — First Nation government applying for advance costs to fund litigation concerning treaty rights — Whether impecuniosity requirement can be met where applicant has access to financial resources that could fund litigation but claims that it must devote resources to other priorities.

Beaver Lake Cree Nation is a First Nation band whose members are beneficiaries of Treaty No. 6. In 2008, Beaver Lake sued the Crown for having improperly allowed its

Germaine Anderson en son propre nom et au nom de tous les autres bénéficiaires du Traité n° 6 de la Beaver Lake Cree Nation et de la Beaver Lake Cree Nation *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine du chef de la province d'Alberta et procureur général du Canada *Intimés*

et

Procureur général de la Colombie-Britannique, Alberta Prison Justice Society, Chiefs of Ontario, Société des plaideurs, Assembly of Manitoba Chiefs, Association du Barreau autochtone au Canada, Treaty 8 First Nations of Alberta, Ecojustice Canada Society et Anishinabek Nation *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : ANDERSON c. ALBERTA

2022 CSC 6

N° du greffe : 39323.

2021 : 4 novembre; 2022 : 18 mars.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin, Kasirer et Jamal.

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

Procédure civile — Dépens — Provisions pour frais — Condition d'impecuniosité — Gouvernement d'une Première Nation sollicitant une provision pour frais pour financer une poursuite concernant des droits issus de traités — Peut-il être satisfait à la condition d'impecuniosité lorsque le demandeur a accès à des ressources financières susceptibles de servir à financer un litige, mais prétend qu'il doit consacrer ces ressources à d'autres priorités?

La Beaver Lake Cree Nation est une bande autochtone dont les membres sont bénéficiaires du Traité n° 6. En 2008, Beaver Lake a poursuivi la Couronne pour avoir

lands to be taken up for industrial and resource development. A 120-day trial is scheduled to begin in January 2024. Beaver Lake says that the cost of litigation — estimated at \$5 million — is well beyond its reach. It therefore brought an application for advance costs to fund its litigation.

Under the impecuniosity branch of the advance costs test, Beaver Lake contends that even though it has access to resources that could potentially fund the litigation, these resources must be applied to address other priorities, such as substantial deficits in housing and infrastructure and high levels of unemployment and social assistance. The case management judge held that Beaver Lake was impecunious and awarded it advance costs. The Court of Appeal set aside the order for advance costs, holding that there was insufficient evidence to support a finding of impecuniosity and that it was an error in principle to conclude that Beaver Lake was impecunious when it had financial resources but chose to spend them on other priorities.

Held: The appeal should be allowed.

A First Nation government that has access to resources that could fund litigation may meet the impecuniosity requirement if it demonstrates that it requires such resources to meet its pressing needs. Pressing needs are not defined by the bare necessities of life. Rather, and in keeping with the imperative of reconciliation, they ought to be understood from the perspective of that First Nation government. Accordingly, in appropriate cases, a First Nation government may succeed in demonstrating impecuniosity despite having access to resources whose value equals or exceeds its litigation costs. In the instant case, the case management judge's findings were insufficient to conclude that Beaver Lake had satisfied the legal test for impecuniosity and the record before her was itself insufficient to support such findings. Beaver Lake's application for advance costs must be remitted for a new hearing.

The test for advance costs is rigorous since courts must be mindful of the constraints of their institutional role. Three absolute requirements must be satisfied: impecuniosity, a *prima facie* meritorious case, and issues of public importance. The concept of necessity is captured by the Court's direction that advance costs are to be ordered as a last resort, where the First Nation government genuinely cannot afford the litigation and where it is impossible to proceed with the litigation without such costs. It is open

irrégulièrement permis que ses terres soient consacrées au développement industriel et à l'exploitation des ressources. Un procès de 120 jours est censé débiter en janvier 2024. Beaver Lake dit que le coût du litige — qu'elle estime à 5 millions de dollars — est bien au-dessus de ses moyens. Elle a donc présenté une demande de provision pour frais pour financer sa poursuite.

Selon le volet « impecuniosité » du critère d'octroi d'une provision pour frais, Beaver Lake prétend que, même si elle a accès à des ressources qui seraient susceptibles de servir à financer le litige, ces ressources doivent être affectées à d'autres priorités, comme des déficits importants au chapitre du logement et des infrastructures ainsi que des taux de chômage et d'assistance sociale élevés. La juge chargée de la gestion de l'instance a statué que Beaver Lake était impecunieuse et lui a accordé une provision pour frais. La Cour d'appel a annulé l'ordonnance de provision pour frais, jugeant que la preuve était insuffisante pour étayer une conclusion d'impecuniosité et que c'était une erreur de principe de conclure à l'impecuniosité de Beaver Lake alors qu'elle disposait de ressources financières, mais a choisi de les affecter à d'autres priorités.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

Le gouvernement d'une Première Nation qui a accès à des ressources susceptibles de servir à financer un litige peut satisfaire à la condition d'impecuniosité s'il démontre qu'il lui faut ces ressources pour subvenir à ses besoins pressants. Les besoins pressants ne correspondent pas aux seuls besoins essentiels. Il faut plutôt les aborder du point de vue de ce gouvernement conformément à l'impératif de réconciliation. En conséquence, dans les cas appropriés, le gouvernement d'une Première Nation peut parvenir à démontrer son impecuniosité même s'il a accès à des ressources dont la valeur égale ou dépasse les frais que lui occasionne le litige. En l'espèce, les constatations de la juge chargée de la gestion de l'instance ne permettaient pas de conclure que Beaver Lake avait satisfait au critère juridique d'impecuniosité, et le dossier dont elle disposait était insuffisant en soi pour étayer de telles constatations. La demande de provision pour frais présentée par Beaver Lake doit être renvoyée pour nouvelle audition.

Le critère d'octroi d'une provision pour frais est rigoureux, car le tribunal doit tenir compte des contraintes de son rôle institutionnel. Trois conditions absolues doivent être réunies : l'impecuniosité, une affaire valant *prima facie* d'être instruite, et des questions d'importance pour le public. Le concept de nécessité se dégage de la directive de la Cour voulant que les provisions pour frais soient adjugées en dernier recours, lorsque le gouvernement d'une Première Nation n'a véritablement pas les moyens

to a court to decide that a First Nation government is impecunious when its prioritization of pressing needs, properly understood, has left it unable to fund public interest litigation. This approach is sufficiently flexible to account for the realities facing First Nations governments and the importance of furthering the goal of reconciliation. A court must consider the broader context in which a First Nation government makes financial decisions, including its competing spending commitments, restrictions on the uses of its resources, and fiduciary and good governance obligations. A First Nation government may genuinely need to allocate some or all of its resources to priorities other than litigation.

The court's analysis must be firmly grounded in the evidence and detailed proof may be required to ensure accountability over the expenditure of public funds. The court must be able to (1) identify the applicant's pressing needs; (2) determine what resources are required to meet those needs; (3) assess the applicant's financial resources; and (4) identify the estimated costs of funding the litigation.

The pressing needs of a First Nation should be considered from the perspective of its government that sets its priorities and is best situated to identify its needs. This will always be a fact-specific determination. There can be no question that expenditures on basic necessities of life, including adequate housing, a safe water supply, and basic health and education services, rise to the level of a pressing need. Spending to improve standards of living, for example, to provide enhanced health and education services or to promote cultural survival, may also qualify. A court identifying the pressing needs of a First Nation government may have regard to what that government has prioritized in the past. As well, in the context of the advance costs test, judicial notice may be taken of the systemic and background factors affecting Indigenous peoples in Canadian society, insofar as they may be relevant to understanding a First Nation government's financial situation and spending priorities.

An applicant should adduce evidence of the costs of meeting its pressing needs and the extent to which it cannot cover those costs. The amount of detail required will depend on the circumstances, including the nature of the unmet needs and any difficulties in estimating the costs of

de payer les frais occasionnés par le litige, et qu'il est impossible d'aller de l'avant avec le litige sans provision pour frais. Le tribunal peut décider que le gouvernement d'une Première Nation est impécunieux si le fait d'avoir accordé la priorité aux besoins pressants, interprétés correctement, l'a rendu incapable de financer un litige d'intérêt public. Cette approche est suffisamment souple pour prendre en compte la réalité des gouvernements des Premières Nations et l'importance de favoriser l'atteinte de l'objectif de réconciliation. Le tribunal doit aussi examiner le contexte général dans lequel le gouvernement d'une Première Nation prend des décisions financières, notamment ses dépenses concurrentes, les restrictions à l'usage de ses ressources, ainsi que les obligations fiduciaires et de bonne gouvernance. Le gouvernement d'une Première Nation peut véritablement avoir besoin d'affecter une partie ou l'ensemble de ses ressources à d'autres priorités que le recours aux tribunaux.

L'analyse du tribunal doit s'appuyer fortement sur la preuve, et une preuve détaillée peut s'avérer nécessaire pour assurer la reddition de comptes sur la dépense de fonds publics. Le tribunal doit pouvoir (1) cerner les besoins pressants du demandeur; (2) déterminer quelles ressources sont nécessaires pour répondre à ces besoins; (3) évaluer les ressources financières du demandeur; et (4) établir les frais estimatifs du financement du litige.

Les besoins pressants d'une Première Nation devraient être examinés du point de vue de son gouvernement, qui fixe ses priorités et est le mieux placé pour cerner ses besoins. Il faut toujours cerner ceux-ci au regard des faits. Il ne fait aucun doute que les dépenses consacrées aux besoins essentiels, y compris des logements convenables, une source d'eau sûre ainsi que des services de santé et d'éducation de base, servent à combler un besoin pressant. Il peut également s'agir de dépenser pour améliorer les conditions de vie, par exemple, en vue d'offrir de meilleurs services de santé et d'éducation, ou encore de favoriser la survie culturelle. Le tribunal qui cerne les besoins pressants du gouvernement d'une Première Nation peut tenir compte des priorités établies dans le passé par ce gouvernement. En outre, s'agissant du critère d'octroi d'une provision pour frais, le tribunal peut prendre connaissance d'office des facteurs systémiques et historiques touchant les Autochtones dans la société canadienne, dans la mesure où ils peuvent permettre de comprendre la situation financière du gouvernement d'une Première Nation et ses priorités en matière de dépenses.

Le demandeur devrait également produire une preuve des frais à engager pour répondre à ses besoins pressants et de la mesure dans laquelle il n'est pas capable d'assumer ces frais. La quantité de renseignements nécessaires dépendra des circonstances, notamment la nature des besoins non

those needs. Where a First Nation government applicant has extensive assets and ongoing revenue, more detailed evidence of its financial resources is required to demonstrate impecuniosity. Conversely, in some cases, a finding of impecuniosity can be made even where the applicant does not adduce detailed evidence, either because the applicant does not have any available financial resources, or because it is obvious that its resources would be outstripped by its pressing needs.

Where an applicant has access to financial resources that could potentially be used to pay for the litigation, it bears the onus of proving that it genuinely cannot afford to pay for the litigation because it must commit those resources to address other pressing needs, and it must demonstrate that those resources are in fact being devoted to addressing those pressing needs. In all cases, because advance costs are a matter of last resort, an applicant must demonstrate that it made sufficient efforts to obtain funding from alternate sources. An applicant must also submit an up-to-date litigation plan so that a court can know, at least approximately, the cost of pursuing the litigation. Ultimately, after assessing the financial resources available to a First Nation government applicant, the extent to which it must commit those resources to pressing needs in priority to the litigation and the estimated cost of the litigation, a determination can be made regarding whether the applicant has surplus resources with which it may finance the litigation in whole or in part.

Cases Cited

Applied: *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, 2003 SCC 71, [2003] 3 S.C.R. 371; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Commissioner of Customs and Revenue)*, 2007 SCC 2, [2007] 1 S.C.R. 38; **considered:** *R. v. Caron*, 2011 SCC 5, [2011] 1 S.C.R. 78; *Keewatin v. Ontario (Minister of Natural Resources)* (2006), 32 C.P.C. (6th) 258; *Missanabic Cree First Nation v. Ontario*, 2011 ONSC 5196, 38 C.P.C. (7th) 385; *Hagwilget Indian Band v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, 2008 FC 574, [2008] 3 C.N.L.R. 136; **referred to:** *Trial Lawyers Association of British Columbia v. British Columbia (Attorney General)*, 2014 SCC 59, [2014] 3 S.C.R. 31; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214; *Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3; *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993]

comblés et toute difficulté à en estimer le coût. Lorsque le gouvernement d'une Première Nation qui sollicite une provision pour frais possède d'importants actifs et des revenus constants, il doit produire une preuve plus détaillée de ses ressources financières pour démontrer l'impecuniosité. À l'opposé, dans certains cas, il est possible de conclure à l'impecuniosité même si le demandeur ne produit pas une preuve détaillée, soit parce que le demandeur ne dispose d'aucune ressource financière disponible, ou parce que ses ressources financières seraient manifestement dépassées par ses besoins pressants.

Le demandeur ayant accès à des ressources financières qui pourraient servir à payer les frais occasionnés par le litige a le fardeau de prouver qu'il n'a véritablement pas les moyens de payer ces frais parce qu'il doit affecter les ressources en question pour répondre à d'autres besoins pressants, et il doit démontrer que ces ressources sont effectivement utilisées pour répondre à ces besoins. Dans tous les cas, puisque les provisions pour frais constituent une mesure de dernier recours, le demandeur doit démontrer qu'il a déployé suffisamment d'efforts pour obtenir du financement d'autres sources. Le demandeur doit également soumettre un plan de financement du litige à jour pour que le tribunal puisse au moins avoir une idée de ce qu'il en coûtera pour poursuivre l'instance. En dernière analyse, après évaluation des ressources financières à la disposition du gouvernement d'une Première Nation qui sollicite une provision pour frais, de la mesure dans laquelle ce dernier doit affecter ces ressources à des besoins pressants qui ont priorité sur le litige, et du coût estimé de celui-ci, on peut décider si le gouvernement demandeur a des ressources excédentaires grâce auxquelles il peut financer le litige en tout ou en partie.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, 2003 CSC 71, [2003] 3 R.C.S. 371; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Commissaire des Douanes et du Revenu)*, 2007 CSC 2, [2007] 1 R.C.S. 38; **arrêts examinés :** *R. c. Caron*, 2011 CSC 5, [2011] 1 R.C.S. 78; *Keewatin c. Ontario (Minister of Natural Resources)* (2006), 32 C.P.C. (6th) 258; *Missanabic Cree First Nation c. Ontario*, 2011 ONSC 5196, 38 C.P.C. (7th) 385; *Bande indienne d'Hagwilget c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2008 CF 574; **arrêts mentionnés :** *Trial Lawyers Association of British Columbia c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2014 CSC 59, [2014] 3 R.C.S. 31; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214; *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse*

1 S.C.R. 319; *St-Arnaud v. C.L.*, 2009 QCCA 97; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550; *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388; *Newfoundland and Labrador (Attorney General) v. Uashaunnuat (Innu of Uashat and of Mani-Utenam)*, 2020 SCC 4, [2020] 1 S.C.R. 15; *R. v. Desautel*, 2021 SCC 17, [2021] 1 S.C.R. 533; *First Nation of Nacho Nyak Dun v. Yukon*, 2017 SCC 58, [2017] 2 S.C.R. 576; *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433; *R. v. Caron*, 2007 ABQB 632, 424 A.R. 377; *S.A. v. Metro Vancouver Housing Corp.*, 2019 SCC 4, [2019] 1 S.C.R. 99; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1982, s. 35.
Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Slatter, Rowbotham and Pentelechuk J.J.A.), 2020 ABCA 238, 448 D.L.R. (4th) 555, [2020] A.J. No. 675 (QL), 2020 CarswellAlta 1082 (WL), setting aside a decision of Browne J., 2019 ABQB 746, [2019] A.J. No. 1300 (QL), 2019 CarswellAlta 2059 (WL). Appeal allowed.

Karey Brooks and Robert Janes, Q.C., for the appellant.

Aldo Argento, Lara Mason and Sunny Mann, for the respondent Her Majesty The Queen in Right of the Province of Alberta.

François Joyal and John Provart, for the respondent the Attorney General of Canada.

Heather Cochran and Jacqueline Hughes, Q.C., for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Avnish Nanda, for the intervener the Alberta Prison Justice Society.

(*Président de l'Assemblée législative*), [1993] 1 R.C.S. 319; *St-Arnaud c. C.L.*, 2009 QCCA 97, [2009] R.J.Q. 239; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550; *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388; *Terre-Neuve-et-Labrador (Procureur général) c. Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam)*, 2020 CSC 4, [2020] 1 R.C.S. 15; *R. c. Desautel*, 2021 CSC 17, [2021] 1 R.C.S. 533; *First Nation of Nacho Nyak Dun c. Yukon*, 2017 CSC 58, [2017] 2 R.C.S. 576; *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433; *R. c. Caron*, 2007 ABQB 632, 424 A.R. 377; *S.A. c. Metro Vancouver Housing Corp.*, 2019 CSC 4, [2019] 1 R.C.S. 99; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331.

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.
Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, c. I-5.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Slatter, Rowbotham et Pentelechuk), 2020 ABCA 238, 448 D.L.R. (4th) 555, [2020] A.J. No. 675 (QL), 2020 CarswellAlta 1082 (WL), qui a annulé une décision de la juge Browne, 2019 ABQB 746, [2019] A.J. No. 1300 (QL), 2019 CarswellAlta 2059 (WL). Pourvoi accueilli.

Karey Brooks et Robert Janes, c.r., pour l'appelante.

Aldo Argento, Lara Mason et Sunny Mann, pour l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de la province d'Alberta.

François Joyal et John Provart, pour l'intimé le procureur général du Canada.

Heather Cochran et Jacqueline Hughes, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Avnish Nanda, pour l'intervenante Alberta Prison Justice Society.

Senwung Luk and Julia Brown, for the intervener the Chiefs of Ontario.

Melanie Gaston and Kelly Twa, for the intervener the Advocates' Society.

Carly Fox, for the intervener the Assembly of Manitoba Chiefs.

Alisa Lombard, for the intervener the Indigenous Bar Association in Canada.

Kate Gunn and Bruce McIvor, for the intervener the Treaty 8 First Nations of Alberta.

Andhra Azevedo, David Khan and Margot Venton, for the intervener the Ecojustice Canada Society.

Written submissions only by *Guy Régimbald* and *Alyssa Flaherty-Spence*, for the intervener the Anishinabek Nation.

The judgment of the Court was delivered by

KARAKATSANIS AND BROWN JJ. —

I. Introduction

[1] In *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, 2003 SCC 71, [2003] 3 S.C.R. 371, this Court established a framework for assessing claims for advance costs to offset the anticipated litigation expenses of public interest litigants. Among its requirements was that an applicant demonstrate *impecuniosity* — meaning, that it “genuinely cannot afford to pay for the litigation” (para. 40).

[2] This appeal concerns an application for advance costs by Beaver Lake Cree Nation to fund its litigation under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. A band within the meaning of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, Beaver Lake has about 1,200 members, approximately 450 of whom live on a reserve located near Lac La Biche, Alberta. In 2008, band chief

Senwung Luk et Julia Brown, pour l'intervenante Chiefs of Ontario.

Melanie Gaston et Kelly Twa, pour l'intervenante la Société des plaideurs.

Carly Fox, pour l'intervenante Assembly of Manitoba Chiefs.

Alisa Lombard, pour l'intervenante l'Association du Barreau autochtone au Canada.

Kate Gunn et Bruce McIvor, pour l'intervenante Treaty 8 First Nations of Alberta.

Andhra Azevedo, David Khan et Margot Venton, pour l'intervenante Ecojustice Canada Society.

Argumentation écrite seulement par *Guy Régimbald* et *Alyssa Flaherty-Spence*, pour l'intervenante Anishinabek Nation.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES KARAKATSANIS ET BROWN —

I. Introduction

[1] Dans l'arrêt *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, 2003 CSC 71, [2003] 3 R.C.S. 371, notre Cour a établi un cadre d'évaluation des demandes de provision pour frais visant à couvrir les dépenses que prévoient engager, pour les besoins d'un litige, des justiciables qui défendent une cause d'intérêt public. Parmi les conditions de ce cadre, le demandeur doit démontrer son *impécuniosité* — c'est-à-dire qu'il « n'a véritablement pas les moyens de payer les frais occasionnés par le litige » (par. 40).

[2] Le présent pourvoi concerne une demande de provision pour frais présentée par la Beaver Lake Cree Nation pour financer la poursuite qu'elle a intentée en vertu de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Une bande au sens de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c. I-5, Beaver Lake compte quelque 1 200 membres, dont environ 450 vivent dans une réserve

Germaine Anderson sued on her own behalf and as a representative of all Beaver Lake Cree Nation beneficiaries of Treaty No. 6 and of Beaver Lake Cree Nation (collectively, Beaver Lake).

[3] While contending that it is “impecunious”, Beaver Lake has access to resources — both assets and income — that could potentially be applied to fund this litigation. Beaver Lake says, however, that these resources must be applied to address other priorities. The issue to be decided here, then, is how the requirement of impecuniosity applies in this circumstance. That is, we must consider how a First Nation government applicant may demonstrate impecuniosity where it has access to resources that could fund litigation, but says it must devote those resources to other priorities.

[4] We conclude that a First Nation government that has access to resources may meet the impecuniosity requirement if it demonstrates that it requires such resources to meet its pressing needs. While the impecuniosity requirement is guided by the condition of necessity, pressing needs are not defined by the bare necessities of life. Rather, and in keeping with the imperative of reconciliation, they ought to be understood from the perspective of that First Nation government. A court may therefore consider the broader context in which a First Nation government sets priorities and makes financial decisions, accounting for competing spending commitments, restrictions on the uses of its resources, and fiduciary and good governance obligations. It follows that, in appropriate cases, a First Nation government may succeed in demonstrating impecuniosity despite having access to resources whose value equals or exceeds its litigation costs.

[5] All this said, the threshold of impecuniosity remains high and is not easily met. Bearing in mind the constraints on the judicial role imposed by the separation of powers, the extraordinary nature of the remedy and the importance of accountability for the expenditure of public funds it entails, the court’s

située près de Lac La Biche, en Alberta. En 2008, la cheffe de bande Germaine Anderson a engagé une poursuite en son propre nom et en qualité de représentante de l’ensemble des bénéficiaires du Traité n° 6 de la Beaver Lake Cree Nation ainsi que de la Beaver Lake Cree Nation (collectivement, Beaver Lake).

[3] Bien qu’elle prétende être « impécunieuse », Beaver Lake a accès à des ressources — tant des actifs que des revenus — qui seraient susceptibles de servir à financer ce litige. Beaver Lake affirme cependant que ces ressources doivent être affectées à d’autres priorités. Il faut donc décider en l’espèce de quelle manière la condition d’impécuniosité s’applique dans une telle situation. Autrement dit, nous devons nous demander comment le gouvernement d’une Première Nation qui sollicite une provision pour frais peut démontrer son impécuniosité lorsqu’il a accès à des ressources qui pourraient être utilisées pour financer un litige, mais affirme devoir affecter ces ressources à d’autres priorités.

[4] Nous concluons que le gouvernement d’une Première Nation qui a accès à des ressources peut satisfaire à la condition d’impécuniosité s’il démontre qu’il lui faut ces ressources pour subvenir à ses besoins pressants. Bien que cette condition repose sur l’état de nécessité, les besoins pressants ne correspondent pas aux seuls besoins essentiels. Il faut plutôt les aborder du point de vue de ce gouvernement conformément à l’impératif de réconciliation. Un tribunal peut donc examiner le contexte général dans lequel le gouvernement d’une Première Nation fixe des priorités et prend des décisions financières en tenant compte des dépenses concurrentes, des restrictions à l’affectation de ses ressources de même que des obligations fiduciaires et de bonne gouvernance. Il s’ensuit que, dans les cas appropriés, un tel gouvernement peut parvenir à démontrer son impécuniosité même s’il a accès à des ressources dont la valeur égale ou dépasse les frais que lui occasionne le litige.

[5] Cela dit, le seuil d’impécuniosité demeure élevé, et il n’est pas facile de l’atteindre. Compte tenu des contraintes qu’impose la séparation des pouvoirs à la fonction judiciaire, du caractère extraordinaire du redressement et de l’importance de rendre des comptes pour l’utilisation de fonds publics qu’il suppose,

analysis must be firmly grounded in the evidence. The court must be able to (1) identify the applicant's pressing needs; (2) determine what resources are required to meet those needs; (3) assess the applicant's financial resources; and (4) identify the estimated costs of funding the litigation. This approach is sufficiently flexible to account for the realities facing First Nations governments and the importance of furthering the goal of reconciliation while adhering to the appropriate judicial role.

[6] Despite finding that Beaver Lake had, at the time of its application, more than \$3 million in unrestricted funds and additional ongoing revenue that could be used to pay for its legal fees, the case management judge held that it was — given the impoverished state of the community and the other needs it was required to meet — impecunious and awarded Beaver Lake advance costs (2019 ABQB 746). The Court of Appeal of Alberta reversed, holding that there was insufficient evidence to support that conclusion (2020 ABCA 238, 448 D.L.R. (4th) 555).

[7] In our respectful view, the case management judge erred in her impecuniosity analysis. While her finding that Beaver Lake is an impoverished community with pressing needs is unassailable, her findings were insufficient to conclude that Beaver Lake had satisfied the legal test for impecuniosity.

[8] The matter of Beaver Lake's impecuniosity, however, should be reconsidered in light of the reasons that follow, and to account for the passage of time which will likely have altered Beaver Lake's current financial state. We would therefore allow the appeal and remit the matter to the Court of Queen's Bench of Alberta.

II. Background

[9] Beaver Lake's underlying claim, in essence, is that the Crown "improperly allowed lands traditionally used by Beaver Lake Cree Nation to be

l'analyse du tribunal doit s'appuyer fortement sur la preuve. Le tribunal doit pouvoir (1) cerner les besoins pressants du demandeur; (2) déterminer quelles ressources sont nécessaires pour répondre à ces besoins; (3) évaluer les ressources financières du demandeur; et (4) établir les frais estimatifs du financement du litige. Cette approche est suffisamment souple pour prendre en compte la réalité des gouvernements des Premières Nations et l'importance de favoriser l'atteinte de l'objectif de réconciliation tout en respectant la fonction qui appartient au judiciaire.

[6] Même si elle a conclu que Beaver Lake disposait, au moment de sa demande, de plus de 3 millions de dollars en fonds sans restrictions et en revenus constants supplémentaires qui auraient pu servir à payer ses frais juridiques, la juge chargée de la gestion de l'instance a statué que Beaver Lake était impecunieuse — vu la pauvreté de la communauté et les autres besoins auxquels elle devait subvenir — et lui a accordé une provision pour frais (2019 ABQB 746). La Cour d'appel de l'Alberta a infirmé cette décision, jugeant que la preuve était insuffisante pour étayer cette conclusion (2020 ABCA 238, 448 D.L.R. (4th) 555).

[7] À notre humble avis, la juge chargée de la gestion de l'instance a fait erreur dans son analyse de l'impecuniosité. Bien qu'on ne puisse pas attaquer sa conclusion suivant laquelle Beaver Lake est une communauté démunie aux besoins pressants, ses constatations ne permettaient pas de conclure que Beaver Lake avait satisfait au critère juridique d'impecuniosité.

[8] Toutefois, l'impecuniosité de Beaver Lake devrait être réexaminée à la lumière des motifs qui suivent, et en tenant compte du temps écoulé qui aura vraisemblablement modifié la situation financière actuelle de Beaver Lake. Nous sommes donc d'avis d'accueillir le pourvoi et de renvoyer l'affaire à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta.

II. Contexte

[9] La demande sous-jacente de Beaver Lake reproche, pour l'essentiel, à la Couronne d'avoir [TRADUCTION] « irrégulièrement permis que des

‘taken up’ for industrial and resource development” thereby “compromis[ing] [its] ability . . . to pursue its traditional way of life” (C.A. reasons, at para. 2). It seeks various declarations of right, injunctions, and damages or equitable compensation.

[10] In support of its application, Beaver Lake says that the cost of litigation — which it estimated as \$5 million — is well beyond its reach. By the time Beaver Lake’s application was heard, it had already spent approximately \$3 million on legal fees, paid from its own funds and from third party fundraising. A 120-day trial is presently scheduled to begin in January 2024.

[11] Citing *Okanagan and Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Commissioner of Customs and Revenue)*, 2007 SCC 2, [2007] 1 S.C.R. 38, the case management judge correctly stated the test for awarding advance costs — that an applicant must demonstrate impecuniosity, present a *prima facie* meritorious case and raise issues of public importance — and recognized that her decision is ultimately discretionary. Canada and Alberta conceded for the purposes of this application that Beaver Lake’s case was *prima facie* meritorious. And, the case management judge found that the public importance requirement was satisfied, since Beaver Lake’s case raised a novel issue regarding the interpretation of Aboriginal and treaty rights.

[12] As to impecuniosity, the case management judge found that Beaver Lake’s financial situation had improved in recent years. It was not under any imminent threat of insolvency or third party or co-management, its recent financial statements showed a surplus, and it had been able to spend \$3 million in legal fees for the litigation (averaging \$300,000 each year). After reviewing Beaver Lake’s resources — including government funding for a variety of programs, Impact Benefit Agreements negotiated with industry and miscellaneous revenue streams such as third party fundraising — she determined that

terres traditionnellement utilisées par la Beaver Lake Cree Nation soient “consacrées” au développement industriel et à l’exploitation des ressources, compromettant [ainsi sa] capacité [. . .] de poursuivre son mode de vie traditionnel » (motifs de la C.A., par. 2). Beaver Lake sollicite divers jugements déclaratifs de droits, des injonctions et des dommages-intérêts ou une indemnité en equity.

[10] À l’appui de sa demande, Beaver Lake dit que le coût du litige — qu’elle estime à 5 millions de dollars — est bien au-dessus de ses moyens. Quand sa demande a été entendue, Beaver Lake avait déjà dépensé environ 3 millions de dollars en frais juridiques, payés à même ses propres fonds et grâce à des fonds collectés auprès de tiers. Un procès de 120 jours est actuellement censé débiter en janvier 2024.

[11] Citant les arrêts *Okanagan et Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Commissaire des Douanes et du Revenu)*, 2007 CSC 2, [2007] 1 R.C.S. 38, la juge chargée de la gestion de l’instance a énoncé correctement le critère d’octroi d’une provision pour frais — le demandeur doit démontrer l’impécuniosité, présenter une cause valant *prima facie* d’être instruite et soulever des questions d’importance pour le public — et elle a reconnu que sa décision était en fin de compte de nature discrétionnaire. Le Canada et l’Alberta ont concédé, pour les besoins de la demande, que la cause de Beaver Lake valait *prima facie* d’être instruite. En outre, la juge chargée de la gestion de l’instance a estimé que la condition d’importance pour le public était remplie, car la cause de Beaver Lake soulevait une question nouvelle concernant l’interprétation des droits ancestraux et des droits issus de traités.

[12] Quant à l’impécuniosité, la juge chargée de la gestion de l’instance a conclu que la situation financière de Beaver Lake s’était améliorée au cours des dernières années. Aucune menace imminente d’insolvabilité, de co-gestion ou de gestion par un tiers ne planait sur elle, ses récents états financiers affichaient un surplus, et elle avait été en mesure de dépenser 3 millions de dollars en frais juridiques pour le litige (300 000 dollars en moyenne chaque année). Après avoir examiné les ressources de Beaver Lake — y compris le financement gouvernemental d’une panoplie de programmes, les ententes sur

Beaver Lake had access to “more than \$3 million” in unrestricted funds that could potentially finance its litigation (para. 60 (CanLII)).

[13] The case management judge also observed, however, that Beaver Lake has “substantial deficits in housing and infrastructure and . . . high levels of unemployment and social assistance” (para. 30). Relying on the evidence of band council and community members, she held that Beaver Lake was an impoverished community with many pressing needs and concluded that it was impecunious because it “cannot fund the litigation at the rate required to bring it to trial” (para. 63). In the result, she found it appropriate to award advance costs. Beaver Lake, she said, should not have “to choose between pursuing this litigation and attempting to provide for the basic necessities of life” (para. 66). Each of Beaver Lake, Canada and Alberta would therefore contribute \$300,000 annually to the credit of Beaver Lake’s legal fees until the trial was concluded or litigation was otherwise resolved.

[14] The Court of Appeal allowed Canada’s and Alberta’s appeals and set aside the case management judge’s order. The case management judge erred, it held, in concluding that Beaver Lake was impecunious. Her finding that Beaver Lake had more than \$3 million in unrestricted funds alone signified that Beaver Lake “*prima facie* did not meet the legal test” (C.A. reasons, at para. 17). It was an error in principle to conclude that Beaver Lake was impecunious when it had financial resources, but chose to spend them on other priorities. Distinguishing “discretionary spending on desirable improvements to community infrastructure and standards of living” from “spending on basic necessities”, it held that an applicant is impecunious only where its expenditures on matters in the latter category render it genuinely unable to pay for the litigation (para. 28). Here, no evidence supported the case management judge’s

les répercussions et les avantages négociées avec l’industrie, ainsi que différentes sources de revenus comme les fonds collectés auprès de tiers — elle a déterminé que Beaver Lake avait accès à [TRADUCTION] « plus de 3 millions de dollars » en fonds sans restrictions susceptibles de financer sa poursuite (par. 60 (CanLII)).

[13] Cependant, la juge chargée de la gestion de l’instance a également fait observer que Beaver Lake accuse [TRADUCTION] « des déficits importants au chapitre du logement et des infrastructures et [. . .] connaît des taux de chômage et d’assistance sociale élevés » (par. 30). S’appuyant sur les témoignages du conseil de bande et des membres de la communauté, elle a statué que Beaver Lake était une collectivité démunie aux nombreux besoins pressants et conclu à son impécuniosité parce qu’elle [TRADUCTION] « n’est pas en mesure de financer le litige suffisamment pour le faire instruire » (par. 63). Par conséquent, elle a jugé à propos d’accorder une provision pour frais. Selon elle, Beaver Lake ne devrait pas avoir [TRADUCTION] « à choisir entre aller de l’avant avec ce litige et tenter de subvenir aux besoins essentiels » (par. 66). Beaver Lake, le Canada et l’Alberta contribueraient donc chacun 300 000 dollars par année au crédit des frais juridiques de Beaver Lake jusqu’à la clôture du procès ou au règlement du litige par un autre moyen.

[14] La Cour d’appel a accueilli les appels du Canada et de l’Alberta et annulé l’ordonnance de la juge chargée de la gestion de l’instance. D’après la cour, la juge chargée de la gestion de l’instance a fait erreur en concluant à l’impécuniosité de Beaver Lake. Sa conclusion suivant laquelle Beaver Lake avait plus de 3 millions de dollars en fonds sans restrictions indiquait à elle seule que Beaver Lake [TRADUCTION] « ne répondait pas à première vue au critère juridique » (motifs de la C.A., par. 17). C’était une erreur de principe de conclure à l’impécuniosité de Beaver Lake alors qu’elle disposait de ressources financières, mais a choisi de les affecter à d’autres priorités. Établissant une distinction entre [TRADUCTION] « les dépenses discrétionnaires consacrées aux améliorations souhaitables aux infrastructures de la collectivité et à la qualité de vie » et « les dépenses consacrées aux besoins essentiels », la Cour d’appel

finding that Beaver Lake would have to choose between spending on basic necessities and pursuing the litigation.

[15] Before the Court of Appeal, Canada tendered fresh evidence that Beaver Lake had received \$2.97 million in settlement of a specific claim. The Court of Appeal therefore held that, in light of this evidence and of the case management judge's findings, and accounting for her errors in principle in disregarding certain assets that were available to Beaver Lake, Beaver Lake had at least \$6 to 7 million to fund the litigation. Further, it said that the advance costs order was "unreasonable", since it failed to adequately balance the parties' interests, the quantum of the award was not justified on the record, and the order did not include adequate procedural controls.

III. Analysis

[16] Our analysis proceeds as follows. First, we review the test and underlying principles governing awards for advance costs in public interest litigation. Secondly, we consider the impecuniosity requirement of that test, and how it applies to a First Nation government that has access to financial resources that could potentially pay for its litigation. Finally, we apply the framework to illustrate how, we say respectfully, the case management judge erred in her assessment of impecuniosity in this case.

[17] Beaver Lake submits that whether a First Nation government is impecunious must be informed by broad contextual factors and the unique realities of First Nations, including the government's obligations to its community and the reasonable financial decisions it makes on matters besides litigation. An approach to impecuniosity that focuses exclusively

a jugé qu'un demandeur n'est impécunieux que si ses dépenses consacrées à des matières appartenant à la dernière catégorie le rendent véritablement incapable de payer les frais occasionnés par le litige (par. 28). En l'espèce, aucune preuve n'appuyait la conclusion de la juge chargée de la gestion de l'instance selon laquelle Beaver Lake aurait à choisir entre dépenser ses fonds à des besoins essentiels ou poursuivre le litige.

[15] En Cour d'appel, le Canada a produit de nouveaux éléments de preuve montrant que Beaver Lake avait reçu 2,97 millions de dollars au titre du règlement d'une revendication particulière. La Cour d'appel a donc jugé qu'à la lumière de cette preuve et des conclusions de la juge chargée de la gestion de l'instance et compte tenu des erreurs de principe que la juge a commises en faisant abstraction de certains actifs à la disposition de Beaver Lake, cette dernière avait au moins 6 à 7 millions de dollars pour financer le litige. La Cour d'appel a ajouté que l'ordonnance de provision pour frais était [TRADUCTION] « déraisonnable », car elle ne conciliait pas adéquatement les intérêts des parties, le montant de la provision n'était pas justifié au vu du dossier, et l'ordonnance ne prévoyait pas de contrôles procéduraux suffisants.

III. Analyse

[16] Voici comment nous procédons à notre analyse. Premièrement, nous examinons le critère et les principes sous-jacents qui régissent l'octroi d'une provision pour frais dans un litige d'intérêt public. Deuxièmement, nous nous penchons sur la condition de ce critère relative à l'impécuniosité et sur la manière dont elle s'applique au gouvernement d'une Première Nation qui a accès à des ressources financières susceptibles de financer sa poursuite. Enfin, nous appliquons le cadre pour démontrer de quelle manière, à notre humble avis, la juge chargée de la gestion de l'instance a fait erreur dans son évaluation de l'impécuniosité en l'espèce.

[17] Beaver Lake soutient que, pour établir si le gouvernement d'une Première Nation est impécunieux, il faut tenir compte de facteurs contextuels généraux et de la situation unique des Premières Nations, notamment les obligations du gouvernement envers sa communauté et les décisions financières raisonnables qu'il prend sur d'autres enjeux que le litige. Une

on an applicant’s available financial resources is contrary to the objective of reconciliation inherent in s. 35 litigation. In any event, spending on Beaver Lake’s housing and infrastructure deficits is not just a reasonable financial decision, but a basic need that should take priority over funding the litigation.

[18] Alberta and Canada each submit that, given Beaver Lake’s access to significant assets and revenues, it was not impecunious. While Alberta agrees that the test for impecuniosity is not one of “unqualified impecuniosity” (C.A. reasons, at para. 25), Beaver Lake did not provide sufficient contextual evidence identifying or costing its basic needs or demonstrating that it was using its unrestricted financial resources to address those needs. Alberta acknowledges that the goal of reconciliation is relevant under certain branches of the advance costs test, but argues that it has no role to play in the impecuniosity analysis. Canada says that the exceptional nature of an advance costs award means that merely having legitimate and reasonable infrastructure or social needs sets the bar too low. Beaver Lake did not satisfy the onus of proving that its proposed alternate uses for its financial resources meet a high threshold of necessity.

A. *Advance Costs*

(1) Guiding Judicial Discretion

[19] We begin with first principles. A court’s equitable jurisdiction over costs confers discretion to decide when, and by whom, costs are to be paid (*Okanagan*, at para. 35). This includes the power to award advance costs (also referred to as “interim costs”) prior to the final disposition of public interest litigation and in any event of the cause (*Okanagan*, at para. 1). Such awards are “meant to provide a basic level of assistance necessary for the case to proceed” (*Little Sisters*, at para. 43).

conception de l’impécuniosité axée exclusivement sur les ressources financières à la disposition du demandeur va à l’encontre de l’objectif de réconciliation inhérent aux litiges intéressant l’art. 35. Quoi qu’il en soit, combler les déficits de Beaver Lake au chapitre du logement et des infrastructures est non seulement une décision financière raisonnable, mais aussi un besoin fondamental qui devrait avoir priorité sur le financement du litige.

[18] L’Alberta et le Canada affirment tous deux que, comme Beaver Lake avait accès à d’importants actifs et revenus, elle ne manquait pas de ressources. L’Alberta convient que le critère d’impécuniosité applicable n’est pas celui de [TRADUCTION] « l’impécuniosité absolue » (motifs de la C.A., par. 25), mais Beaver Lake n’a pas fourni suffisamment de preuve contextuelle concernant ses besoins essentiels ou établissant leur coût, et elle n’a pas non plus démontré qu’elle utilisait ses ressources financières sans restrictions pour combler ces besoins. L’Alberta reconnaît que l’objectif de réconciliation est pertinent selon certains volets du critère d’octroi d’une provision pour frais, mais elle prétend qu’il n’a aucun rôle à jouer dans l’analyse de l’impécuniosité. Le Canada dit qu’en raison du caractère exceptionnel de l’octroi d’une provision pour frais, le simple fait d’avoir des besoins en infrastructures ou besoins sociaux légitimes et raisonnables n’est pas suffisant. Beaver Lake ne s’est pas acquittée du fardeau de prouver que les autres affectations proposées de ses ressources financières atteignent un seuil élevé de nécessité.

A. *Provisions pour frais*

(1) Guider l’exercice du pouvoir discrétionnaire des tribunaux

[19] Commençons par les principes de base. La compétence d’un tribunal en equity de statuer sur les dépens lui confère le pouvoir discrétionnaire de décider à quel moment et par qui les dépens seront payés (*Okanagan*, par. 35). Cela comprend le pouvoir d’adjuger une provision pour frais avant le règlement définitif d’une poursuite d’intérêt public et quelle qu’en soit l’issue (*Okanagan*, par. 1). La provision pour frais « vise à fournir l’aide minimale nécessaire pour que l’affaire suive son cours » (*Little Sisters*, par. 43).

[20] In *Okanagan*, this Court held that advance costs could be awarded based on the strong public interest in obtaining a ruling on a legal issue of exceptional importance, that not only transcended the interests of the parties but also would, in the absence of public funding, have failed to proceed to a resolution, creating an injustice (para. 34; *R. v. Caron*, 2011 SCC 5, [2011] 1 S.C.R. 78, at para. 6). Access to justice is an important policy consideration underlying advance costs awards where a litigant seeks a determination of their constitutional rights and other issues of broad public significance, but lacks the financial resources to proceed. It has also been recognized by this Court as “fundamental to the rule of law” (*Trial Lawyers Association of British Columbia v. British Columbia (Attorney General)*, 2014 SCC 59, [2014] 3 S.C.R. 31, at para. 39; see also *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214, at p. 230). Further, costs awards can permit litigants of limited means, including vulnerable and historically disadvantaged groups, to have access to the courts in cases of public importance.

[21] But this Court has also emphasized that “*Okanagan* did not establish the access to justice rationale as the paramount consideration in awarding costs” and that “[c]oncerns about access to justice must be considered with and weighed against other important factors” (*Little Sisters*, at para. 35). Indeed, as this Court explained in *Little Sisters*, at para. 5, notwithstanding obstacles to access to justice such as underfunded and overwhelmed legal aid programs and growing instances of self-representation, the Court in *Okanagan* “did not seek to create a parallel system of legal aid or a court-managed comprehensive program”. Rather, *Okanagan* applies to those rare instances where a court would be “participating in an injustice — against the litigant personally and against the public generally” — by declining to exercise its discretion to order advance costs (*Little Sisters*, at para. 5). To award advance costs outside those instances would amount to “imprudent and inappropriate judicial overreach” (*Little Sisters*, at para. 44).

[20] Dans *Okanagan*, notre Cour a statué qu’une provision pour frais peut être accordée en raison du fort intérêt public à obtenir une décision sur une question de droit d’importance exceptionnelle, qui transcende non seulement les intérêts des parties, mais qui, en outre, ne serait pas réglée en l’absence de financement public, entraînant ainsi une injustice (par. 34; *R. c. Caron*, 2011 CSC 5, [2011] 1 R.C.S. 78, par. 6). L’accès à la justice constitue une importante considération de principe sous-tendant les provisions pour frais lorsqu’un justiciable cherche à faire préciser ses droits constitutionnels et d’autres enjeux d’une grande importance pour le public, mais ne dispose pas des ressources financières pour aller de l’avant. L’accès à la justice a aussi été reconnu par notre Cour comme étant « essentiel à la primauté du droit » (*Trial Lawyers Association of British Columbia c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2014 CSC 59, [2014] 3 R.C.S. 31, par. 39; voir aussi *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, p. 230). En outre, les provisions pour frais permettent dans certains cas à des justiciables aux moyens limités, y compris aux personnes vulnérables et aux groupes historiquement défavorisés, d’avoir accès aux tribunaux dans des affaires d’importance pour le public.

[21] Mais notre Cour a également souligné que « [l]’arrêt *Okanagan* n’a pas établi que le principe d’accès à la justice constitue désormais la considération primordiale en matière d’attribution de dépens » et que « [l]es préoccupations concernant l’accès à la justice doivent être examinées et soupesées en fonction d’autres facteurs importants » (*Little Sisters*, par. 35). En effet, tel que l’a expliqué notre Cour dans *Little Sisters*, par. 5, malgré les obstacles à l’accès à la justice comme les programmes d’aide juridique sous-capitalisés et débordés, et l’augmentation du nombre de parties qui se représentent elles-mêmes, la Cour dans *Okanagan* « n’a pas cherché à établir un système parallèle d’aide juridique ou un vaste programme géré par les tribunaux ». Cet arrêt s’applique plutôt aux rares cas où un tribunal « contribuerait à une injustice — envers le plaideur personnellement et envers le public en général » — en refusant d’exercer son pouvoir discrétionnaire pour adjuger une provision pour frais (*Little Sisters*, par. 5). Accorder des provisions pour frais dans d’autres cas constituerait « un exemple d’activisme judiciaire imprudent et malencontreux » (*Little Sisters*, par. 44).

[22] The root of the concern underlying this narrow scope for an advance costs order is the separation of powers. In *Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3, this Court affirmed that “our constitutional framework prescribes different roles for the executive, legislative and judicial branches” (para. 27) and that it is “fundamental that no one of them overstep its bounds, that each show proper deference for the legitimate sphere of activity of the other” (para. 29, quoting *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319, at p. 389). And so, in *Caron*, at para. 6, the Court observed that “[a]s a general rule, of course, it is for Parliament and the provincial legislatures to determine if and how public monies will be used to fund litigation against the Crown” (see also *St-Arnaud v. C.L.*, 2009 QCCA 97, at para. 29 (CanLII): [TRANSLATION] “. . . the long-lasting solution, if there is one, is to be found in distributive justice and falls within the purview of the legislator, rather than in corrective justice, which involves the intervention of the courts”). Allocating public resources among competing priorities is “a policy and economic question; it is a political decision” (*Criminal Lawyers' Association*, at para. 43).

[23] Where, therefore, an applicant seeks to have its litigation funded by the public purse, courts must be mindful of the constraints of their institutional role. Those constraints necessarily confine a court’s discretion to grant such an award to narrow circumstances (*Okanagan*, at para. 41). It must be a “last resort” (*Little Sisters*, at paras. 36, 41, 71 and 73), reserved for the “rare and exceptional” case (*Okanagan*, at para. 1) and where, again, to refrain from awarding advance costs would be to participate in an injustice.

[24] In further keeping with these concerns, the test for advance costs is rigorous. *Okanagan* states three “absolute requirements” (*Little Sisters*, at para. 37) that must be satisfied: impecuniosity, a *prima facie* meritorious case, and issues of public importance. Further, while meeting these requirements

[22] La préoccupation qui sous-tend cette portée étroite d’une ordonnance de provision pour frais prend sa source dans la séparation des pouvoirs. Dans *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3, notre Cour a affirmé que « notre cadre constitutionnel attribue des fonctions différentes à l’exécutif, au législatif et au judiciaire » (par. 27), et qu’il est « essentiel qu’aucune [. . .] n’outrepasse ses limites et que chacune respecte de façon appropriée le domaine légitime de compétence de l’autre » (par. 29, citant *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l’Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, p. 389). Ainsi, au par. 6 de l’arrêt *Caron*, la Cour a fait remarquer que, « [e]n règle générale, évidemment, il revient au Parlement et aux législatures provinciales de décider si, et dans quelle mesure, des fonds publics serviront à financer les poursuites engagées contre l’État » (voir aussi *St-Arnaud c. C.L.*, 2009 QCCA 97, [2009] R.J.Q. 239, par. 29 : « . . . la solution durable, s’il en est une, se trouve dans l’ordre de la justice distributive et relève du législateur, plutôt que dans l’ordre de la justice commutative où interviennent les tribunaux judiciaires »). L’affectation de ressources publiques en fonction de priorités concurrentes « est une question qui concerne l’économie et les orientations stratégiques du gouvernement; il s’agit d’une décision de nature politique » (*Criminal Lawyers' Association*, par. 43).

[23] Par conséquent, lorsqu’un demandeur cherche à faire financer sa poursuite par les deniers publics, le tribunal doit tenir compte des contraintes de son rôle institutionnel. Ces contraintes restreignent forcément le pouvoir discrétionnaire du tribunal d’accorder une provision pour frais dans des contextes précis (*Okanagan*, par. 41). Ce doit être une solution de « dernier recours » (*Little Sisters*, par. 36, 41, 71 et 73) appliquée uniquement dans un cas « rar[e] et exceptionnelle[1] » (*Okanagan*, par. 1) et lorsque, là encore, s’abstenir d’accorder une provision pour frais contribuerait à une injustice.

[24] Pour répondre davantage à ces préoccupations, le critère d’octroi d’une provision pour frais est rigoureux. L’arrêt *Okanagan* énonce trois « conditions absolues » (*Little Sisters*, par. 37) qui doivent être réunies : l’impecuniosité, une affaire valant *prima facie* d’être instruite, et des questions d’importance pour le public.

is necessary, doing so does not automatically entitle an applicant to an advance costs award (*Caron*, at para. 39). Where the requirements are satisfied, a court — having considered all relevant individual circumstances of the case — retains residual discretion to decide whether to award advance costs, or to consider other ways of facilitating the hearing of the case (*Little Sisters*, at para. 37).

(2) Reconciliation

[25] Since *Okanagan*, this Court has decided *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550, and *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388. These judgments and others affirmed the Crown’s obligation to consult and accommodate Indigenous groups, and emphasized that the “fundamental objective of the modern law of aboriginal and treaty rights is the reconciliation of aboriginal peoples and non-aboriginal peoples and their respective claims, interests and ambitions” (*Mikisew Cree*, at para. 1; see also *Haida Nation*, at para. 32; *Taku River*, at para. 42; *Newfoundland and Labrador (Attorney General) v. Uashaunnuat (Innu of Uashat and of Mani-Utenam)*, 2020 SCC 4, [2020] 1 S.C.R. 15, at para. 22). In *R. v. Desautel*, 2021 SCC 17, [2021] 1 S.C.R. 533, at para. 22, this Court reiterated that “the two purposes of s. 35(1) are to recognize the prior occupation of Canada by organized, autonomous societies and to reconcile their modern-day existence with the Crown’s assertion of sovereignty” and that “[t]he same purposes are reflected in the principle of the honour of the Crown, under which the Crown’s historic assertion of sovereignty over Aboriginal societies gives rise to continuing obligations to their successors as part of an ongoing process of reconciliation.” As the parties and several interveners have invoked reconciliation here, it is worth explaining its significance in the advance costs test, with respect to a First Nation government applicant involved in s. 35 litigation.

De plus, bien que le demandeur doive respecter ces conditions, cela ne lui confère pas automatiquement le droit d’obtenir une provision pour frais (*Caron*, par. 39). Lorsque les conditions sont respectées, le tribunal — qui a tenu compte de toutes les circonstances de l’affaire — conserve le pouvoir discrétionnaire résiduel de décider ou non d’accorder une provision pour frais, ou d’envisager d’autres moyens de faciliter l’instruction de l’affaire (*Little Sisters*, par. 37).

(2) Réconciliation

[25] Depuis *Okanagan*, notre Cour a rendu les arrêts *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d’évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550, et *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388. Ces jugements et d’autres ont confirmé l’obligation de la Couronne de consulter et d’accommoder les groupes autochtones, et souligné que l’« objectif fondamental du droit moderne relatif aux droits ancestraux et issus de traités est la réconciliation entre les peuples autochtones et non autochtones et la conciliation de leurs revendications, intérêts et ambitions respectifs » (*Première nation crie Mikisew*, par. 1; voir aussi *Nation haïda*, par. 32; *Taku River*, par. 42; *Terre-Neuve-et-Labrador (Procureur général) c. Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam)*, 2020 CSC 4, [2020] 1 R.C.S. 15, par. 22). Dans *R. c. Desautel*, 2021 CSC 17, [2021] 1 R.C.S. 533, par. 22, notre Cour a réaffirmé que « les deux objectifs du par. 35(1) sont de reconnaître l’occupation antérieure du Canada par des sociétés organisées et autonomes, et de concilier leur existence contemporaine avec l’affirmation de la souveraineté de la Couronne », et que « [l]es mêmes objectifs se reflètent dans le principe de l’honneur de la Couronne, selon lequel l’affirmation historique de la souveraineté de la Couronne sur les sociétés autochtones donne lieu à des obligations permanentes envers leurs successeurs, dans le cadre d’un processus de réconciliation continu. » Puisque les parties et plusieurs intervenants ont invoqué la réconciliation en l’espèce, il vaut la peine d’expliquer l’importance qu’elle revêt dans le critère d’octroi d’une provision pour frais au gouvernement d’une Première Nation qui est partie à un litige intéressant l’art. 35.

[26] Where litigation raises novel issues concerning the interpretation of Aboriginal and treaty rights and the infringement of those rights, this may have significant weight in a court's analysis of the public importance branch of the advance costs test and the exercise of its residual discretion. Other aspects of the Crown-Aboriginal relationship may be relevant to a court's exercise of its residual discretion since, at this stage, "the court must remain sensitive to any concerns that did not arise in its analysis of the test" (*Little Sisters*, at para. 72). For example, a court may be more inclined to exercise its discretion to award advance costs where the Crown has employed tactics to delay the resolution of the applicant's claim (see *Hagwilget Indian Band v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, 2008 FC 574, [2008] 3 C.N.L.R. 136, at paras. 20-24).

[27] In assessing impecuniosity, a court must respectfully account for the broader context in which First Nations governments such as Beaver Lake make financial decisions. Promoting institutions and processes of Indigenous self-governance fosters a positive, mutually respectful long-term relationship between Indigenous and non-Indigenous communities, thereby furthering the objective of reconciliation (*First Nation of Nacho Nyak Dun v. Yukon*, 2017 SCC 58, [2017] 2 S.C.R. 576, at para. 10; *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103, at paras. 9-10). In the context of the impecuniosity analysis, this means that the pressing needs of a First Nation should be considered from the perspective of its government that sets its priorities and is best situated to identify its needs. We return below to what doing so specifically entails in this case.

(3) The Terms of an Advance Costs Award

[28] Where a court decides that an award of advance costs is justified, the terms of the order must be carefully crafted. They must balance the interests of the parties, and should not impose an unfair burden

[26] Lorsqu'un litige soulève des questions nouvelles touchant l'interprétation de droits ancestraux et de droits issus de traités ainsi que l'atteinte à ces droits, cela peut avoir beaucoup de poids dans l'analyse, par le tribunal, du volet « importance pour le public » du critère d'octroi d'une provision pour frais et dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire résiduel. D'autres aspects de la relation entre la Couronne et les Autochtones peuvent se révéler pertinents pour l'exercice de ce pouvoir car, à ce stade, « le tribunal doit demeurer attentif à toute préoccupation qui n'a pas été soulevée dans son analyse du critère » (*Little Sisters*, par. 72). Par exemple, le tribunal peut être plus enclin à exercer son pouvoir discrétionnaire d'accorder une provision pour frais si la Couronne a employé des tactiques pour retarder le règlement de la revendication du demandeur (voir *Bande indienne d'Hagwilget c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2008 CF 574, par. 20-24 (CanLII)).

[27] Pour évaluer l'impecuniosité, le tribunal doit tenir respectueusement compte du contexte général dans lequel les gouvernements de Premières Nations comme Beaver Lake prennent des décisions financières. Le fait de promouvoir les institutions et les processus d'autonomie gouvernementale autochtone favorise une relation à long terme harmonieuse et empreinte de respect mutuel entre les communautés autochtones et non autochtones, ce qui contribue à l'atteinte de l'objectif de réconciliation (*First Nation of Nacho Nyak Dun c. Yukon*, 2017 CSC 58, [2017] 2 R.C.S. 576, par. 10; *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103, par. 9-10). Dans le contexte de l'analyse de l'impecuniosité, cela signifie que les besoins pressants d'une Première Nation devraient être examinés du point de vue de son gouvernement, qui fixe ses priorités et est le mieux placé pour cerner ses besoins. Nous reviendrons plus loin sur ce que suppose précisément cet examen en l'espèce.

(3) Les modalités de l'octroi d'une provision pour frais

[28] Lorsqu'un tribunal décide que l'octroi d'une provision pour frais se justifie, les modalités de l'ordonnance doivent être rédigées avec soin. Elles doivent établir un équilibre entre les intérêts des parties, et ne

(*Okanagan*, at para. 41). Accordingly, the order must provide for, or allow for the later provision of, oversight in the form of a “definite structure . . . imposed or approved by the court itself” that sets limits on the rates and hours of legal services and caps the award at an appropriate global amount (*Little Sisters*, at para. 42). The order should also build in judicial oversight to allow the court to “closely monitor the parties’ adherence to its dictates” (para. 43). In short, an advance costs order is not free rein. Because the public purse is burdened, there must be “scrutiny” of how a litigant spends the opposing party’s money (para. 42).

[29] Other terms of the order will, of course, be informed by a court’s findings in deciding impecuniosity. As outlined below, an applicant pleading impecuniosity must provide a litigation plan and sufficient evidence of its financial resources. While this will obviously be relevant to the quantum of the award, which should represent “a basic level of assistance necessary for the case to proceed” (*Little Sisters*, at para. 43), it will also assist in determining whether, for example, the terms of an advance cost order should include a requirement that the applicant commit to making some contribution to the litigation. It is, therefore, to that requirement of impecuniosity that we now turn.

B. *The Impecuniosity Requirement*

(1) Impecuniosity and First Nations Governments: The Threshold

[30] This Court has stated the requirement of impecuniosity in varying, but strict, terms. In *Okanagan*, it held that an applicant is impecunious if it “genuinely cannot afford to pay for the litigation, and no other realistic option exists for bringing the issues to trial — in short, the litigation would be unable to proceed if the order were not made” (para. 40). Likewise, in *Little Sisters*, this Court stated that the impecuniosity requirement “means that it must be proven to be impossible to proceed otherwise before advance

devraient pas imposer un fardeau inéquitable (*Okanagan*, par. 41). En conséquence, l’ordonnance doit prévoir, ou permettre de prévoir ultérieurement, une surveillance sous la forme d’une « structure précise » que « [l]e tribunal lui-même doit prescrire ou approuver » et qui fixe des limites aux tarifs des services juridiques et plafonne la provision pour frais à un montant global convenable (*Little Sisters*, par. 42). L’ordonnance devrait aussi prévoir une surveillance judiciaire pour permettre au tribunal de « surveiller de près le respect de ses prescriptions par les parties » (par. 43). Bref, une ordonnance de provision pour frais n’est pas une carte blanche. Comme il y a ponction sur le trésor public, il faut « contrôl[er] » la manière dont un plaideur dépense l’argent de la partie adverse (par. 42).

[29] D’autres modalités de l’ordonnance seront, bien entendu, fonction des conclusions tirées par le tribunal au moment de statuer sur l’impecuniosité. Comme nous le verrons plus loin, le demandeur qui plaide l’impecuniosité doit présenter un plan pour faire avancer l’instance et une preuve suffisante de ses ressources financières. Bien que ces éléments soient pertinents quant au montant de la provision pour frais, laquelle devrait représenter « l’aide minimale nécessaire pour que l’affaire suive son cours » (*Little Sisters*, par. 43), ils aideront également à décider si, par exemple, les modalités d’une ordonnance de provision pour frais devraient notamment exiger que le demandeur s’engage à assumer une certaine part des frais occasionnés par le litige. C’est donc sur cette condition d’impecuniosité que nous nous pencherons maintenant.

B. *La condition d’impecuniosité*

(1) Impecuniosité et gouvernements des Premières Nations : le seuil

[30] Notre Cour a formulé la condition d’impecuniosité en des termes différents, mais stricts. Dans *Okanagan*, elle a statué qu’un demandeur manque de ressources s’il « n’a véritablement pas les moyens de payer les frais occasionnés par le litige et ne dispose réalistement d’aucune autre source de financement lui permettant de soumettre les questions en cause au tribunal — bref, [il] serait incapable d’agir en justice sans l’ordonnance » (par. 40). De même, dans *Little Sisters*, notre Cour a mentionné que la condition

costs will be ordered” (para. 71). And these general formulations have proven sufficient to decide the cases which have to date called upon the Court to apply the advance costs test. In *Okanagan*, the applicant bands faced extreme financial difficulty, as they ran deficits to finance day-to-day operations and were close to having outside management of their finances imposed upon them. It was impossible for them to fund the estimated litigation costs (paras. 4-5). In *Caron*, the applicant had exhausted his limited personal funds, incurred debts, sought and received donations, and faced costly lawyer and expert fees (paras. 11-13 and 21). Finally, in *Little Sisters*, this Court did not need to apply the impecuniosity requirement, as the other branches of the advance costs test were not satisfied (para. 67).

[31] What makes this a case of first impression is whether and how, in the context of a claim brought by a First Nation government, it can be said that it “genuinely cannot afford to pay” for, or that it is “impossible to proceed” with, public interest litigation, while having access to financial resources that it says must be otherwise allocated.

[32] The parties agree that, in such circumstances, the assessment of impecuniosity must look beyond the First Nation government’s financial resources in the abstract. A snapshot in time of its resources will be an important part of the analysis. But to assess whether a First Nation government genuinely cannot afford to pay for litigation, a court must also consider the broader context in which that government makes financial decisions, including its competing spending commitments, restrictions on the uses of its resources, and fiduciary and good governance obligations. A First Nation government may genuinely need to allocate some or all of its resources to priorities other than litigation.

d’impécuniosité « signifie qu’une provision pour frais ne pourra être ordonnée que s’il s’avère impossible de procéder autrement » (par. 71). Ces formulations générales se sont avérées suffisantes pour trancher les affaires où, jusqu’à présent, la Cour a été appelée à appliquer le critère d’octroi d’une provision pour frais. Dans l’affaire *Okanagan*, les bandes demanderesse éprouvaient de graves difficultés financières, vu qu’elles accumulaient des déficits pour financer leurs activités de tous les jours, et étaient sur le point de se voir imposer une gestion externe de leurs finances. Il était impossible pour elles de payer les frais estimatifs du litige (par. 4-5). Dans *Caron*, le demandeur avait épuisé ses fonds personnels limités, contracté des prêts, sollicité et reçu des dons et devait payer des honoraires d’avocats et d’experts élevés (par. 11-13 et 21). Enfin, dans *Little Sisters*, notre Cour n’a pas eu à appliquer la condition d’impécuniosité, car il n’avait pas été satisfait aux autres volets du critère d’octroi d’une provision pour frais (par. 67).

[31] L’affaire qui nous occupe en est une de première impression, car on doit se demander si, et de quelle façon, l’on peut affirmer dans le contexte d’une revendication présentée par le gouvernement d’une Première Nation que celui-ci « n’a véritablement pas les moyens de payer » les frais occasionnés par un litige d’intérêt public, ou qu’il est « impossible de procéder » avec celui-ci, même si ce gouvernement a accès à des ressources financières qui, à ses dires, doivent être affectées ailleurs.

[32] Les parties conviennent qu’en pareilles circonstances, l’évaluation de l’impécuniosité doit dépasser les ressources financières de la Première Nation dans l’abstrait. Un bilan ponctuel de ses ressources constituera un aspect important de l’analyse. Mais pour déterminer si le gouvernement d’une Première Nation n’a véritablement pas les moyens de payer les frais occasionnés par le litige, le tribunal doit aussi examiner le contexte général dans lequel ce gouvernement prend des décisions financières, notamment ses dépenses concurrentes, les restrictions à l’usage de ses ressources, ainsi que les obligations fiduciaires et de bonne gouvernance. Le gouvernement d’une Première Nation peut véritablement avoir besoin d’affecter une partie ou l’ensemble de ses ressources à d’autres priorités que le recours aux tribunaux.

[33] The parties and interveners in this appeal presented us with several proposals for modifying or elaborating on the meaning of the impecuniosity requirement to suit the circumstances before us. The intervener the Chiefs of Ontario, submits that where a First Nation government applicant is involved in s. 35 litigation, it should be *presumed* to be impecunious. Beaver Lake, in its factum, and several interveners argue that an applicant is impecunious where it is unable to finance the litigation because it has expended its resources on other “reasonable financial choices” (see, e.g., A.F., at paras. 4, 55, 58 and 61). Another intervener, the Advocates’ Society, proposes that the impecuniosity requirement should ask whether it would be “unduly onerous” for the applicant to be expected to fund the litigation (I.F., at paras. 3, 24-26 and 28).

[34] We would not modify the impecuniosity requirement in these ways.

[35] We recognize that access to justice is of particular importance in the context of s. 35 litigation, and further acknowledge that, in some cases, the dire financial circumstances of a First Nation government applicant may be the very result of the alleged interference with its constitutional rights at issue in the litigation. None of this, however, warrants a presumption that all First Nations government applicants are impecunious. First, this presumption is inappropriate, as the financial situation of First Nations governments varies throughout Canada. Secondly, the parameters for an award of advance costs and the impecuniosity branch of the test were developed in *Okanagan*, which was itself a s. 35 claim by a First Nation government applicant, and which held that impecuniosity “must be established on the evidence” (para. 36 (emphasis added)). Finally, a class-based presumption of impecuniosity would risk turning the advance costs test into a parallel system of legal aid which, as noted above, would signify imprudent and inappropriate judicial overreach.

[33] Les parties et les intervenants en l’espèce nous ont présenté plusieurs propositions visant à modifier ou à préciser le sens de la condition d’impécuniosité pour l’adapter aux circonstances de l’espèce. L’intervenante Chiefs of Ontario affirme que le gouvernement d’une Première Nation partie à un litige intéressant l’art. 35 doit être *présupposé* impécunieux. Beaver Lake, dans son mémoire, de même que plusieurs intervenants prétendent qu’un demandeur est impécunieux s’il ne peut pas financer le recours devant les tribunaux parce qu’il a consacré ses ressources à d’autres [TRADUCTION] « choix financiers raisonnables » (voir, p. ex., m.a., par. 4, 55, 58 et 61). Une autre intervenante, la Société des plaideurs, propose que la condition d’impécuniosité consiste à déterminer s’il serait [TRADUCTION] « indûment onéreux » pour le demandeur qu’on s’attende à ce qu’il finance le recours devant les tribunaux (m. interv., par. 3, 24-26 et 28).

[34] Nous ne sommes pas d’avis de modifier ainsi la condition d’impécuniosité.

[35] Nous reconnaissons que l’accès à la justice revêt une importance particulière dans le contexte d’un litige intéressant l’art. 35, et que, dans certains cas, la situation financière précaire du gouvernement d’une Première Nation est le résultat même de l’atteinte reprochée à ses droits constitutionnels en cause dans le litige. Rien de tout cela ne justifie toutefois la présomption que tous les gouvernements des Premières Nations sont impécunieux. Premièrement, la présomption est inappropriée, car la situation financière des gouvernements des Premières Nations varie d’un endroit à l’autre au Canada. Deuxièmement, les paramètres de l’octroi d’une provision pour frais et le volet « impécuniosité » du critère ont été élaborés dans l’arrêt *Okanagan*, lequel portait lui-même sur une revendication déposée par le gouvernement d’une Première Nation sur la base de l’art. 35 et indiquait que l’impécuniosité « doit ressortir de la preuve » (par. 36 (nous soulignons)). Enfin, une présomption d’impécuniosité fondée sur des catégories risquerait de transformer le critère d’octroi d’une provision pour frais en un système parallèle d’aide juridique qui, rappelons-le, donnerait lieu à un activisme judiciaire imprudent et malencontreux.

[36] That said, judicial notice may be taken of the systemic and background factors affecting Indigenous peoples in Canadian society. As this Court reiterated in *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433, at para. 60, in the context of criminal sentencing, “courts must take judicial notice of such matters as the history of colonialism, displacement, and residential schools and how that history continues to translate into lower educational attainment, lower incomes, higher unemployment, higher rates of substance abuse and suicide, and of course higher levels of incarceration for Aboriginal peoples”. In the context of the advance costs test, courts may also take notice of such matters insofar as they may be relevant to understanding a First Nation government’s financial situation and spending priorities.

[37] Nor can we accept thresholds based on a standard of “reasonableness” or on whether it would be “unduly onerous” for the applicant to fund the litigation. While assessing impecuniosity entails reviewing the evidence of a First Nation government’s expenditures on matters besides litigation, the ultimate determination cannot be reached by applying broad and open-ended standards of reasonableness or undue burdens. These standards would dilute the requirement, repeatedly emphasized in *Little Sisters*, that advance costs awards “must be granted . . . in circumstances where the need for them is clearly established”, as a “last resort” (para. 36; see also paras. 41, 71, 73 and 78), and that “[a] court awarding advance costs must be guided by the condition of necessity” (para. 44 (emphasis added)).

[38] The concept of necessity is captured by this Court’s direction that advance costs are to be ordered as a “last resort”, where the First Nation government “genuinely cannot afford” the litigation and where it is “impossible to proceed”. It follows from this, in our view, that it is open to a court to decide that a First Nation government is impecunious when its

[36] Cela dit, le tribunal peut prendre connaissance d’office des facteurs systémiques et historiques touchant les Autochtones dans la société canadienne. Comme l’a répété notre Cour dans *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433, par. 60, dans le contexte de la détermination de la peine en matière criminelle, « les tribunaux doivent prendre connaissance d’office de questions telles que l’histoire de la colonisation, des déplacements de populations et des pensionnats et la façon dont ces événements se traduisent encore aujourd’hui chez les peuples autochtones par un faible niveau de scolarisation, des revenus peu élevés, un taux de chômage important, des abus graves d’alcool ou d’autres drogues, un taux élevé de suicide et, bien entendu, un taux élevé d’incarcération ». S’agissant du critère d’octroi d’une provision pour frais, les tribunaux peuvent aussi prendre connaissance d’office de questions de ce genre dans la mesure où elles peuvent permettre de comprendre la situation financière du gouvernement d’une Première Nation et ses priorités en matière de dépenses.

[37] Nous ne pouvons pas non plus accepter des seuils fondés sur une norme de « raisonnabilité » ou sur le point de savoir s’il serait « indûment onéreux » pour le demandeur de financer le litige. Bien que l’évaluation faite à l’aune du critère d’impecuniosité implique d’examiner la preuve des dépenses consacrées par le gouvernement d’une Première Nation à d’autres matières que le litige, on ne peut prendre la décision finale en appliquant des normes générales et larges de raisonnabilité ou axées sur des fardeaux indus. Ces normes dilueraient la condition, maintes fois soulignée dans *Little Sisters*, suivant laquelle les ordonnances de provisions pour frais « doivent être rendues [. . .] dans des circonstances où leur nécessité est clairement établie », et ce, en « dernier recours » (par. 36; voir aussi par. 41, 71, 73 et 78), et « [l]’état de nécessité doit guider le tribunal qui accorde une provision pour frais » (par. 44 (nous soulignons)).

[38] Le concept de nécessité se dégage de la directive de notre Cour voulant que les provisions pour frais soient adjugées en « dernier recours », lorsque le gouvernement d’une Première Nation « n’a véritablement pas les moyens de payer » les frais occasionnés par le litige, et qu’il est « impossible de procéder ». D’après nous, il s’ensuit que le tribunal peut décider que le

prioritization of “pressing needs”, properly understood, has left it unable to fund public interest litigation. Doing so — as opposed, for example, to considering merely whether the First Nation government made a “reasonable” financial choice — is consistent with this Court’s strictures confining grants of advance costs, inasmuch as meeting a *pressing* need connotes *necessity*.

[39] An approach to impecuniosity that allows a First Nation government’s pressing needs to take priority over the litigation has been usefully applied in lower court decisions. For example, the concept of a First Nation government applicant’s “pressing needs” has been applied to determine if it is genuinely unable to pay for the litigation. In *Keewatin v. Ontario (Minister of Natural Resources)* (2006), 32 C.P.C. (6th) 258 (Ont. S.C.J.), Spies J. found that the applicant had access to \$500,000 to \$600,000 annually in trust fund income that could be used to finance the litigation, but concluded that it was nevertheless impecunious because it should use those funds to address “more pressing needs that would take priority over funding this litigation” (para. 83; see also paras. 80-82 and 96). Significantly, this approach also appears to reflect a broadly acceptable threshold for impecuniosity, as it was applied *both* by the case management judge and the Court of Appeal in this case, the latter identifying the central issue before it as “the extent to which the funding of this litigation can be ‘weighed against the community’s other pressing needs’” (para. 24, quoting the case management judge’s reasons, at para. 60).

[40] We are therefore content to affirm that an applicant genuinely cannot afford to pay for the litigation where, and only where, it cannot meet its pressing needs while also funding the litigation. And, as we explain further below, where the applicant is a First Nation government, pressing needs must be understood from the perspective of the First Nation government.

gouvernement d’une Première Nation est impécunieux si le fait d’avoir accordé la priorité aux « besoins pressants », interprétés correctement, l’a rendu incapable de financer un litige d’intérêt public. Rendre cette décision — au lieu, par exemple, de se demander simplement s’il a fait un choix financier « raisonnable » — concorde avec la restriction, par notre Cour, des octrois de provision pour frais, dans la mesure où combler un besoin *pressant* implique la *nécessité*.

[39] Des juridictions inférieures ont utilement adopté une conception de l’impécuniosité permettant que les besoins pressants du gouvernement d’une Première Nation aient priorité sur le litige. Par exemple, on a appliqué la notion des « besoins pressants » d’un tel gouvernement pour décider s’il n’a véritablement pas les moyens de payer les frais occasionnés par le litige. Dans la décision *Keewatin c. Ontario (Minister of Natural Resources)* (2006), 32 C.P.C. (6th) 258 (C.S.J. Ont.), la juge Spies a constaté que le demandeur avait accès à des revenus de 500 000 à 600 000 dollars par année tirés d’un fonds de fiducie qui pouvaient servir à financer le litige, mais elle a conclu qu’il était néanmoins impécunieux parce qu’il devrait utiliser ces fonds pour subvenir à des [TRADUCTION] « besoins plus pressants qui auraient priorité sur le financement de ce litige » (par. 83; voir aussi par. 80-82 et 96). Fait important, cette approche semble également exprimer un seuil généralement acceptable d’impécuniosité, car elle a été appliquée *à la fois* par la juge chargée de la gestion de l’instance et la Cour d’appel en l’espèce, cette dernière décrivant la question centrale dont elle était saisie comme [TRADUCTION] « la mesure dans laquelle le financement de ce litige peut être “évalué par rapport aux autres besoins pressants de la communauté” » (par. 24, citant les motifs de la juge chargée de la gestion de l’instance, par. 60).

[40] Nous nous contenterons donc d’affirmer qu’un demandeur n’a véritablement pas les moyens de payer les frais occasionnés par le litige si, et seulement si, il ne peut répondre à ses besoins pressants tout en finançant le litige. Comme nous l’expliquerons aussi plus loin, lorsque le demandeur est le gouvernement d’une Première Nation, il faut envisager les besoins pressants du point de vue de ce gouvernement.

(2) Assessing Pressing Needs

[41] Bearing in mind the extraordinary nature of the remedy, and the constraints of the judicial role in ordering the expenditure of public funds, assessing whether a First Nation government has sufficient resources to pay for the litigation after meeting its pressing needs requires that a court have a sufficient record to (1) identify the applicant's pressing needs; (2) determine what resources are required to meet those needs; (3) assess the applicant's resources (both assets and income); and (4) identify the estimated cost of funding the litigation. The level of evidential granularity required for a trier of fact to apply the legal test will vary, depending on the circumstances of the applicant. Detailed proof of an applicant's pressing needs and the extent to which they are unfunded, and estimated litigation costs, may be required to ensure accountability over the expenditure of public funds. At the same time, it must not be prohibitively expensive to establish impecuniosity.

(a) *Identifying the Pressing Needs of a First Nation Government*

[42] Where an applicant has access to financial resources that could potentially be used to pay for the litigation, it bears the onus of proving that it genuinely cannot afford to pay for the litigation because it must commit those resources to address other pressing needs. Identifying the pressing needs of a First Nation government will always be a fact-specific determination; different communities may have different governance structures, funding arrangements and priorities, and so the evidence to establish pressing needs will vary from community to community.

[43] There can be no question that expenditures on basic necessities of life, including adequate housing, a safe water supply, and basic health and education services, rise to the level of addressing a pressing need. Spending to improve standards of living, for example, to provide enhanced health and education services or to promote cultural survival, may also qualify.

(2) Évaluation des besoins pressants

[41] Vu le caractère extraordinaire du redressement, ainsi que les contraintes imposées à la fonction judiciaire lorsqu'il s'agit d'ordonner la dépense de fonds publics, décider si le gouvernement d'une Première Nation a assez de ressources pour payer les frais occasionnés par le litige après avoir répondu à ses besoins pressants nécessite que le tribunal dispose d'un dossier suffisant pour (1) cerner les besoins pressants du demandeur; (2) déterminer quelles ressources sont requises pour répondre à ces besoins; (3) évaluer les ressources du demandeur (tant les actifs que le revenu); et (4) estimer combien il en coûtera pour financer le litige. Le niveau de détail probant requis pour que le juge des faits applique le critère juridique variera selon la situation du demandeur. La preuve détaillée des besoins pressants d'un demandeur et de la mesure dans laquelle ils ne sont pas capitalisés, de même que le coût estimatif du litige, peut s'avérer nécessaire pour assurer la reddition de comptes sur la dépense de fonds publics. Par contre, il ne doit pas être excessivement onéreux d'établir l'impecuniosité.

a) *Cerner les besoins pressants du gouvernement d'une Première Nation*

[42] Le demandeur ayant accès à des ressources financières qui pourraient servir à payer les frais occasionnés par le litige a le fardeau de prouver qu'il n'a véritablement pas les moyens de payer ces frais parce qu'il doit affecter les ressources en question pour répondre à d'autres besoins pressants. Il faut toujours cerner les besoins pressants du gouvernement d'une Première Nation au regard des faits; différentes communautés peuvent avoir différentes structures de gouvernance, dispositions de financement et priorités, donc la preuve nécessaire pour établir des besoins pressants variera d'une communauté à l'autre.

[43] Il ne fait aucun doute que les dépenses consacrées aux besoins essentiels, y compris des logements convenables, une source d'eau sûre ainsi que des services de santé et d'éducation de base, servent à combler un besoin pressant. Il peut également s'agir de dépenser pour améliorer les conditions de vie, par exemple, en vue d'offrir de meilleurs services de santé et d'éducation, ou encore de favoriser la survie culturelle.

[44] Further, and as we have already observed (para. 25), the goal of reconciling Aboriginal interests with the broader interests of society will inform how a court identifies the pressing needs of a First Nation government. Reconciliation requires a court to consider the pressing needs of a First Nation government applicant from its perspective as a government that sets its own priorities and is best situated to identify its needs. Accordingly, a court identifying the pressing needs of a First Nation government may have regard to what that government has prioritized in the past as indicated, for example, by records of Crown consultation, of negotiations with the Crown for funding, by band council resolutions requesting access to capital and revenue moneys, and in records of internal departmental or other meetings dealing with its budgeting and priorities. Certain prioritized expenditures, such as allocating funds to construct a skating rink or to promote the First Nation's culture, may not appear to a court to address a pressing need on their face. And yet, a community may adduce evidence of how it has prioritized this project because it promotes its Indigenous identity or, for example, an urgent problem of youth in crisis has led it to promote physical health, outdoor activities or traditional cultural practices (*Keewatin*, at para. 59).

(b) *The Extent of Unfunded Pressing Needs*

[45] Identification by a court of needs as truly pressing will not establish impecuniosity. An applicant should also adduce evidence of the costs of meeting those needs and the extent to which it cannot cover those costs. The amount of detail required will depend on the circumstances, including the nature of the unmet needs and any difficulties in estimating the cost of those needs.

[46] Additionally, where the applicant has access to resources that could potentially pay for the litigation but which it says must be devoted to its pressing needs, it must demonstrate that those resources are in fact

[44] De plus, et comme nous l'avons déjà fait remarquer (par. 25), l'objectif de concilier les intérêts autochtones et les intérêts plus larges de la société orientera la façon dont le tribunal cerne les besoins pressants du gouvernement d'une Première Nation. La réconciliation oblige le tribunal à envisager les besoins pressants de ce gouvernement de son point de vue en tant que gouvernement qui fixe ses propres priorités et est le mieux placé pour déterminer ses besoins. Par conséquent, le tribunal qui cerne les besoins pressants du gouvernement d'une Première Nation peut tenir compte des priorités établies dans le passé par ce gouvernement tel qu'il appert, par exemple, des comptes rendus d'une consultation effectuée par la Couronne, des négociations menées avec la Couronne pour obtenir du financement, de résolutions adoptées par un conseil de bande pour demander accès à des capitaux et à des revenus, et des procès-verbaux de réunions sectorielles ou autres portant sur son budget et ses priorités. Certaines dépenses prioritaires, comme l'affectation de fonds à la construction d'une patinoire ou la promotion de la culture de la Première Nation, peuvent ne pas sembler à première vue, selon le tribunal, répondre à un besoin pressant. Pourtant, une communauté peut produire une preuve de la manière dont elle a accordé la priorité à ce projet parce qu'il promeut son identité autochtone ou que, par exemple, un problème urgent de jeunes en crise l'a amené à promouvoir la santé physique, les activités de plein air ou les pratiques culturelles traditionnelles (*Keewatin*, par. 59).

b) *L'étendue des besoins pressants non capitalisés*

[45] La conclusion du tribunal que des besoins sont véritablement pressants n'établira pas l'impecuniosité. Le demandeur devrait également produire une preuve des frais à engager pour répondre à ses besoins et de la mesure dans laquelle il n'est pas capable d'assumer ces frais. La quantité de renseignements nécessaires dépendra des circonstances, notamment la nature des besoins non comblés et toute difficulté à en estimer le coût.

[46] En outre, le demandeur ayant accès à des ressources susceptibles de servir à payer les frais occasionnés par le litige, mais qui, affirme-t-il, doivent être affectées à ses besoins pressants doit

being devoted to addressing those pressing needs. We concur with the Court of Appeal of Alberta's statement in the present case that "[f]unds that are available to meet infrastructure and services deficits must be used for that purpose before a claim can be made for advance [costs], based on an argument that available funds are needed for those other priorities" (para. 31). In this regard, evidence of an applicant's plan for the use of its financial resources would be relevant.

(c) *Assessing the Applicant's Financial Resources*

[47] It follows from our jurisprudence that in some cases, a finding of impecuniosity can be made even where the applicant does not adduce detailed evidence, either because the applicant does not have any available financial resources, as in *Okanagan*, or because it is obvious that its financial resources would be outstripped by the nature and extent of its pressing needs as compared with its estimated litigation costs.

[48] Lower court cases illustrate how a finding of impecuniosity can find support in the evidence adduced by a First Nation government applicant. In *Missanabic Cree First Nation v. Ontario*, 2011 ONSC 5196, 38 C.P.C. (7th) 385, the First Nation government satisfied the impecuniosity requirement where it adduced years of financial statements disclosing that its liabilities exceeded its assets, that it had significant long-term debt, and that it did not have any unrestricted revenue sources that could be used towards the litigation (paras. 41-47). In *Hagwilget Indian Band*, litigation between the applicant band and Canada had persisted for 20 years, leaving the band "with virtually no resources" (para. 12). It was manifest to the court that the band could not pursue the litigation without advance costs, since its funding was closely controlled by the government, it had been unsuccessful in obtaining other sources of funding, it owed counsel over \$140,000, ran deficits, had no available credit, and had to close its band council offices for over 3 weeks due to lack of funding (paras. 12-14). In *Keewatin*, the record established

démontrer que ces ressources sont effectivement utilisées pour répondre à ces besoins. Nous souscrivons à l'affirmation de la Cour d'appel de l'Alberta dans la présente affaire selon laquelle [TRADUCTION] « [L]es fonds disponibles pour combler les déficits en matière d'infrastructures et de services doivent être utilisés à cette fin avant que l'on puisse demander une provision [pour frais] en s'appuyant sur l'argument que les fonds disponibles doivent être affectés à ces autres priorités » (par. 31). À cet égard, la preuve que le demandeur a un plan pour utiliser ses ressources financières serait pertinente.

c) *Évaluer les ressources financières du demandeur*

[47] Il découle de notre jurisprudence que, dans certains cas, il est possible de conclure à l'impecuniosité même si le demandeur ne produit pas une preuve détaillée, soit parce que le demandeur ne dispose d'aucune ressource financière disponible, comme dans l'affaire *Okanagan*, ou parce que ses ressources financières seraient manifestement dépassées par la nature et l'étendue de ses besoins pressants, comparativement aux frais approximatifs que lui occasionnera le litige.

[48] La jurisprudence de tribunaux inférieurs montre en quoi une conclusion d'impecuniosité peut trouver appui dans la preuve produite par le gouvernement d'une Première Nation qui sollicite une provision pour frais. Dans l'affaire *Missanabic Cree First Nation c. Ontario*, 2011 ONSC 5196, 38 C.P.C. (7th) 385, le gouvernement de la Première Nation a satisfait à la condition d'impecuniosité lorsqu'il a présenté des années d'états financiers révélant que ses passifs excédaient ses actifs, qu'il était lourdement endetté à long terme, et qu'il ne disposait d'aucune source de revenus sans restrictions susceptibles d'être utilisés pour le litige (par. 41-47). Dans *Bande indienne d'Hagwilget*, le litige opposant la bande demanderesse au Canada avait perduré pendant 20 ans, laissant la bande « presque sans ressources » (par. 12). Il était évident pour le tribunal que la bande ne pouvait pas aller de l'avant avec le litige sans provision pour frais, car son financement était étroitement contrôlé par le gouvernement, elle n'avait pas réussi à obtenir d'autres sources de financement, elle devait à ses avocats plus de 140 000 dollars, accumulait les déficits, ne

that securing funding from individual members was impractical, virtually all funding came from the federal and provincial governments and was earmarked for specific priorities, the band ran deficits in successive years, the majority of its members were unemployed, lacked adequate housing and an adequate water supply, and other sources of funding had been explored but were inadequate to fund the litigation. On this basis, the band was found to be impecunious (para. 108).

[49] Where a First Nation government applicant has extensive assets and ongoing revenue, however, more detailed evidence of its financial resources is required to demonstrate impecuniosity. This may include an account of its assets, liabilities, income and expenses, information about restrictions on revenue, number of employees and salaries, and evidence of its ability and efforts to obtain funding from alternative sources. And where a responding party challenges an applicant's contention that certain financial resources are unavailable because they have been or are being spent to address pressing needs, the applicant may be required to justify the challenged expenditures.

[50] In all cases, because advance costs are a measure of last resort, an applicant must demonstrate that it made sufficient efforts to obtain funding from alternate sources. Depending on the circumstances, if an applicant requires ministerial permission to access certain funds, it should demonstrate that it sought this permission (and been declined), or justify its choice to refrain from doing so (*Little Sisters*, at para. 68). Similarly, a court should generally consider whether the applicant attempted to obtain private funding through fundraising campaigns or tried to obtain a loan (paras. 40 and 70). What is required in each case will vary depending on the evidence of what funding is realistically available. For example, in *Caron*, this Court deferred to the application judge's finding that

disposait d'aucun crédit, et a dû fermer les bureaux de son conseil de bande durant plus de 3 semaines à cause d'un manque de fonds (par. 12-14). Dans *Keewatin*, le dossier indiquait qu'il était irréaliste d'obtenir du financement de la part de membres, que pratiquement tous les fonds provenaient des gouvernements fédéral et provincial et étaient réservés à des priorités précises, que la bande a enregistré des déficits au cours d'années successives, et que la plupart de ses membres n'avaient pas d'emploi, de logement adéquat, ni d'approvisionnement en eau satisfaisant. De plus, d'autres sources de financement avaient été étudiées, mais elles étaient insuffisantes pour financer le litige. Il a été conclu pour ces raisons que la bande était impécunieuse (par. 108).

[49] Lorsque, en revanche, le gouvernement d'une Première Nation qui sollicite une provision pour frais possède d'importants actifs et des revenus constants, il doit produire une preuve plus détaillée de ses ressources financières pour démontrer l'impécuniosité. Il peut s'agir notamment d'un bilan de ses actifs, passifs, revenus et dépenses, de renseignements sur les restrictions au revenu, du nombre d'employés et de leur salaire, ainsi que la preuve de sa capacité d'obtenir du financement d'autres sources et des efforts déployés à cette fin. Si l'intimé conteste la prétention du gouvernement demandeur suivant laquelle certaines ressources financières ne sont pas disponibles parce qu'elles ont été ou sont utilisées pour répondre à des besoins pressants, le demandeur peut être tenu de justifier les dépenses contestées.

[50] Dans tous les cas, puisque les provisions pour frais constituent une mesure de dernier recours, le demandeur doit démontrer qu'il a déployé suffisamment d'efforts pour obtenir du financement d'autres sources. Selon les circonstances, si le demandeur a besoin d'une permission ministérielle pour avoir accès à certains fonds, il devrait démontrer avoir sollicité cette permission (et avoir essuyé un refus), ou justifier son choix de s'en abstenir (*Little Sisters*, par. 68). De même, le tribunal devrait, en règle générale, se demander si le demandeur a tenté d'obtenir du financement privé au moyen de collectes de fonds ou essayé d'obtenir un prêt (par. 40 et 70). Ce qu'il faut faire dans chaque cas variera selon la preuve du financement qui est disponible de façon réaliste. Par

it was not “realistically possible” for the applicant to launch a formal fundraising campaign as the litigation unfolded, given the trial schedule and its demands (para. 41, quoting *R. v. Caron*, 2007 ABQB 632, 424 A.R. 377, at para. 30).

(d) *Comparing Estimated Litigation Costs and the Applicant’s Surplus Resources*

[51] *Little Sisters* instructs that “cost estimates [for the litigation] form an integral part of the evidence; the court should subject them to scrutiny, and then use them to consider whether the litigant is impecunious” (para. 69). Consistent with this direction, an applicant must submit an up-to-date litigation plan so that a court can know, at least approximately, the cost of pursuing the litigation.

[52] Ultimately, after assessing the financial resources available to a First Nation government applicant, the extent to which it must commit those resources to pressing needs in priority to the litigation and the estimated cost of the litigation, a determination can be made regarding whether the applicant has surplus resources with which it may finance the litigation in whole or in part.

C. *Application of the Framework to This Appeal*

[53] Disturbing the case management judge’s discretionary decision to award advance costs cannot be undertaken lightly (*Little Sisters*, at para. 49). At the same time, in making an exceptional award of advance costs, “trial judges must . . . be careful to stay within recognized boundaries” (para. 49). Even discretionary decisions are not completely insulated from review, and appellate intervention is warranted where a trial judge has misdirected himself or herself as to the applicable law, including the identification of the requisite legal criteria, their definition and their application (*Okanagan*, at paras. 36 and 43).

exemple, dans *Caron*, notre Cour s’en est remise à la conclusion du juge de première instance selon laquelle il n’était pas « vraiment possible » pour le demandeur de lancer une collecte de fonds officielle à mesure que se déroulait l’instance, vu l’échéancier et les exigences du procès (par. 41, citant *R. c. Caron*, 2007 ABQB 632, 424 A.R. 377, par. 30).

d) *Comparer les coûts estimatifs associés au litige et les ressources excédentaires du demandeur*

[51] L’arrêt *Little Sisters* nous enseigne que les « estimations de coûts [pour le litige] font partie intégrante de la preuve; le tribunal devrait les examiner attentivement et s’en servir pour déterminer si le plaideur manque de ressources » (par. 69). Conformément à cette directive, le demandeur doit soumettre un plan de financement du litige à jour pour que le tribunal puisse au moins avoir une idée de ce qu’il en coûtera pour poursuivre l’instance.

[52] En dernière analyse, après évaluation des ressources financières à la disposition du gouvernement d’une Première Nation qui sollicite une provision pour frais, de la mesure dans laquelle ce dernier doit affecter ces ressources à des besoins pressants qui ont priorité sur le litige, et du coût estimé de celui-ci, on peut décider si le gouvernement demandeur a des ressources excédentaires grâce auxquelles il peut financer le litige en tout ou en partie.

C. *Application du cadre au présent pourvoi*

[53] La décision discrétionnaire de la juge chargée de la gestion de l’instance d’accorder une provision pour frais ne peut être modifiée à la légère (*Little Sisters*, par. 49). Par contre, au moment d’accorder exceptionnellement une provision pour frais, « le juge de première instance doit prendre soin de respecter les limites reconnues » (par. 49). Même les décisions discrétionnaires ne sont pas à l’abri de tout contrôle, et l’intervention de la cour d’appel est justifiée si le juge de première instance s’est mépris quant au droit applicable, y compris la détermination des critères juridiques à appliquer, leur définition et leur application (*Okanagan*, par. 36 et 43).

[54] Here, the case management judge, acting without the benefit of these reasons, made general observations about Beaver Lake’s financial resources and pressing needs to find that it was an impoverished community. On the record before her, that finding is unassailable. But with great respect, it is, without more, insufficient. She did not make the particular findings necessary in these circumstances to decide impecuniosity or to determine the amount of advance costs required to enable Beaver Lake to pursue the litigation. Indeed, the record before her was itself insufficient to support such findings. For these reasons, and because Beaver Lake’s financial circumstances have changed since its initial application (indeed, the fresh evidence before the Court of Appeal demonstrates that those circumstances are dynamic), this matter must be remitted for a new hearing so that impecuniosity can be decided in accordance with these reasons.

(1) Beaver Lake’s Pressing Needs

[55] As we have already recounted, the case management judge found that Beaver Lake has “substantial deficits in housing and infrastructure and . . . high levels of unemployment and social assistance” (para. 30). These findings, too, were fully available on the record before her. Beaver Lake adduced and was cross-examined on extensive affidavit evidence regarding the community’s living conditions that spoke of food insecurity and lack of access to lands, social assistance, unemployment, inadequate housing, inadequate infrastructure, insufficient resources for health and education programs, poor water quality and access, health needs, and overall poverty. Further, the record showed that ameliorating these conditions had been identified as significant priorities by the band.

[56] In light of this evidence, we agree that the case management judge appropriately identified Beaver Lake’s pressing needs. Such matters fall within the

[54] En l’espèce, la juge chargée de la gestion de l’instance, agissant sans le bénéfice des présents motifs, a fait des observations générales à propos des ressources financières et des besoins pressants de Beaver Lake pour conclure qu’elle était une communauté démunie. Au vu du dossier dont la juge était saisie, cette conclusion est inattaquable. Mais en toute déférence, elle est, faute d’éléments supplémentaires, insuffisante. La juge n’a pas tiré les conclusions précises nécessaires dans les circonstances pour statuer sur l’impecuniosité ou pour établir le montant de la provision pour frais requis pour permettre à Beaver Lake de poursuivre l’instance. En effet, le dossier dont elle disposait était insuffisant en soi pour étayer de telles conclusions. Pour ces motifs, et parce que la situation financière de Beaver Lake a changé depuis sa demande initiale (en fait, la preuve nouvelle présentée devant la Cour d’appel démontre que cette situation évolue), il faut renvoyer cette question pour nouvelle audition afin que l’on puisse décider de l’impecuniosité conformément aux présents motifs.

(1) Besoins pressants de Beaver Lake

[55] Comme nous l’avons déjà relaté, la juge chargée de la gestion de l’instance a conclu que Beaver Lake accuse des [TRADUCTION] « déficits importants au chapitre du logement et des infrastructures et [. . .] connaît des taux de chômage et d’assistance sociale élevés » (par. 30). Il était, en outre, tout à fait possible de tirer ces conclusions au vu du dossier dont elle disposait. Beaver Lake a produit une preuve par affidavit considérable — preuve sur laquelle elle a été contre-interrogée — au sujet des conditions de vie dans la communauté et de l’insécurité alimentaire qui y règne, du manque d’accès à des terres, de l’assistance sociale, du chômage, de l’inadéquation des logements et des infrastructures, des ressources insuffisantes consacrées aux programmes de santé et d’éducation, de l’accès limité à l’eau et de sa mauvaise qualité, des besoins en matière de santé, ainsi que de la pauvreté en général. De plus, le dossier révèle que l’amélioration de ces conditions avait été considérée comme une priorité par la bande.

[56] Eu égard à la preuve susmentionnée, nous estimons que la juge chargée de la gestion de l’instance a convenablement cerné les besoins pressants

basic necessities of life which, as such, clearly rise to the level of pressing needs within the circumstances of this applicant. In particular, allocating resources to improve deficits in housing, infrastructure, and basic social programming would, from the perspective of this First Nation government, constitute the addressing of pressing needs. We therefore disagree with the Court of Appeal inasmuch as it suggests that expenditures thereon represent “spending on desirable improvements” rather than spending on pressing needs (para. 28).

(2) The Extent of Beaver Lake’s Unfunded Pressing Needs

[57] The case management judge did not make findings regarding the estimated costs of Beaver Lake’s pressing needs, or the extent to which those costs are not covered by the financial resources available to Beaver Lake. Nor were the necessary specific findings made to show how those resources were being applied to meet those needs.

[58] Indeed, the case management judge could not have made those findings on the record before her. A constant refrain in the evidence and submissions was that Beaver Lake could not meet its pressing needs because it lacked sufficient funds. Yet, there was no specific account of how much it would cost to address Beaver Lake’s pressing needs, or why no other resources were available to meet those needs. The case management judge should have been told, for example, why federal funding allocated to Beaver Lake’s pressing needs falls short of adequately addressing them.

[59] The evidence concerning Beaver Lake’s financial resources did not fully answer whether those resources were required to address its pressing needs, and whether any funds would remain that could potentially pay for the litigation. For example, evidence of financial statements, while helpful, were insufficient

de Beaver Lake. Ces matières relèvent des besoins essentiels, qui sont de ce fait clairement assimilables à des besoins pressants dans la situation de la demanderesse en l’espèce. En particulier, affecter des ressources pour combler les déficits au chapitre du logement et des infrastructures et améliorer les programmes sociaux de base, c’est répondre à des besoins pressants du point de vue du gouvernement de cette Première Nation. Nous sommes donc en désaccord avec la Cour d’appel dans la mesure où elle laisse entendre que les dépenses en question représentent [TRADUCTION] « des dépenses visant des améliorations souhaitables » plutôt que des dépenses consacrées à des besoins pressants (par. 28).

(2) L’étendue des besoins pressants non capitalisés de Beaver Lake

[57] La juge chargée de la gestion de l’instance n’a pas tiré de conclusions sur les coûts estimatifs des besoins pressants de Beaver Lake, ni sur la mesure dans laquelle ces coûts ne sont pas couverts par les ressources financières à la disposition de Beaver Lake. Elle n’est pas non plus arrivée aux conclusions précises nécessaires pour démontrer en quoi les ressources en question étaient affectées pour répondre à ces besoins.

[58] D’ailleurs, la juge chargée de la gestion de l’instance n’aurait pas pu tirer ces conclusions sur la base du dossier dont elle disposait. Il ressort constamment de la preuve et des observations que Beaver Lake n’était pas en mesure de répondre à ses besoins pressants parce qu’elle manquait de fonds. Pourtant, on n’a pas indiqué avec précision combien il en coûterait pour répondre aux besoins pressants de Beaver Lake, ou pourquoi il n’y avait pas d’autres ressources disponibles à cette fin. On aurait dû dire à la juge chargée de la gestion de l’instance, par exemple, pourquoi le financement fédéral destiné aux besoins pressants de Beaver Lake ne permet pas de répondre adéquatement à ceux-ci.

[59] La preuve concernant les ressources financières de Beaver Lake n’a pas répondu de manière exhaustive aux questions de savoir si ces ressources étaient requises pour combler ses besoins pressants, et s’il resterait des fonds susceptibles d’être utilisés pour payer les frais occasionnés par le litige. Par exemple,

since they do not identify Beaver Lake's current or future needs, or the extent to which funding has or has not been allocated to meeting them (A.R., vol. XII, at pp. 180-83).

[60] Beaver Lake's band administrator, John Geoffrey Rankin, deposed that, in discharging his responsibility to develop business strategies that align with the community's short- and long-term objectives, he meets weekly with band departmental managers to review progress on priorities, develop and assess departmental budgets, and assist with additional funding requests (A.R., vol. II, at pp. 12-13). However, the content and outcome of those meetings were not before case management judge. Placing this evidence before the court could help it understand not only the community's pressing needs (although, as we have discussed, they were adequately demonstrated in this case), but also how existing and future resources are to be allocated to meet those needs, whether those resources will be sufficient, and whether there are pressing needs that will nonetheless go unmet.

[61] It follows that the court will require evidence that quantifies the financial resources required to meet the First Nation government's pressing needs. Here, for example, it was unclear just how much it would cost to provide adequate housing. Mr. Rankin's affidavit indicated that 50 members are on the waitlist for housing, 20 houses are in need of immediate major repairs, and 8 houses need to be replaced due to health and safety concerns (A.R., vol. II, at pp. 24-25). But it would be difficult for a court to know what resources must be allocated to these needs without estimates of how much that work would cost, coupled with an explanation of why other sources of funds could not cover these costs. While some of these costs may be unpredictable, more information should be provided where possible; if further information is not available at the time of application, Beaver Lake should explain why it is not. Similarly, Beaver Lake's evidence was that repairs were needed for its sewer system and treatment lagoon, but whether its resources, present or future, could be allocated to that expense was not

les états financiers soumis en preuve, quoiqu'utilites, se sont avérés insuffisants, car ils n'indiquaient pas les besoins actuels ou futurs de Beaver Lake, ni la mesure dans laquelle des fonds ont été affectés ou non pour y répondre (d.a., vol. XII, p. 180-183).

[60] L'administrateur de la bande de Beaver Lake, John Geoffrey Rankin, a témoigné qu'en s'acquittant de sa responsabilité d'élaborer des stratégies d'affaires qui s'accordent avec les objectifs à court et à long termes de la communauté, il rencontre chaque semaine les gestionnaires des services de la bande pour examiner les progrès réalisés sur les priorités, établir et évaluer les budgets des services, et prêter son concours à des demandes supplémentaires de financement (d.a., vol. II, p. 12-13). La teneur et l'issue de ces réunions n'ont toutefois pas été présentées à la juge chargée de la gestion de l'instance. Mettre cette preuve à la disposition du tribunal l'aiderait à comprendre non seulement les besoins pressants de la communauté (bien que, comme nous l'avons vu, ils aient été adéquatement démontrés en l'espèce), mais aussi la façon dont il faut affecter les ressources existantes et futures pour répondre à ces besoins, si ces ressources s'avèreraient suffisantes, et s'il y a des besoins pressants qui ne seront malgré tout pas comblés.

[61] Il s'ensuit que le tribunal aura besoin d'une preuve quantifiant les ressources financières requises pour répondre aux besoins pressants du gouvernement de la Première Nation. En l'espèce, par exemple, on ne savait pas précisément combien il en coûterait pour fournir des logements adéquats. D'après l'affidavit de M. Rankin, 50 membres figurent sur la liste d'attente pour obtenir un logement, 20 maisons nécessitent des réparations majeures sur-le-champ, et 8 maisons doivent être remplacées pour des raisons de santé et de sécurité (d.a., vol. II, p. 24-25). Il serait toutefois difficile pour le tribunal de savoir quelles ressources doivent être affectées à ces besoins en l'absence d'estimation du coût des travaux en question, conjuguée à une explication des raisons pour lesquelles d'autres sources de fonds ne permettaient pas de payer ces frais. Bien que certains de ces frais soient imprévisibles, il faudrait fournir de plus amples renseignements dans la mesure du possible; s'il n'est pas possible d'obtenir un complément d'information au moment de la demande, Beaver Lake devrait expliquer pourquoi

explained. We were told at the hearing that Canada has agreed “to provide the funds and that [it] is costing up to \$8 million” (transcript, at p. 26; see also p. 90). However, a court would need to know whether the funding is conditional, whether those conditions are practically achievable, whether this government funding is sufficient and, if not, whether Beaver Lake proposes to allocate resources to address this need.

(3) Beaver Lake’s Financial Resources

[62] The case management judge considered Beaver Lake’s resources to arrive at the conclusion that it had more than \$3 million in unrestricted assets potentially available for the litigation. She was entitled to make this finding based on the evidence provided by Beaver Lake, which consisted of financial statements, affidavits from band council and community members, government reports and correspondence, and expert evidence concerning Beaver Lake’s assets and sources of revenue.

[63] Additional evidence regarding Beaver Lake’s assets and income, including any restrictions on those resources, and its liabilities and expenses could help the court more accurately determine what resources Beaver Lake could access. It would also be helpful if Beaver Lake were to provide a more detailed account of its efforts to obtain funding from alternate sources. The following examples illustrate how the analysis of Beaver Lake’s financial resources would have benefitted from further elaboration.

[64] First, Beaver Lake created the Heritage Trust as a vehicle to manage income received from projects carried out on its traditional lands, which Beaver Lake allocates towards community development programs and services according to the terms of the Trust Agreement. Under the Trust’s terms, Beaver Lake can draw up to 10 percent once every four years for

on ne peut pas l’obtenir. De même, la preuve de Beaver Lake révélait que son réseau d’égout et son étang d’épuration avaient besoin de réparations, mais on n’a pas expliqué si ses ressources, actuelles ou futures, pourraient être affectées à cette dépense. Nous avons été informés à l’audience que le Canada avait consenti [TRADUCTION] « à fournir les fonds et qu’ils s’élèvent à 8 millions de dollars » (transcription, p. 26; voir aussi p. 90). Cependant, le tribunal aurait besoin de savoir si le financement est conditionnel, si ces conditions sont concrètement réalisables, si ce financement gouvernemental est suffisant et, dans la négative, si Beaver Lake propose d’affecter des ressources pour répondre à ce besoin.

(3) Ressources financières de Beaver Lake

[62] La juge chargée de la gestion de l’instance a pris en considération les ressources de Beaver Lake pour arriver à la conclusion qu’elle avait plus de 3 millions de dollars en actifs sans restrictions qui pouvaient servir au litige. Il lui était loisible de tirer cette conclusion compte tenu de la preuve fournie par Beaver Lake, laquelle se composait d’états financiers, d’affidavits du conseil de bande et de membres de la communauté, de rapports et de communications du gouvernement, ainsi que d’une preuve d’expert concernant les actifs et les sources de revenus de Beaver Lake.

[63] Des éléments de preuve supplémentaires concernant les actifs et revenus de Beaver Lake, y compris toute restriction à ces ressources, de même que ses passifs et dépenses pourraient aider le tribunal à déterminer avec plus d’exactitude quelles ressources auxquelles Beaver Lake peut accéder. Il serait également utile que Beaver Lake donne un compte rendu plus détaillé des efforts qu’elle a faits pour obtenir du financement d’autres sources. Les exemples qui suivent montrent comment l’analyse des ressources financières de Beaver Lake aurait bénéficié de précisions.

[64] Premièrement, Beaver Lake a créé une fiducie patrimoniale afin de gérer les revenus provenant de travaux exécutés sur ses terres traditionnelles, revenus qu’elle affecte à des programmes et services de développement communautaire selon la convention de fiducie. Aux termes de la fiducie, Beaver Lake peut tirer jusqu’à 10 p. 100 de ces revenus une fois tous les

these community activities, some of which at least, on their face, may correspond to some of Beaver Lake's pressing needs. Beaver Lake explained that the purpose of the restriction on withdrawals from the Trust is to enable it to build capital to start to address its deep deficits; however, more clarity regarding the purposes of the funding and how it is allocated would be helpful. It is unclear on the current record why the Trust funds are insufficient to meet at least some of Beaver Lake's pressing needs.

[65] Secondly, Beaver Lake has access, under certain conditions, to the Indian Oil and Gas Canada Trust, which consists of funds derived from ongoing revenue from oil and gas extraction on the Beaver Lake Reserve. There are no restrictions on the purposes for which the funds could be used, although accessing funds from the Trust requires ministerial approval. While we note Beaver Lake's explanation that the Trust is an "emergency fund" used for immediate needs such as urgent infrastructure repairs (A.F., at para. 36), knowing more about the binding quality of those restrictions or of Beaver Lake's past use of these funds for emergency purposes, and whether Beaver Lake sought approval to finance the litigation (or if not, why not) would assist the court.

[66] Finally, while Beaver Lake received approval to become a borrowing member of the First Nations Finance Authority (R.R., Alberta, vol. I, at pp. 141 and 143; case management judge's reasons, at para. 58), the evidence does not show that it has sought to obtain a loan to pursue litigation. It would assist the court to know why this is so or, alternatively, if indeed it has applied for a loan, the Authority's response.

[67] In short, the case management judge required a more particularized and comprehensive record in order to consider whether Beaver Lake had made sufficient efforts to obtain funding from alternate sources, and whether other sources of funds are available to be used for the litigation. This is no

quatre ans pour ces activités communautaires, dont au moins quelques-unes peuvent correspondre, du moins à première vue, à certains de ses besoins pressants. Beaver Lake a expliqué que la restriction sur les retraits de la fiducie a pour objet de lui permettre d'accumuler du capital afin de commencer à combler ses grands déficits; il serait cependant utile d'éclaircir les objectifs des fonds et la manière dont ils sont affectés. Le dossier actuel n'indique pas clairement pourquoi les fonds détenus en fiducie sont insuffisants pour répondre à au moins certains des besoins pressants de Beaver Lake.

[65] Deuxièmement, Beaver Lake peut se prévaloir, à certaines conditions, de la fiducie de Pétrole et gaz des Indiens du Canada, laquelle se compose de fonds provenant des revenus tirés en permanence de l'extraction du pétrole et du gaz sur la réserve de Beaver Lake. Les utilisations possibles des fonds ne sont frappées d'aucune restriction, bien qu'il faille obtenir une approbation ministérielle pour toucher les fonds de la fiducie. Nous prenons note de l'explication de Beaver Lake selon laquelle la fiducie constitue un [TRADUCTION] « fonds d'urgence » utilisé pour répondre aux besoins immédiats tels que les réparations d'urgence aux infrastructures (m.a., par. 36), mais il serait utile pour le tribunal d'en apprendre davantage sur le caractère contraignant de ces restrictions ou sur l'usage qu'a fait Beaver Lake de ces fonds dans le passé en cas d'urgence, et de savoir si Beaver Lake a sollicité l'approbation de financer le litige (ou, dans la négative, pourquoi elle ne l'a pas fait).

[66] Enfin, bien que Beaver Lake ait reçu l'autorisation de devenir un membre emprunteur de l'Administration financière des premières nations (d.i., Alberta, vol. I, p. 141 et 143; motifs de la juge chargée de la gestion de l'instance, par. 58), la preuve ne démontre pas qu'elle a cherché à obtenir un prêt pour faire avancer l'instance. Il serait utile pour le tribunal de savoir pourquoi il en est ainsi ou, subsidiairement, si Beaver Lake a effectivement demandé un prêt et quelle fut la réponse de l'Administration.

[67] Bref, la juge chargée de la gestion de l'instance avait besoin d'un dossier plus détaillé et complet afin de déterminer si Beaver Lake avait fait des efforts suffisants pour obtenir du financement d'autres sources, et si d'autres sources de fonds peuvent servir au litige. Il ne s'agit pas d'un petit détail : le tribunal doit être

small consideration: a court must be satisfied that an applicant has explained with sufficient detail whether its financial resources can be used to finance the litigation, and if not, why not.

(4) Comparing Beaver Lake’s Estimated Litigation Costs and Surplus Resources

[68] Consistent with this Court’s direction in *Little Sisters*, the case management judge reviewed Beaver Lake’s litigation plan and determined the quantum of funds required to pursue the litigation. She accepted Beaver Lake’s estimate of \$5 million for the litigation. As part of this exercise, the case management judge was required to determine whether Beaver Lake had any surplus resources to finance the litigation in whole or in part and to assess the funds necessary to advance the litigation. As the matter is being remitted for a new hearing, and given the amount of time that has elapsed from the initial application, and further given that Beaver Lake’s litigation plan was dated 2014 and marked “without prejudice”, Beaver Lake should submit a current litigation plan to assist the court with this determination. This information, combined with a more detailed record that addresses the questions raised above, would help the court understand the extent to which Beaver Lake must commit its present and future resources to pressing needs instead of the litigation, quantify the estimated cost of the litigation, and determine whether Beaver Lake has any surplus resources to finance the litigation in whole or in part.

(5) The Fresh Evidence

[69] In our view, the evidence of the amount received by Beaver Lake from the resolved specific claim (\$2.97 million) is not conclusive; indeed, it raises more questions. Nor does it speak to Beaver Lake’s current financial resources or pressing needs. Chief Anderson deposes that the settlement funds will be applied to various priorities, including another lawsuit, infrastructure and housing, upgrading Beaver Lake’s water treatment system, gas lines installation,

convaincu qu’un demandeur a expliqué de manière suffisamment détaillée si ses ressources financières peuvent être utilisées pour financer le litige et, dans la négative, pourquoi elles ne peuvent l’être.

(4) Comparer les frais estimatifs qu’occasionne le litige à Beaver Lake et ses ressources excédentaires

[68] Conformément à la directive donnée par notre Cour dans *Little Sisters*, la juge chargée de la gestion de l’instance a passé en revue le plan d’avancement de l’instance de Beaver Lake et établi le montant des fonds nécessaires à cette fin. Elle a accepté l’estimation de Beaver Lake voulant que les frais occasionnés par le litige s’élèvent à 5 millions de dollars. En se prêtant à cet exercice, la juge chargée de la gestion de l’instance devait décider si Beaver Lake avait quelques ressources excédentaires pouvant servir à financer le litige en tout ou en partie, et évaluer les fonds nécessaires pour faire avancer le litige. Comme l’affaire est renvoyée pour nouvelle audition, et compte tenu du temps écoulé depuis la demande initiale et du fait que le plan d’avancement de l’instance de Beaver Lake remontait à 2014 et portait la mention [TRADUCTION] « sous toutes réserves », Beaver Lake devrait soumettre un plan d’avancement de l’instance à jour pour aider le tribunal à faire cette détermination. Ces renseignements, combinés à un dossier plus détaillé qui répond aux questions soulevées précédemment, aideraient le tribunal à saisir la mesure dans laquelle Beaver Lake doit consacrer ses ressources actuelles et futures à des besoins pressants au lieu du litige, quantifier le coût estimatif du litige, et déterminer si Beaver Lake dispose de ressources excédentaires pour financer le litige en tout ou en partie.

(5) Les nouveaux éléments de preuve

[69] À notre avis, la preuve de la somme reçue par Beaver Lake au titre de la revendication particulière réglée (2,97 millions de dollars) n’est pas concluante; en fait, elle soulève davantage de questions. Elle ne révèle rien non plus des ressources financières actuelles ou des besoins pressants de Beaver Lake. La cheffe Anderson témoigne que les fonds du règlement seront consacrés à différentes priorités, notamment une autre poursuite en justice, les infrastructures et le

electricity and sewage, and COVID-19 support payments (A.R., vol. VIII, at pp. 85-86). However, it is unclear whether the funding for “sewage” overlaps with the sewage lagoon and, if so, whether Canada has already covered the cost of meeting that pressing need. Further yet, the amounts to be paid in COVID-19 supports is unspecified, as are the sources from which those payments are to be made. Finally, while Chief Anderson identifies those needs, and while those needs may well qualify as pressing, it is unclear how much those needs cost and what other sources may be applied to cover them.

[70] In any event, the fact of the specific claim settlement should, in our view, have led the Court of Appeal to return the matter to the Court of Queen’s Bench for consideration. Indeed, the case management judge’s order contemplated precisely that procedure, directing that “if Beaver Lake receives compensation from its outstanding claims or otherwise receives a windfall, then this order shall be revisited” (para. 67).

(6) The Terms of the Advance Costs Order

[71] In the absence of a sufficient record on which the case management judge could make findings regarding the cost of meeting Beaver Lake’s pressing needs, the resources available to fund those needs, and any resources left over for the litigation, it is unclear how the case management judge arrived at the amount of \$300,000 to be paid by each party. Nor is it clear whether this amount was to be paid proportionally or in priority order as expenses were incurred (i.e., Beaver Lake, then Alberta, then Canada). Further, the terms of the order did not provide the “definite structure” which this Court in *Little Sisters* stated was necessary to provide oversight and direction to the award’s administration, or a global cap or limits on legal fees (paras. 42-43).

logement, la modernisation du système d’épuration de l’eau, l’installation de conduites de gaz, l’électricité, les égouts et les paiements de soutien liés à la COVID-19 (d.a., vol. VIII, p. 85-86). Toutefois, on ignore si le financement pour les « égouts » chevauche celui consacré à l’étang d’épuration et, le cas échéant, si le Canada a déjà assumé ce qu’il en coûte pour répondre à ce besoin pressant. Qui plus est, les sommes dues au titre du soutien relatif à la COVID-19 ne sont pas précisées, tout comme les sources d’où doivent provenir ces paiements. Enfin, bien que la cheffe Anderson cerne ces besoins, et même si ceux-ci peuvent fort bien être pressants, on ne connaît pas leur coût, en plus de ne pas savoir quelles autres sources peuvent servir à les combler.

[70] Quoi qu’il en soit, le règlement de la revendication particulière aurait dû, selon nous, amener la Cour d’appel à renvoyer l’affaire à la Cour du Banc de la Reine pour examen. En effet, l’ordonnance de la juge chargée de la gestion de l’instance envisageait justement cette procédure, prévoyant que [TRADUCTION] « si Beaver Lake reçoit une indemnité au titre de ses revendications en suspens ou touche autrement un gain, la présente ordonnance sera alors revue » (par. 67).

(6) Les modalités de l’ordonnance de provision pour frais

[71] Faute d’un dossier suffisant au vu duquel la juge chargée de la gestion de l’instance aurait pu tirer des conclusions sur ce qu’il en coûte pour répondre aux besoins pressants de Beaver Lake, les ressources disponibles pour financer ces besoins et toute ressource qui reste pour le litige, on ignore comment la juge est arrivée au montant de 300 000 dollars payable par chaque partie. On ne sait pas non plus si cette somme doit être payée de façon proportionnelle ou dans l’ordre de priorité où les dépenses ont été engagées (soit Beaver Lake, ensuite l’Alberta, puis le Canada). De plus, les modalités de l’ordonnance n’ont pas établi la « structure précise » qui, selon notre Cour dans *Little Sisters*, s’imposait pour assurer une surveillance et une direction sur l’administration de la provision pour frais, ou le plafonnement ou la limitation des frais juridiques (par. 42-43).

IV. Disposition

[72] We would allow the appeal and remit the application to the Court of Queen’s Bench of Alberta. We are mindful of the time and resources expended by the parties in the nearly 14 years since this litigation began. This is, however, a case of first impression. Moreover, the matter now requires reconsideration, both in accordance with these reasons and in light of the passage of time since the original hearing.

[73] We would also award solicitor-client costs to Beaver Lake in this Court and in the courts below. Solicitor-client costs, being a form of special costs (*S.A. v. Metro Vancouver Housing Corp.*, 2019 SCC 4, [2019] 1 S.C.R. 99, at paras. 67-71), are awardable where the case involves matters of public interest that are truly exceptional, where the applicant shows it has no personal, proprietary or pecuniary interest in the litigation that would justify the proceedings on economic grounds, and where it would not have been possible for the litigation to be pursued with private funding (*Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331, at para. 140). The case management judge in the present case found that Beaver Lake’s underlying litigation satisfied the public importance branch of the advance costs test. Additionally, in our view, the question of advance costs for a First Nation government claimant possessing resources of its own represents a truly exceptional matter of public interest. As we have explained, this is not only a case of first impression, but one that goes to the heart of the separation of powers.

[74] While Beaver Lake has some personal, proprietary or pecuniary interest in the underlying litigation, it did not initiate proceedings on primarily private or economic grounds. The case management judge found, at para. 26, that a contingency fee arrangement was not practical in this case, in part, because Beaver Lake’s “primary claim . . . is for a declaration and the claim for monetary relief is secondary”. Finally, in the specific context of an interlocutory application for advance costs, while we cannot say that Beaver

IV. Dispositif

[72] Nous sommes d’avis d’accueillir le pourvoi et de renvoyer la demande à la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta. Nous sommes conscients du temps et des ressources qu’ont consacrés les parties durant près de 14 ans depuis le début de ce litige. Il s’agit toutefois d’un cas de première impression. De plus, la question doit être réexaminée, tant en conformité avec les présents motifs qu’eu égard au temps écoulé depuis l’audience initiale.

[73] Nous sommes en outre d’avis d’accorder les dépens sur la base avocat-client à Beaver Lake devant notre Cour et les juridictions inférieures. Les dépens avocat-client étant une forme de dépens spéciaux (*S.A. c. Metro Vancouver Housing Corp.*, 2019 CSC 4, [2019] 1 R.C.S. 99, par. 67-71), ils peuvent être accordés lorsque l’affaire porte sur des questions d’intérêt public véritablement exceptionnelles, que le demandeur démontre n’avoir aucun intérêt personnel, propriété ou pécuniaire dans le litige qui justifierait la tenue de l’instance pour des motifs économiques, et s’il n’aurait pas été possible de poursuivre l’instance avec une aide financière privée (*Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, par. 140). La juge chargée de la gestion de l’instance en l’espèce a conclu que la poursuite sous-jacente de Beaver Lake répondait au volet « importance pour le public » du critère d’octroi d’une provision pour frais. En outre, d’après nous, le fait d’accorder une provision pour frais au gouvernement d’une Première Nation possédant ses propres ressources constitue une question d’intérêt public véritablement exceptionnelle. Comme nous l’avons expliqué, il s’agit non seulement d’un cas de première impression, mais aussi d’un cas qui touche au cœur même de la séparation des pouvoirs.

[74] Bien que Beaver Lake ait un certain intérêt personnel, propriété ou pécuniaire dans la poursuite sous-jacente, elle n’a pas introduit l’instance pour des motifs principalement privés ou économiques. La juge chargée de la gestion de l’instance a conclu au par. 26 qu’une entente d’honoraires conditionnels était peu pratique en l’espèce, notamment parce que Beaver Lake [TRADUCTION] « sollicite avant tout [. . .] un jugement déclaratoire et que la demande de redressement pécuniaire est secondaire ». Enfin,

Lake has shown that it would not have been possible to pursue this matter with private funding, *the entire point* of this appeal was to explain *what it must show* in order to meet that threshold. These are unique circumstances.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: JFK Law Corporation, Vancouver.

Solicitors for the respondent Her Majesty The Queen in Right of the Province of Alberta: Norton Rose Fulbright Canada, Calgary.

Solicitor for the respondent the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Montréal.

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

Solicitors for the intervener the Alberta Prison Justice Society: Nanda & Company, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Chiefs of Ontario: Olthuis Kleer Townshend, Toronto.

Solicitors for the intervener the Advocates' Society: Osler, Hoskin & Harcourt, Calgary.

Solicitors for the intervener the Assembly of Manitoba Chiefs: Fox Fraser, Calgary.

Solicitors for the intervener the Indigenous Bar Association in Canada: Semaganis Worme Lombard, Saskatoon.

Solicitors for the intervener the Treaty 8 First Nations of Alberta: First Peoples Law, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Ecojustice Canada Society: Ecojustice Canada Society, Calgary.

Solicitors for the intervener the Anishinabek Nation: Gowling WLG (Canada), Ottawa.

dans le contexte précis d'une demande interlocutoire de provision pour frais, même si nous ne pouvons affirmer que Beaver Lake a démontré qu'il n'aurait pas été possible de faire avancer l'instance avec une aide financière privée, *tout le but* du présent pourvoi était d'expliquer *ce qu'elle doit démontrer* en vue d'atteindre ce seuil. Il s'agit de circonstances uniques.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelante : JFK Law Corporation, Vancouver.

Procureurs de l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de la province d'Alberta : Norton Rose Fulbright Canada, Calgary.

Procureur de l'intimé le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Montréal.

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

Procureurs de l'intervenante Alberta Prison Justice Society : Nanda & Company, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante Chiefs of Ontario : Olthuis Kleer Townshend, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Société des plaignants : Osler, Hoskin & Harcourt, Calgary.

Procureurs de l'intervenante Assembly of Manitoba Chiefs : Fox Fraser, Calgary.

Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau autochtone au Canada : Semaganis Worme Lombard, Saskatoon.

Procureurs de l'intervenante Treaty 8 First Nations of Alberta : First Peoples Law, Vancouver.

Procureur de l'intervenante Ecojustice Canada Society : Ecojustice Canada Society, Calgary.

Procureurs de l'intervenante Anishinabek Nation : Gowling WLG (Canada), Ottawa.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Trent White *Respondent*

INDEXED AS: R. v. WHITE

2022 SCC 7

File No.: 39785.

2022: March 18.

Present: Karakatsanis, Rowe, Martin, Kasirer and Jamal JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEWFOUNDLAND AND LABRADOR

Criminal law — Trial — Ineffective assistance of counsel — Election as to mode of trial — Accused convicted of several offences at trial before provincial court judge — Accused appealing convictions on basis that representation by trial counsel was ineffective as counsel failed to obtain accused's informed instructions regarding election as to mode of trial — Majority of Court of Appeal holding that failure of trial counsel to obtain informed instructions regarding mode of trial undermined fairness of proceedings and resulted in miscarriage of justice — Court of Appeal setting aside convictions and ordering new trial — No miscarriage of justice.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Stark*, 2017 ONCA 148, 347 C.C.C. (3d) 73; *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520; *R. v. Wong*, 2018 SCC 25, [2018] 1 S.C.R. 696; *R. v. Davey*, 2012 SCC 75, [2012] 3 S.C.R. 828; *R. v. Wolkins*, 2005 NSCA 2, 229 N.S.R. (2d) 222; *R. v. Esseghaier*, 2021 SCC 9, [2021] 1 R.C.S. 101.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 536(2), 686(1)(b)(iv).

APPEAL from a judgment of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal (Welsh, White and Hoegg JJ.A.), 2021 NLCA 39, 467 D.L.R. (4th)

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Trent White *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. c. WHITE

2022 CSC 7

N° du greffe : 39785.

2022 : 18 mars.

Présents : Les juges Karakatsanis, Rowe, Martin, Kasirer et Jamal.

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

Droit criminel — Procès — Assistance ineffective de l'avocat — Choix du mode de procès — Accusé déclaré coupable de plusieurs infractions à son procès devant un juge de la Cour provinciale — Appel formé par l'accusé contre les déclarations de culpabilité au motif que son avocat au procès l'aurait représenté de manière ineffective en omettant d'obtenir de sa part des instructions éclairées quant au choix du mode de procès — Conclusion des juges majoritaires de la Cour d'appel portant que l'omission de l'avocat au procès d'obtenir des instructions éclairées sur le choix du mode de procès a compromis l'équité de celui-ci et a entraîné une erreur judiciaire — Annulation par la Cour d'appel des déclarations de culpabilité et nouveau procès ordonné par cette dernière — Aucune erreur judiciaire.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Stark*, 2017 ONCA 148, 347 C.C.C. (3d) 73; *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520; *R. c. Wong*, 2018 CSC 25, [2018] 1 R.C.S. 696; *R. c. Davey*, 2012 CSC 75, [2012] 3 R.C.S. 828; *R. c. Wolkins*, 2005 NSCA 2, 229 N.S.R. (2d) 222; *R. c. Esseghaier*, 2021 CSC 9, [2021] 1 R.C.S. 101.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 536(2), 686(1)(b)(iv).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador (les juges Welsh, White et Hoegg), 2021 NLCA 39, 467 D.L.R. (4th) 29, [2021]

29, [2021] N.J. No. 188 (QL), 2021 CarswellNfld 221 (WL), setting aside the convictions entered by Gorman Prov. Ct. J., 2018 CanLII 105266, [2018] N.J. No. 335 (QL), 2018 CarswellNfld 415 (WL), and ordering a new trial. Appeal allowed.

Dana E. Sullivan, for the appellant.

Jason Edwards, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] KARAKATSANIS J. — This appeal as of right comes to us based on the dissent of Hoegg J.A. in the Court of Appeal of Newfoundland and Labrador (2021 NLCA 39, 467 D.L.R. (4th) 29). For the following reasons, we are all agreed to allow the appeal.

[2] The respondent, Trent White, was charged with several offences following an incident on a fishing vessel off the coast of Labrador in 2017. The charges included aggravated assault, an offence for which Mr. White had a right to choose between a trial in the Provincial Court, a trial in the Supreme Court before a judge alone, and a trial in the Supreme Court before a judge and jury (*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 536(2)). His trial counsel told the court that Mr. White was electing for a trial in Provincial Court. He was later convicted of assault, aggravated assault, and mischief.

[3] Mr. White appealed, seeking a new trial on the basis of ineffective assistance of counsel. According to him, his trial counsel had failed to advise him of his choices and had elected for a Provincial Court trial on his behalf without discussion or instructions. Mr. White did not indicate, however, that he would have considered a different election, or that he would elect differently on a retrial.

[4] A majority of the Court of Appeal of Newfoundland and Labrador accepted Mr. White's uncontradicted

N.J. No. 188 (QL), 2021 CarswellNfld 221 (WL), qui a annulé les déclarations de culpabilité prononcées par le juge Gorman de la Cour provinciale, 2018 CanLII 105266, [2018] N.J. No. 335 (QL), 2018 CarswellNfld 415 (WL), et ordonné un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

Dana E. Sullivan, pour l'appelante.

Jason Edwards, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LA JUGE KARAKATSANIS — Nous sommes saisis du présent appel de plein droit fondé sur la dissidence de la juge Hoegg de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador (2021 NLCA 39, 467 D.L.R. (4th) 29). Pour les motifs qui suivent, nous sommes toutes et tous d'avis d'accueillir l'appel.

[2] L'intimé, Trent White, a été accusé de plusieurs infractions à la suite d'un incident survenu sur un navire de pêche au large des côtes du Labrador en 2017. Monsieur White a été notamment inculpé de voies de fait graves, une infraction pour laquelle il avait le droit de choisir entre un procès à la Cour provinciale, un procès à la Cour suprême devant un juge seul et un procès à la Cour suprême devant juge et jury (*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, par. 536(2)). L'avocat qui le représentait au procès a informé le tribunal que M. White avait opté pour un procès à la Cour provinciale. Ce dernier a par la suite été déclaré coupable de voies de fait, de voies de fait graves et de méfait.

[3] Monsieur White a interjeté appel, sollicitant un nouveau procès en raison de l'assistance ineffective reçue de son avocat. Selon ses dires, celui-ci ne l'a pas avisé des choix qui s'offraient à lui et a opté en son nom pour un procès à la Cour provinciale sans en avoir discuté avec lui ou avoir obtenu des instructions à cet égard. Toutefois, M. White n'a pas indiqué qu'il aurait envisagé un choix différent, ou qu'il souhaiterait être jugé différemment en cas de nouveau procès.

[4] Les juges majoritaires de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador ont accepté le témoignage

evidence, allowed his appeal, and ordered a new trial. Reasoning that an election is one of the important rights of an accused, the majority concluded that his counsel's failure to advise his client, or to seek his instructions on the choice, undermined trial fairness and resulted in a miscarriage of justice, satisfying the test for ineffective assistance of counsel (para. 23). Citing the Ontario Court of Appeal's decision in *R. v. Stark*, 2017 ONCA 148, 347 C.C.C. (3d) 73, it explained that Mr. White was "not required to establish further prejudice" (para. 12).

[5] We agree that the right to elect the mode of trial is an important right that should be exercised by the accused. But we do not agree that Mr. White has shown that the circumstances of this case resulted in a miscarriage of justice.

[6] Rather, we agree with Hoegg J.A., in dissent, that ineffective assistance of counsel was not made out. Ineffective assistance has a "performance component" and a "prejudice component": for such a claim to succeed, the appellant must establish that (1) counsel's acts or omissions constituted incompetence; and (2) that a miscarriage of justice resulted (*R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520, at para. 26). Here, Mr. White failed to state that he would have chosen differently had counsel informed him of his right to elect his mode of trial. Even accepting Mr. White's evidence that there was no discussion or consultation regarding his right of election, it did not rise to a miscarriage of justice in this case.

[7] In *G.D.B.*, the Court explained that counsel's failure to discuss and obtain instructions on fundamental decisions relating to an accused's defence "may in some circumstances raise questions of procedural fairness and the reliability of the result leading to a miscarriage of justice" (para. 34). *Stark* itself recognizes this at para. 32. However, the Court has never provided that the loss of those decisions alone warrants a new trial on ineffective assistance grounds. To the

non contredit de M. White, accueilli son appel et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Estimant que la faculté de choisir son mode de procès est l'un des droits importants dont jouit l'accusé, les juges majoritaires ont conclu que l'omission de l'avocat de M. White de conseiller son client ou de lui demander ses instructions quant au choix du mode de procès a compromis l'équité du procès et a entraîné une erreur judiciaire, ce qui satisfait au critère relatif à l'assistance ineffective de l'avocat (par. 23). Citant la décision rendue par la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. Stark*, 2017 ONCA 148, 347 C.C.C. (3d) 73, ils ont expliqué que M. White n'était [TRADUCTION] « pas tenu d'établir de préjudice additionnel » (par. 12).

[5] Nous convenons que le droit de choisir le mode de procès est un droit important qui devrait être exercé par l'accusé. Cependant, nous ne sommes pas d'avis que M. White a démontré que les circonstances de l'espèce ont entraîné une erreur judiciaire.

[6] Au contraire, à l'instar de la juge Hoegg, dissidente, nous sommes plutôt d'avis que l'assistance ineffective de l'avocat n'a pas été établie. L'assistance ineffective comporte un « volet examen du travail de l'avocat » et un « volet appréciation du préjudice » : pour qu'un tel argument soit retenu, l'appelant doit établir que (1) les actes ou les omissions de l'avocat relevaient de l'incompétence; et (2) qu'une erreur judiciaire en a résulté (*R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520, par. 26). En l'espèce, M. White n'a pas affirmé qu'il aurait fait un choix différent si l'avocat l'avait informé de son droit de choisir son mode de procès. Même si l'on acceptait le témoignage de M. White selon lequel il n'y a pas eu de discussion ou de consultation au sujet de son droit de choisir son mode de procès, cela n'a pas entraîné une erreur judiciaire en l'espèce.

[7] Dans l'arrêt *G.D.B.*, la Cour a expliqué que, « [d]ans certaines circonstances », l'omission de l'avocat de discuter avec l'accusé de décisions fondamentales relativement à sa défense et d'obtenir des instructions de celui-ci au sujet de ces décisions « peut soulever des questions d'équité procédurale et de fiabilité de l'issue du procès susceptibles d'entraîner une erreur judiciaire » (par. 34). L'arrêt *Stark* lui-même reconnaît ce point, au par. 32. Toutefois, notre Cour n'a jamais

extent that *Stark* suggests otherwise, it is incorrect. The accused must, in most cases, demonstrate more than the loss of choice.

[8] Although it did not address ineffective assistance of counsel, the Court in *R. v. Wong*, 2018 SCC 25, [2018] 1 S.C.R. 696, explained that to withdraw a guilty plea on the basis that the accused was unaware of legally relevant consequences, an accused must show subjective prejudice. Subjective prejudice demanded that an accused demonstrate there was a “reasonable possibility” they would have acted differently (para. 6). The Court was unanimous that a mere failure to exercise an informed choice was insufficient. In our view, these principles also apply to an accused’s election of the mode of trial.

[9] Further, Mr. White’s request for a new trial cannot succeed on the basis of an appearance of unfairness. The standard for establishing a miscarriage of justice on this basis is high; the defect must be “so serious that it shakes public confidence in the administration of justice” (*R. v. Davey*, 2012 SCC 75, [2012] 3 S.C.R. 828, at para. 51, quoting *R. v. Wolkins*, 2005 NSCA 2, 229 N.S.R. (2d) 222, at para. 89). While the loss of his right to elect was serious, the facts of this appeal do not rise to that standard. Indeed, if Mr. White’s convictions were set aside, and he proceeded with the same election on retrial, that could undermine public confidence in the administration of justice.

[10] Finally, even if Mr. White’s loss of his election amounted to a procedural error under s. 536(2) of the *Criminal Code*, the Provincial Court retained jurisdiction to hear the matter, since the court had jurisdiction “over the class of offence” under s. 686(1)(b)(iv) of the *Criminal Code* (*R. v. Esseghaier*, 2021 SCC 9, [2021] 1 R.C.S. 101, at para. 48, fn. 2).

précisé que la perte de la faculté de prendre ces décisions justifie à elle seule la tenue d’un nouveau procès pour cause d’assistance ineffective. Dans la mesure où l’arrêt *Stark* suggère le contraire, il est inexact. L’accusé doit, dans la plupart des cas, démontrer davantage que la perte de la faculté de choisir.

[8] Bien qu’elle n’ait pas traité de l’assistance ineffective de l’avocat, la Cour a expliqué, dans *R. c. Wong*, 2018 CSC 25, [2018] 1 R.C.S. 696, que pour qu’un plaidoyer de culpabilité puisse être retiré au motif que l’accusé n’était pas au courant de conséquences juridiquement pertinentes, l’accusé doit démontrer l’existence d’un préjudice subjectif. Un tel préjudice requiert que l’accusé démontre « l’existence d’une possibilité raisonnable » qu’il aurait agi différemment (par. 6). La Cour a jugé à l’unanimité que la simple omission d’exercer un choix éclairé était insuffisante. À notre avis, ces principes s’appliquent également au choix par l’accusé du mode de procès.

[9] En outre, la demande de nouveau procès présentée par M. White ne saurait être accueillie pour cause d’apparence d’iniquité. La norme à laquelle il faut satisfaire pour établir une erreur judiciaire pour ce motif est élevée; le vice doit être « grave au point d’ébranler la confiance de la population dans l’administration de la justice » (*R. c. Davey*, 2012 CSC 75, [2012] 3 R.C.S. 828, par. 51, citant *R. c. Wolkins*, 2005 NSCA 2, 229 N.S.R. (2d) 222, par. 89). Bien que la perte par M. White de son droit de choisir son mode de procès ait été grave, les faits de l’espèce ne satisfont pas à cette norme. D’ailleurs, si les déclarations de culpabilité de M. White étaient annulées et qu’il choisissait le même mode de procès en vue d’un nouveau procès, cela risquerait de miner la confiance de la population dans l’administration de la justice.

[10] Enfin, même si la perte par M. White de sa faculté de choisir a représenté une erreur procédurale dans l’application du par. 536(2) du *Code criminel*, la Cour provinciale demeurerait compétente pour juger M. White, puisqu’elle avait compétence « à l’égard de la catégorie d’infractions » aux termes du sous-al. 686(1)(b)(iv) du *Code criminel* (*R. c. Esseghaier*, 2021 CSC 9, [2021] 1 R.C.S. 101, par. 48, note 2).

[11] For these reasons, we would allow the appeal and remand the matter to the Court of Appeal to address Mr. White's remaining grounds of appeal, which were not addressed below.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Special Prosecutions Office, St. John's.

Solicitor for the respondent: Newfoundland and Labrador Legal Aid Commission, St. John's.

[11] Pour ces motifs, nous sommes d'avis d'accueillir l'appel et de renvoyer l'affaire à la Cour d'appel pour qu'elle se penche sur les autres moyens d'appel de M. White, qui n'ont pas été examinés par celle-ci.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante : Special Prosecutions Office, St. John's.

Procureur de l'intimé : Newfoundland and Labrador Legal Aid Commission, St. John's.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Craig Pope *Respondent*

INDEXED AS: R. v. POPE

2022 SCC 8

File No.: 39817.

2022: March 21.

Present: Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin, Kasirer and Jamal JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEWFOUNDLAND AND LABRADOR

Criminal law — Charge to jury — Manslaughter — Accused charged with second degree murder — Trial judge instructing jury on second degree murder and included offence of manslaughter — Jury finding accused guilty of second degree murder — Accused appealing conviction on basis that jury not properly instructed on manslaughter — Majority of Court of Appeal holding that trial judge erred by failing to properly instruct jury on manslaughter as he did not explain difference between murder and manslaughter with sufficient clarity, particularly regarding the question of intent — Majority quashing conviction and ordering new trial — Dissenting judge finding that trial judge's instructions sufficient on elements of manslaughter — Order for new trial upheld.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal (Welsh, Goodridge and Butler JJ.A.), 2021 NLCA 47, 74 C.R. (7th) 1, 466 D.L.R. (4th) 640, [2021] N.J. No. 234 (QL), 2021 CarswellNfld 287 (WL), quashing the conviction of the accused for second degree murder and ordering

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Craig Pope *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. c. POPE

2022 CSC 8

N° du greffe : 39817.

2022 : 21 mars.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin, Kasirer et Jamal.

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

Droit criminel — Exposé au jury — Homicide involontaire coupable — Accusé inculpé de meurtre au deuxième degré — Directives données au jury par le juge du procès relativement au meurtre au deuxième degré et à l'infraction incluse d'homicide involontaire coupable — Accusé déclaré coupable par le jury de meurtre au deuxième degré — Appel formé par l'accusé contre la déclaration de culpabilité au motif que le jury n'a pas reçu de directives appropriées concernant l'homicide involontaire coupable — Conclusion des juges majoritaires de la Cour d'appel portant que le juge du procès a fait erreur en ne donnant pas au jury de directives appropriées relativement à l'homicide involontaire coupable en ce qu'il n'a pas expliqué avec suffisamment de clarté la différence entre le meurtre et l'homicide involontaire coupable, particulièrement en ce qui concerne la question de l'intention — Annulation par les juges majoritaires de la déclaration de culpabilité et nouveau procès ordonné par ceux-ci — Conclusion du juge dissident portant que le juge du procès a donné des directives suffisantes à l'égard des éléments de l'homicide involontaire coupable — Ordonnance intimant la tenue d'un nouveau procès confirmée.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador (les juges Welsh, Goodridge et Butler), 2021 NLCA 47, 74 C.R. (7th) 1, 466 D.L.R. (4th) 640, [2021] N.J. No. 234 (QL), 2021 CarswellNfld 287 (WL), qui a annulé la déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré prononcée

a new trial. Appeal dismissed, Wagner C.J. and Côté, Rowe and Martin JJ. dissenting.

Dana E. Sullivan, for the appellant.

Mark Gruchy, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] THE CHIEF JUSTICE — A majority of this Court, made of Justice Moldaver, Justice Karakatsanis, Justice Brown, Justice Kasirer and Justice Jamal, would dismiss the appeal, essentially for the reasons of the majority of the Court of Appeal, whereas myself, Justice Côté, Justice Rowe and Justice Martin would allow the appeal, essentially for the reasons of Justice Goodridge.

[2] The appeal is therefore dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Special Prosecutions Office, St. John's.

Solicitor for the respondent: Newfoundland and Labrador Legal Aid Commission, St. John's.

contre l'accusé et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté, le juge en chef Wagner et les juges Côté, Rowe et Martin sont dissidents.

Dana E. Sullivan, pour l'appelante.

Mark Gruchy, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LE JUGE EN CHEF — Une majorité de juges de notre Cour, composée des juges Moldaver, Karakatsanis, Brown, Kasirer et Jamal, sont d'avis de rejeter le pourvoi, essentiellement pour les motifs exposés par les juges majoritaires de la Cour d'appel, alors que les juges Côté, Rowe et Martin, ainsi que moi-même, y ferions droit, principalement pour les motifs du juge Goodridge.

[2] Le pourvoi est en conséquence rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante : Special Prosecutions Office, St. John's.

Procureur de l'intimé : Newfoundland and Labrador Legal Aid Commission, St. John's.

Victor Samaniego *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Criminal Lawyers' Association
(Ontario)** *Intervener*

INDEXED AS: R. v. SAMANIEGO

2022 SCC 9

File No.: 39440.

2021: November 5; 2022: March 25.

Present: Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin, Kasirer and Jamal JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Criminal law — Trial — Evidence — Admissibility — Cross-examination — Intervention by trial judge — Scope of trial management power — Curtailment of four lines of questioning by trial judge during cross-examination of Crown witness by accused's counsel — Whether trial judge's rulings were proper exercise of trial management power — Whether trial judge erred in curtailing cross-examination — If so, whether curative proviso applies — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

In August 2015, the accused and his co-accused went to a nightclub. The security guard allowed the co-accused into the club, as the two were good friends. However, the security guard denied the accused entrance because the accused had threatened him at the club on a prior occasion. Later in the evening, the police were called about a gun at the club. They arrested the accused and co-accused for possession of a loaded restricted firearm. The accused was eventually convicted of the charge by a jury.

Victor Samaniego *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Criminal Lawyers' Association
(Ontario)** *Intervenante*

RÉPERTORIÉ : R. c. SAMANIEGO

2022 CSC 9

N° du greffe : 39440.

2021 : 5 novembre; 2022 : 25 mars.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin, Kasirer et Jamal.

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

Droit criminel — Procès — Preuve — Admissibilité — Contre-interrogatoire — Intervention par la juge du procès — Portée du pouvoir de gestion de l'instance — Quatre lignes d'interrogatoire restreintes par la juge du procès durant le contre-interrogatoire d'un témoin de la Couronne par l'avocate de l'accusé — Les décisions de la juge du procès étaient-elles le fruit d'un exercice approprié du pouvoir de gestion de l'instance? — La juge du procès a-t-elle commis une erreur en restreignant le contre-interrogatoire? — Si oui, la disposition réparatrice s'applique-t-elle? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

En août 2015, l'accusé et son coaccusé se sont rendus dans une boîte de nuit. Le gardien de sécurité a autorisé le coaccusé à entrer, puisqu'ils étaient de bons amis. Cependant, il a refusé l'accès à l'accusé parce que ce dernier l'avait menacé à une autre occasion à la boîte de nuit. Plus tard durant la soirée, les policiers ont été appelés relativement à la présence d'une arme à feu à cet endroit. Les policiers ont arrêté l'accusé et le coaccusé pour possession d'une arme à feu à autorisation restreinte chargée. En définitive, l'accusé a été déclaré coupable du chef d'accusation par un jury.

At the accused's trial, the Crown relied heavily on the security guard's testimony in support of its position that both accused had the gun in their possession at some point in the evening. The security guard testified that: the accused became angry at him when he barred him from entering the club, threatened him and showed him a gun in his waistband; the co-accused came out of the club and defused the situation by taking the gun away from the accused; and then the co-accused went back into the club, came out, dropped the gun in front of the security guard and picked it back up.

The accused's defence was that his co-accused had sole possession of the gun. He sought to impeach the security guard's credibility, arguing that the security guard implicated him to protect his co-accused, who was the security guard's good friend.

In the course of the cross-examination of the security guard by the accused's counsel designed to undermine the security guard's credibility, the trial judge made a number of rulings curtailing lines of questioning. Four of these rulings formed part of the accused's appeal from conviction to the Court of Appeal and form the basis of the accused's appeal before the Court. They pertained to the following lines of questioning: (1) whether there was a cocaine transaction between the co-accused and the security guard; (2) whether the security guard was scared at any time during the incident; (3) whether the security guard refused to identify the two accused; and (4) who dropped the gun and who picked it up. The majority of the Court of Appeal dismissed the appeal, finding that the rulings were an exercise of the trial judge's trial management power and revealed no error. The dissenting judge, however, found evidentiary errors in all four rulings and would have ordered a new trial.

Held (Côté, Brown and Rowe JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Martin, Kasirer and Jamal JJ.: Three of the impugned rulings were free from error. The fourth ruling was erroneous in part; however, the curative proviso applies, as it occasioned no substantial wrong or miscarriage of justice.

The trial management power allows trial judges to control the process of their court and ensure that trials proceed in an effective and orderly fashion. This power

Durant le procès de l'accusé, la Couronne s'est largement appuyée sur le témoignage du gardien de sécurité pour fonder sa position que les deux accusés ont eu l'arme en leur possession à un moment donné durant la soirée. Le gardien de sécurité a affirmé que l'accusé s'est mis en colère contre lui lorsqu'il lui a refusé l'accès à la boîte de nuit, qu'il l'a menacé et lui a montré une arme à feu qu'il portait à la ceinture; que le coaccusé est sorti de la boîte de nuit et a désamorcé la situation en s'emparant de l'arme à feu que détenait l'accusé; et que le coaccusé est ensuite retourné à l'intérieur, avant de ressortir, de laisser tomber l'arme à feu devant le gardien de sécurité, et de la ramasser.

Pour sa défense, l'accusé a soutenu que son coaccusé a été le seul à avoir l'arme à feu en sa possession. Il a cherché à miner la crédibilité du gardien de sécurité, faisant valoir que celui-ci l'a impliqué pour protéger son coaccusé, qui était un bon ami du gardien de sécurité.

Durant le contre-interrogatoire du gardien de sécurité mené par l'avocate de l'accusé et conçu pour miner la crédibilité de ce témoin, la juge du procès a pris un grand nombre de décisions qui ont restreint les lignes d'interrogatoire. Quatre de ces décisions ont fondé en partie l'appel de l'accusé de sa déclaration de culpabilité devant la Cour d'appel et sont à la base de son pourvoi devant la Cour. Ces décisions portaient sur les questions de savoir (1) s'il y avait eu une transaction de cocaïne entre le coaccusé et le gardien de sécurité; (2) si le gardien de sécurité avait eu peur à quelque moment que ce soit durant l'incident; (3) si le gardien de sécurité avait refusé d'identifier les deux accusés; (4) qui avait laissé tomber l'arme à feu et qui l'avait ramassée. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont rejeté l'appel, concluant que les décisions étaient le fruit de l'exercice du pouvoir de gestion de l'instance de la juge du procès et n'étaient entachées d'aucune erreur. Le juge dissident a conclu pour sa part à des erreurs quant à la preuve dans les quatre décisions, et il aurait ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Arrêt (les juges Côté, Brown et Rowe sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Karakatsanis, Martin, Kasirer et Jamal : Trois des décisions contestées étaient exemptes d'erreur. La quatrième décision était en partie erronée; toutefois, la disposition réparatrice s'applique puisque cette décision n'a entraîné ni tort important ni erreur judiciaire grave.

Le pouvoir de gestion de l'instance permet au juge du procès de contrôler les audiences qui se déroulent devant lui et de garantir le bon fonctionnement des rouages de la

has three interrelated purposes: ensuring that trials proceed fairly, effectively, and efficiently. Trial judges may intervene to manage the conduct of trials in many ways, including restricting cross-examination that is unduly repetitive, rambling, argumentative, misleading, or irrelevant. Excessive trial delay can also be mitigated by proper trial management. The trial management power is an essential and versatile tool; it must, however, be exercised carefully. Parties should generally be allowed to present their cases as they see fit. The trial management power is not a license to exclude otherwise relevant and material evidence in the name of efficiency. Trial management decisions and the rules of evidence must generally remain separate issues on appellate review. The standard of review for evidentiary errors is correctness, while deference is owed to trial management decisions. Sometimes, however, trial management decisions will overlap with the rules of evidence. As such, it is important on appellate review that trial management decisions are examined in the context of the trial as a whole, rather than as isolated incidents.

The first impugned ruling involved both an initial evidentiary ruling — that there was no good faith basis for the line of questioning regarding the cocaine transaction — and a subsequent trial management decision — rejecting the accused’s counsel’s renewed attempts to pursue this questioning. The trial judge correctly assessed whether there was a good faith basis for the line of questioning based on the accused’s counsel’s articulated purpose — on which the trial judge was entitled to rely. The accused’s counsel repeatedly said that she wanted to ask about cocaine to demonstrate that the co-accused went to the club to sell cocaine to, or buy cocaine from, the security guard. While trial judges may inquire into counsel’s proposed purpose, as a general rule, it is not their function to guess at or suggest more appropriate purposes than those proffered by counsel. Nor is it the function of appellate judges to assume the role of trial counsel, formulating questions that counsel could have asked, identifying the legal basis for them, and making arguments that counsel could have made to show that they were permissible. The trial judge found that the drug deal hypothesis was completely speculative and without any basis after reviewing the surveillance video. This finding is tantamount to finding that no reasonable inference could be drawn and, therefore, that there was no good faith basis to ask the questions. When the accused’s counsel revived her attempts to ask about the cocaine later on in the cross-examination, the trial judge reasonably

cour. Ce pouvoir vise trois objectifs interreliés : l’équité, l’efficacité et l’efficience des procès. Le juge du procès peut intervenir de nombreuses façons pour gérer le déroulement du procès; il peut notamment restreindre un contre-interrogatoire qui est indûment répétitif, sans queue ni tête, pointilleux, trompeur ou dépourvu de pertinence. La durée excessive des procès peut aussi être atténuée s’ils sont bien gérés. Le pouvoir de gestion de l’instance est un outil essentiel et versatile; il doit toutefois être exercé avec prudence. En règle générale, les parties devraient pouvoir présenter leur cause comme bon leur semble. Le pouvoir de gestion de l’instance ne permet pas d’exclure des éléments de preuve autrement pertinents et importants au nom de l’efficience. Les décisions relatives à la gestion de l’instance et celles en matière de preuve doivent généralement être traitées distinctement lors de l’examen en appel. La norme de contrôle des erreurs en matière de preuve est celle de la décision correcte, tandis que les décisions relatives à la gestion de l’instance commandent la déférence. Toutefois, parfois, les décisions relatives à la gestion de l’instance chevauchent les règles de preuve. Ainsi, il importe, en appel, que les décisions relatives à la gestion de l’instance soient examinées dans le contexte du procès dans son ensemble, plutôt que comme des incidents isolés.

La première décision contestée reposait à la fois sur une décision initiale en matière de preuve — selon laquelle il n’existait aucun fondement de bonne foi pour justifier les questions sur la transaction de cocaïne — et sur une décision subséquente relative à la gestion de l’instance — rejetant les nouvelles tentatives de l’avocate de l’accusé de continuer cette ligne d’interrogatoire. Le juge du procès a bien examiné s’il existait un fondement de bonne foi pour poser les questions en se basant sur ce que l’avocate de l’accusé avait expliqué être son objectif — ce sur quoi la juge du procès était autorisée à se fonder. L’avocate de l’accusé a affirmé à plusieurs reprises qu’elle souhaitait poser des questions concernant la cocaïne pour démontrer que le coaccusé s’était rendu à la boîte de nuit pour vendre de cette drogue au gardien de sécurité ou pour lui en acheter. Certes, le juge présidant un procès peut se renseigner sur l’objectif qu’un avocat cherche à atteindre, mais, règle générale, il ne lui appartient pas de deviner ou de suggérer des objectifs plus appropriés que ceux qu’a exprimés l’avocat. Il n’appartient pas non plus aux juges d’appel d’assumer le rôle de l’avocat au procès, en formulant des questions que celui-ci aurait pu poser, en cernant leur fondement juridique, et en faisant valoir des arguments que l’avocat aurait pu plaider pour démontrer qu’elles pouvaient être posées. Après avoir visionné la vidéo de surveillance, la juge du procès a conclu que l’hypothèse d’une transaction de drogue relevait carrément de la conjecture et était sans

curtailed the irrelevant questioning that would not have furthered any issue at trial.

Regarding the second ruling, the judge's trial management decision to curtail and clarify the accused's counsel's misleading suggestion was reasonable and is owed deference. It was misleading to suggest that the security guard was not scared on the day of the incident and only reference a passage of the police statement which supported this suggestion, knowing that elsewhere in the statement, he told the police he was scared. While not an irrelevant line of questioning, it would have been a needless waste of court time to allow the accused's counsel to pursue it, only to learn later that the questions were misleading and could only serve to distract or confuse the jury. It was not an error for the trial judge to provide a corrective instruction to the jury, advising of the existence of another passage in the police statement where the security guard said he was scared before he formally adopted that passage for three reasons. First, directly after the instruction, the accused's counsel had the security guard adopt the passage of his police statement where he said he was scared. Second, all parties agreed that the security guard's police statement contained a passage where he said that he was scared. Adopting the passage was an evidentiary formality in the circumstances. Third, the accused's counsel did not raise any objection to the trial judge providing a corrective instruction.

The trial judge's third ruling was an appropriate exercise of her trial management power to prevent the accused's counsel from pursuing a misleading line of questioning that was not relevant to the resolution of any live issues in the case. The accused was entitled to a fair trial, not an endless one. The trial judge was entitled to rely on the accused's counsel's articulated purpose for her questions, which was to suggest that the security guard refused to identify the two accused at the preliminary inquiry. This suggestion was simply not true. The security guard's comment about not recalling whether the two persons in the surveillance video were the two accused must be taken in context. At the preliminary inquiry, he identified the two accused as

fondement. En arriver à cette conclusion revenait à conclure qu'il n'était pas possible de tirer une inférence raisonnable et que, en conséquence, il n'y avait pas de fondement de bonne foi justifiant de poser les questions. Lorsque l'avocate de l'accusé a renouvelé ses tentatives d'interroger le témoin relativement à la cocaïne plus tard durant son contre-interrogatoire, la juge du procès a raisonnablement interdit les questions non pertinentes qui n'auraient pas servi à résoudre les questions en litige.

Pour ce qui est de la deuxième décision de la juge du procès, sa décision relative à la gestion de l'instance qui a consisté à empêcher l'avocate de l'accusé de faire une suggestion trompeuse et à clarifier les faits était raisonnable et commande la déférence. Il était trompeur de suggérer que le gardien de sécurité n'avait pas eu peur le jour de l'incident et de ne faire référence qu'à un passage de la déclaration à la police qui appuyait cette suggestion, tout en sachant que, ailleurs dans la déclaration, il avait dit aux policiers qu'il avait eu peur. Cette ligne d'interrogatoire n'était pas sans pertinence, mais permettre à l'avocate de l'accusé de la poursuivre, uniquement pour apprendre plus tard qu'elle était trompeuse et ne pouvait servir qu'à distraire ou à confondre le jury, aurait été une perte de temps. La juge du procès n'a pas commis d'erreur en donnant une directive correctrice au jury — pour l'informer de l'existence d'un autre passage de la déclaration à la police où le gardien de sécurité avait, avant qu'il ne reprenne formellement ce passage, affirmé avoir eu peur —, et ce, pour trois raisons. Premièrement, immédiatement après que la juge a formulé la directive, l'avocate de l'accusé a demandé au gardien de sécurité d'adopter le passage de sa déclaration à la police où il avait dit avoir eu peur. Deuxièmement, les parties convenaient toutes que la déclaration du gardien de sécurité à la police contenait un passage où il avait affirmé avoir eu peur. Dans les circonstances, l'adoption du passage était une formalité en matière de preuve. Troisièmement, l'avocate de l'accusé ne s'est pas opposée à ce que la juge du procès donne la directive correctrice.

La troisième décision de la juge du procès constituait un exercice approprié de son pouvoir de gestion de l'instance pour empêcher l'avocate de l'accusé de poursuivre une ligne d'interrogatoire trompeuse et non pertinente pour résoudre les questions en litige dans la cause. L'accusé avait droit à un procès équitable, pas à un procès interminable. La juge du procès pouvait se fonder sur ce que l'avocate de l'accusé avait dit être l'objet de ses questions, soit de laisser entendre que le gardien de sécurité avait refusé d'identifier les deux accusés à l'enquête préliminaire. Cela n'était tout simplement pas vrai. Le commentaire du gardien de sécurité selon lequel il n'arrivait pas à se souvenir si les deux personnes dans la vidéo de surveillance étaient les

those involved in the incident, both before and after the impugned comment. He also identified the two accused as the persons in the surveillance video near the beginning of his examination-in-chief.

The trial judge's fourth ruling had two aspects. The first was a proper trial management ruling targeting misleading questioning designed to show that the security guard had not told the same story at trial as he did at the preliminary inquiry about who dropped and picked up the gun. He did tell the same story — both times in accordance with his police statement. While it was true that he offered a contrary story at the preliminary inquiry before adopting his police statement as past recollection recorded, the accused's counsel was not seeking to expose the inconsistent versions given at the preliminary inquiry. Rather, her suggestion implied that he said only one thing at the preliminary inquiry and the opposite at trial. This was simply not true. The second, and problematic, aspect of the trial judge's ruling was her further restriction of any cross-examination about the security guard's preliminary inquiry testimony prior to his adoption of his police statement. This was an incorrect evidentiary ruling. Trial judges are not bound by evidentiary rulings made at the preliminary inquiry. More importantly, the security guard's adoption of his police statement as true did not erase his different initial version of events. There was an inconsistency that the accused's counsel could probe, had she sought to do so.

The curative proviso set out in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* allows a court of appeal to dismiss an appeal from conviction where no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred. The proviso can only rarely apply in cases where cross-examination has been improperly curtailed. This is one of those rare cases; the second aspect of the trial judge's fourth ruling was not a fatal error. The accused's counsel was able to vigorously challenge the security guard's credibility and repeatedly emphasize the primary defence theory that he was lying to protect the co-accused. Furthermore, there was no indication that the accused's counsel wanted to ask the questions improperly barred by the trial judge. Even if she did want to pursue that line of questioning, this would likely have undermined — rather than supported — the primary theory advanced by the accused. In the context of the trial, the trial

deux accusés doit être pris dans son contexte. À l'enquête préliminaire, il a identifié les deux accusés comme étant ceux qui avaient été impliqués dans l'incident, tant avant qu'après avoir formulé le commentaire en cause. Il a aussi identifié les deux accusés comme étant les personnes dans la vidéo de surveillance au début de son interrogatoire en chef.

La quatrième décision de la juge du procès comportait deux aspects. Le premier consistait en une décision bien fondée quant à la gestion de l'instance à propos d'une ligne d'interrogatoire trompeuse qui visait à démontrer que le gardien de sécurité avait fait un récit au procès et un autre à l'enquête préliminaire quant à l'identité de celui qui a laissé tomber l'arme à feu et qui l'a ramassée. Le gardien a bel et bien raconté la même histoire — chaque fois à l'image de sa déclaration à la police. Certes, il a fait un récit contraire à l'enquête préliminaire avant d'adopter sa déclaration à la police, à titre d'enregistrement du souvenir, mais l'avocate de l'accusé ne cherchait pas à dévoiler les versions contradictoires données à l'enquête préliminaire. Elle laissait plutôt entendre qu'il avait dit seulement une chose à l'enquête préliminaire et le contraire au procès. Cela n'était tout simplement pas vrai. Le second aspect de la décision de la juge du procès, qui lui est problématique, concerne sa décision d'également interdire tout contre-interrogatoire quant à la portion du témoignage du gardien de sécurité lors de l'enquête préliminaire qui a été rendue avant qu'il n'adopte sa déclaration à la police. Cette décision qui relevait de la preuve était erronée. Le juge qui préside un procès n'est pas lié par les décisions en matière de preuve rendues lors de l'enquête préliminaire. Fait plus important, l'adoption par le gardien de sécurité de sa déclaration à la police comme étant véridique n'a pas effacé sa version initiale différente des événements. Il y avait une contradiction que l'avocate de l'accusé aurait pu sonder, si elle avait cherché à le faire.

La disposition réparatrice énoncée au sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* autorise une cour d'appel à rejeter l'appel d'une déclaration de culpabilité si aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit. La disposition réparatrice ne peut s'appliquer que rarement dans les cas où le contre-interrogatoire a été indûment restreint. Il s'agit ici d'un de ces rares cas; le second aspect de la quatrième décision de la juge du procès ne constituait pas une erreur fatale. L'avocate de l'accusé a été en mesure de contester vigoureusement la crédibilité du gardien de sécurité et a souligné à plusieurs reprises la teneur de la théorie principale de la défense, à savoir qu'il mentait pour protéger le coaccusé. En outre, rien n'indiquait que l'avocate de l'accusé souhaitait poser les questions que la juge du procès a interdit à tort de poser. Même si elle avait voulu poursuivre cette ligne d'interrogatoire, cela aurait vraisemblablement

judge's technical error was harmless and would not have affected the outcome. There was no substantial wrong or miscarriage of justice.

Per Côté, Brown and Rowe JJ. (dissenting): The appeal should be allowed, the conviction set aside, and a new trial ordered. The trial judge's exclusion of the security guard's prior inconsistent statement made at the preliminary inquiry about who dropped and picked up the gun was an erroneous evidentiary ruling, not a trial management decision. This error cannot be saved by the curative proviso.

Trial judges have the authority to control the proceeding over which they preside. They should control, direct, and administer the trial in an effective and efficient way. Among other powers, trial management authority allows trial judges to place reasonable limits on oral submissions, direct written submissions, defer rulings, decline to hear frivolous motions after hearing from the parties, and, exceptionally, direct the order in which evidence is called. These powers allow trial judges to control the court's process by managing how parties present their case, not the evidence they can tender to build their case. Trial management powers can never be used to exclude relevant and material evidence. Rulings on the admissibility of real or oral evidence, including rulings on permissible lines of cross-examination, are evidentiary decisions. The propriety of those rulings is governed by the rules of evidence, not the court's trial management authority.

Separating trial management powers from the rules of evidence does not lead to inefficiency and confusion. The rules of evidence are sensitive to trial efficiency concerns. The law of evidence allows courts to weigh the benefits of admitting oral or real evidence against the costs to trial efficiency. Courts should exclude technically admissible evidence when the costs to the trial process outweigh the benefits. This is reflected in established exclusionary rules, such as the collateral facts rule that prohibits calling evidence solely to contradict a witness on a collateral fact, as well as the trial judge's general discretionary power to exclude evidence when its probative value is outweighed by its prejudicial effects. Evidence is prejudicial when, among other concerns, it would unduly undermine the

miné — plutôt que soutenu — la théorie principale plaidée par l'accusé. Dans le contexte du procès, l'erreur technique commise par la juge du procès a été inoffensive et n'a pas eu d'incidence sur l'issue. Il n'y a eu ni tort important ni erreur judiciaire grave.

Les juges Côté, Brown et Rowe (dissidents) : Il y a lieu d'accueillir le pourvoi, d'annuler la déclaration de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. L'exclusion par la juge du procès de la déclaration antérieure incompatible faite par le gardien de sécurité à l'enquête préliminaire, à propos de l'identité la personne qui avait laissé tomber et ramassé l'arme à feu, constituait une décision erronée en matière de preuve, et non une décision relative à la gestion de l'instance. Cette erreur ne saurait être validée par la disposition réparatrice.

Les juges de procès sont maîtres de la conduite des procédures qu'ils président. Ils devraient contrôler, diriger et gérer l'instruction de manière efficace et efficiente. Les pouvoirs de gestion de l'instance permettent notamment aux juges de procès d'imposer des limites raisonnables aux observations orales, d'ordonner des observations écrites, de différer leurs décisions, de refuser d'instruire des requêtes frivoles après avoir entendu les parties et, exceptionnellement, de décider de l'ordre dans lequel les éléments de preuve sont présentés. Ces pouvoirs permettent aux juges de procès de contrôler le déroulement de l'instance en gérant la manière dont les parties présentent leur preuve, et non pas les éléments qu'elles peuvent soumettre pour bâtir celle-ci. Les pouvoirs de gestion de l'instance ne peuvent jamais être utilisés pour exclure une preuve pertinente et substantielle. Les décisions sur l'admissibilité d'une preuve matérielle ou testimoniale, notamment les décisions sur les lignes de questions permises en contre-interrogatoire, sont des décisions en matière de preuve. Leur bien-fondé est régi par les règles de preuve, et non par les pouvoirs judiciaires de gestion de l'instance.

Le fait de séparer les pouvoirs de gestion de l'instance des règles de preuve n'est pas source d'inefficacité et de confusion. Les règles de preuve tiennent compte des préoccupations liées à l'efficacité du procès. Le droit de la preuve permet aux tribunaux de mettre en balance les avantages de l'admission d'une preuve testimoniale ou matérielle, et ses désavantages quant à l'efficacité du procès. Les tribunaux devraient exclure une preuve en principe admissible lorsque les désavantages pour l'instruction du procès l'emportent sur les avantages. C'est ce qui ressort des règles d'exclusion établies, par exemple de la règle relative aux faits incidents qui interdit de présenter une preuve uniquement dans le but de contredire un témoin sur un fait incident, ainsi que du pouvoir discrétionnaire

efficiency of the trial by consuming an inordinate amount of time which is not commensurate with its value. Limits on cross-examination can and should be understood as applications of these ordinary rules of evidence and, in particular, the trial judge's residual power to exclude overly prejudicial evidence. A trial judge should prevent counsel from asking irrelevant questions because those questions have no probative value. Similarly, courts should stop repetitious or misleading questioning because the probative value of repeated or misleading questions is minimal while their prejudicial effects to the trial process are significant. Such interventions are evidentiary rulings, not trial management decisions.

Relying on trial management authority when making evidentiary rulings undermines trial predictability and consistency, and the accused's right to make full answer and defence. With respect to trial predictability and consistency, the rules of evidence dictate how parties can establish the facts needed to build their case. In a predictable manner, it lets parties know what information they can present to support their case, how they can tender this information, and what use they can make of this information once admitted. Parties are entitled to present all relevant and material evidence to the trier of fact, absent a clear ground for exclusion. Relying on trial management authority to make evidentiary determinations could create a two-tiered system where some litigants would need to build their case under established evidentiary rules while others would need to build it under the trial judge's more loosely defined and opaque trial management discretion. This would make litigation less predictable, accessible, and fair. It would also stifle development of the law.

As for the accused's right to make full answer and defence, the rules of evidence provide special protection to accused persons by giving them a wide right to call evidence. Unlike in the case of Crown-led evidence, there is no evidentiary discretion to exclude technically admissible defence evidence simply because its probative value is outweighed by its prejudicial effects. Instead, defence-led evidence should be excluded only when its probative value is substantially outweighed by the prejudice it could cause.

général du juge du procès d'exclure une preuve lorsque ses effets préjudiciables l'emportent sur sa valeur probante. Une preuve est notamment préjudiciable lorsqu'elle compromettrait indûment l'efficacité du procès en exigeant un temps excessivement long qui est sans commune mesure avec sa valeur. Les limites au contre-interrogatoire peuvent, et devraient, être considérées comme des cas d'application de ces règles ordinaires de preuve et, en particulier, comme des cas d'application du pouvoir résiduel du juge du procès d'exclure une preuve trop préjudiciable. Le juge du procès devrait empêcher les avocats de poser des questions non pertinentes parce que de telles questions n'ont aucune valeur probante. De même, les tribunaux devraient interrompre des interrogatoires répétitifs ou trompeurs parce que la valeur probante de tels interrogatoires est minime alors que leurs effets préjudiciables sur l'instruction du procès sont importants. De telles interventions sont des décisions en matière de preuve, et non des décisions relatives à la gestion de l'instance.

Le fait de s'appuyer sur les pouvoirs de gestion de l'instance pour rendre des décisions en matière de preuve mine la prévisibilité et l'uniformité des procès, et le droit de l'accusé à une défense pleine et entière. En ce qui concerne la prévisibilité et l'uniformité des procès, les règles de preuve dictent comment les parties peuvent établir les faits nécessaires pour prouver leur thèse. Cela permet aux parties de savoir quels éléments elles peuvent présenter à l'appui de leur position, comment elles peuvent présenter ces éléments et quelle utilisation elles peuvent en faire une fois qu'ils ont été admis. En l'absence de motif clair d'exclusion, les parties sont autorisées à présenter toute preuve pertinente et substantielle au juge des faits. Recourir aux pouvoirs de gestion de l'instance pour rendre des décisions en matière de preuve pourrait créer un système à deux paliers où certaines parties auraient à bâtir leur cause suivant les règles de preuve établies, alors que d'autres auraient à le faire eu égard au pouvoir discrétionnaire de gestion de l'instance dont est investi le juge du procès, lequel est moins clairement défini et obscur. Les procès seraient alors moins prévisibles, moins accessibles et moins équitables. Cela aurait aussi pour effet de freiner l'évolution du droit.

Pour ce qui est du droit des personnes accusées à une défense pleine et entière, les règles de preuve accordent à celles-ci une protection spéciale en leur conférant un droit étendu de présenter une preuve. Contrairement à ce qui se passe dans le cas d'une preuve produite par la Couronne, il n'existe aucun pouvoir discrétionnaire permettant d'exclure une preuve de la défense, en principe admissible, pour le simple motif que ses effets préjudiciables l'emportent sur sa valeur probante. Une preuve présentée par la défense devrait

The rules of evidence protect an accused's right to make full answer and defence by ensuring that trial judges do not too readily exclude defence evidence, even when that evidence has minimal probative value or some serious prejudicial effects. Trial management powers do not direct trial judges to be similarly cautious. Relying on trial management authority to curtail a line of cross-examination in the name of trial efficiency, for example, could prevent defence counsel from eliciting relevant and material evidence even when the prejudicial effects of the questions do not substantially outweigh their probative value.

In the present case, the law of evidence provided the trial judge with a number of options to deal with the arguably misleading question posed by the accused's counsel. If she thought the question was misleading because it was missing necessary context, she could have asked the accused's counsel to rephrase the question and draw the security guard's attention to the fact that he had also subsequently adopted his police statement at the preliminary inquiry. The trial judge could have also simply allowed the question, leaving it for the Crown to raise the security guard's prior consistent police statement in reply. Either way, the jury could then assess whether the inconsistency was the result of the security guard's genuine memory loss or whether it was illustrative of the security guard testifying falsely at the preliminary inquiry to protect his friend. Alternatively, if the trial judge thought that the accused's counsel was baselessly misrepresenting the facts and misleading the jury, she could have restricted that line of questioning under her overarching exclusionary power if the question's probative value was substantially outweighed by its prejudicial effects. Instead of taking any of these steps, the trial judge prevented the accused's counsel from asking any questions on the specifics about what the security guard said at the preliminary inquiry before he adopted his police statement. This was an erroneous evidentiary decision. The security guard's initial preliminary inquiry testimony was plainly inconsistent with his trial testimony. It was therefore relevant and material to a central issue at trial — the security guard's credibility. It was also not subject to any exclusionary rule. The fact that the security guard's police statement was admitted through a hearsay exception at the preliminary inquiry did not erase the earlier inconsistent testimony. Finally, the prejudicial effects of the evidence did not substantially outweigh its probative value. The probative value of this evidence was extremely

plutôt être exclue uniquement quand le préjudice qu'elle est susceptible de causer l'emporte substantiellement sur sa valeur probante. Les règles de preuve protègent le droit de l'accusé à une défense pleine et entière en garantissant que les juges de procès n'excluent pas trop facilement une preuve de la défense, même lorsque cette preuve a une valeur probante minime ou des effets préjudiciables graves. Les pouvoirs de gestion de l'instance n'obligent par les juges de procès à faire preuve de pareille prudence. Recourir à ces pouvoirs pour restreindre une ligne de questions en contre-interrogatoire au nom de l'efficacité du procès pourrait, par exemple, empêcher l'avocat de la défense d'obtenir une preuve pertinente et substantielle, et ce, même lorsque les effets préjudiciables des questions ne l'emportent pas substantiellement sur leur valeur probante.

En l'espèce, le droit de la preuve offrait à la juge du procès plusieurs moyens de traiter de la question sans doute trompeuse posée par l'avocate de l'accusé. Si elle croyait que la question était trompeuse parce qu'il lui manquait le contexte nécessaire, elle aurait pu demander à l'avocate de l'accusé de reformuler celle-ci et d'attirer l'attention du gardien de sécurité sur le fait qu'il avait en outre subseqüemment adopté, à l'enquête préliminaire, sa déclaration à la police. La juge du procès aurait aussi simplement pu autoriser la question et laisser à la Couronne le soin de soulever en réplique la déclaration antérieure compatible du gardien de sécurité à la police. D'une manière ou d'une autre, le jury aurait alors pu évaluer si la contradiction résultait d'une véritable perte de mémoire chez le gardien de sécurité ou si elle illustrait plutôt le fait que celui-ci avait livré un faux témoignage à l'enquête préliminaire dans le but de protéger son ami. Subsidièrement, si la juge du procès estimait que l'avocate de l'accusé dénaturait sans fondement les faits et induisait le jury en erreur, elle aurait pu limiter cette ligne de questions lors du contre-interrogatoire. Son pouvoir général d'exclusion de la preuve le lui permet lorsque les effets préjudiciables de la question l'emportent substantiellement sur sa valeur probante. Au lieu d'emprunter l'une ou l'autre de ces avenues, la juge du procès a empêché l'avocate de l'accusé de poser quelque question que ce soit quant à ce qu'avait dit le gardien de sécurité à l'enquête préliminaire, soit avant d'adopter sa déclaration à la police. Il s'agissait d'une décision erronée en matière de preuve. Le témoignage initial du gardien de sécurité à l'enquête préliminaire était manifestement incompatible avec son témoignage au procès. Cette preuve était donc pertinente et substantielle quant à une question centrale au procès — la crédibilité du gardien de sécurité. De plus, elle n'était l'objet d'aucune règle d'exclusion. Le fait que la déclaration du gardien de sécurité à la police a

high and touched on the central issue at trial, whereas the prejudicial effects were minimal at best. The accused was deprived of the right to pursue a highly relevant line of cross-examination.

The curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* cannot save the trial judge's error. There are two situations in which the curative proviso is appropriate: (1) where the error is so harmless or trivial that it could not have had any impact on the verdict; or (2) where the evidence is so overwhelming that the trier of fact would have inevitably convicted. Neither branch is applicable in the instant case. First, the trial judge's error was not harmless. The accused was entitled to fully explore the security guard's prior inconsistent statement about who dropped and picked up the gun without constraint and use this inconsistency to challenge the security guard's credibility. He was also entitled to use this inconsistency to support the main defence theory that the security guard was willing to lie to protect his friend, the co-accused. The accused was erroneously denied any opportunity to do this. Further, the trial judge ensured that the only question that the accused's counsel asked about this inconsistency played no role in the jury's deliberation by instructing the jury to completely disregard this testimonial inconsistency. The unfairness flowing from the trial judge's ruling was not minimized by the fact that the accused could explore other inconsistencies in the security guard's testimony and generally allude to the security guard's motive to lie. An effective cross-examination often involves a coordinated series of attacks that, cumulatively, undermine the witness's credibility. Second, the evidence was far from overwhelming — the only evidence linking the accused to possession of the gun was the testimony of one witness who had a motive to lie and whose testimony at trial about who he saw drop the gun was, at times, manifestly inconsistent with his testimony at the preliminary inquiry.

été admise à l'enquête préliminaire en vertu d'une exception à la règle du oui-dire n'a pas eu pour effet d'effacer le témoignage incompatible antérieur. Enfin, les effets préjudiciables de la preuve ne l'emportaient pas substantiellement sur sa valeur probante. La valeur probante de cette preuve était extrêmement élevée et touchait à la question centrale soulevée au procès, alors que les effets préjudiciables étaient tout au plus minimales. L'accusé a été privé du droit de poursuivre une ligne de questions très pertinente lors du contre-interrogatoire.

La disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* ne peut valider l'erreur commise par la juge du procès. L'application de la disposition réparatrice est appropriée dans deux situations : (1) lorsque l'erreur est si inoffensive ou négligeable qu'elle n'aurait pu avoir d'incidence sur le verdict, ou (2) lorsque la preuve est à ce point accablante que le juge des faits aurait forcément conclu à la culpabilité. Ni l'un ni l'autre de ces volets n'est applicable en l'espèce. Premièrement, l'erreur de la juge du procès n'était pas inoffensive. Il était loisible à l'accusé d'explorer à fond et sans contrainte la déclaration antérieure incompatible du gardien de sécurité à propos de l'identité de la personne qui avait laissé tomber et ramassé l'arme à feu, et de se servir de cette contradiction afin de miner la crédibilité du gardien de sécurité. Il avait en outre le droit d'utiliser cette contradiction pour étayer la principale thèse de la défense selon laquelle le gardien de sécurité était disposé à mentir pour protéger son ami, le coaccusé. L'accusé s'est vu refuser à tort toute occasion de le faire. De plus, la juge du procès a fait en sorte que la seule question qu'a posée l'avocate de l'accusé au sujet de cette contradiction ne joue aucun rôle dans les délibérations du jury en émettant à ce dernier la directive de faire complètement abstraction de cette contradiction dans le témoignage. L'iniquité découlant de la décision de la juge du procès n'a pas été minimisée par le fait que l'accusé pouvait explorer d'autres contradictions dans le témoignage du gardien de sécurité et pouvait également faire allusion aux raisons qu'avait le gardien de sécurité de mentir. Un contre-interrogatoire efficace implique souvent une série coordonnée d'attaques qui, cumulativement, minent la crédibilité du témoin. Deuxièmement, la preuve était loin d'être accablante — la seule preuve liant l'accusé à la possession de l'arme à feu était le témoignage d'une personne qui avait des raisons de mentir et dont le témoignage au procès à propos de l'identité de la personne qu'elle avait vue laisser tomber l'arme était, parfois, manifestement incompatible avec sa déposition à l'enquête préliminaire.

Cases Cited

By Moldaver J.

Distinguished: *R. v. Lyttle*, 2004 SCC 5, [2004] 1 S.C.R. 193; **considered:** *R. v. R.V.*, 2019 SCC 41, [2019] 3 S.C.R. 237; **referred to:** *Fanjoy v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 233; *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381; *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167; *Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3; *R. v. John*, 2017 ONCA 622, 350 C.C.C. (3d) 397; *R. v. Polanco*, 2018 ONCA 444; *R. v. Ivall*, 2018 ONCA 1026, 370 C.C.C. (3d) 179; *R. v. Snow* (2004), 73 O.R. (3d) 40; *R. v. Felderhof* (2003), 68 O.R. (3d) 481; *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631; *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089; *R. v. Calnen*, 2019 SCC 6, [2019] 1 S.C.R. 301; *R. v. Sekhon*, 2014 SCC 15, [2014] 1 S.C.R. 272; *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823; *R. v. Ajise*, 2018 SCC 51, [2018] 3 S.C.R. 301, aff'g 2018 ONCA 494, 361 C.C.C. (3d) 384; *R. v. Cole*, 2021 ONCA 759; *R. v. Hudson*, 2020 ONCA 507, 391 C.C.C. (3d) 208; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562.

By Côté and Rowe JJ. (dissenting)

Fanjoy v. The Queen, [1985] 2 S.C.R. 233; *R. v. Khanna*, 2016 ONCA 39; *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381; *R. v. Shepherd*, 2009 SCC 35, [2009] 2 S.C.R. 527; *R. v. John*, 2017 ONCA 622, 350 C.C.C. (3d) 397; *R. v. Potter*, 2020 NSCA 9, 385 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Felderhof* (2003), 68 O.R. (3d) 481; *R. v. Cody*, 2017 SCC 31, [2017] 1 S.C.R. 659; *R. v. Greer*, 2020 ONCA 795, 397 C.C.C. (3d) 40; *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631; *R. v. Horan*, 2008 ONCA 589, 237 C.C.C. (3d) 514; *R. v. Spackman*, 2012 ONCA 905, 295 C.C.C. (3d) 177; *R. v. Nield*, 2019 BCCA 27, 372 C.C.C. (3d) 375; *R. v. Murray*, 2017 ONCA 393, 138 O.R. (3d) 500; *R. v. C.F.*, 2017 ONCA 480, 349 C.C.C. (3d) 521; *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; *R. v. Handy*, 2002 SCC 56, [2002] 2 S.C.R. 908; *R. v. Candir*, 2009 ONCA 915, 250 C.C.C. (3d) 139; *R. v. Hall*, 2018 ONCA 185, 139 O.R. (3d) 561; *R. v. Podolski*, 2018 BCCA 96, 360 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Lyttle*, 2004 SCC 5, [2004] 1 S.C.R. 193; *R. v. Polanco*, 2018 ONCA 444; *R. v. Evans*, 2019 ONCA 715, 147 O.R. (3d) 577; *R. v. Mitchell*, 2008 ONCA 757; *R. v. Youvarajah*, 2013 SCC 41, [2013] 2 S.C.R. 720; *R. v. Jarvis*, 2002 SCC 73, [2002] 3 S.C.R. 757; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787; *R. v. Clarke* (1998), 18 C.R. (5th) 219; *R. v. Shearing*, 2002 SCC 58, [2002] 3 S.C.R. 33; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Araya*, 2015 SCC 11, [2015] 1 S.C.R. 581; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *R. v. Duong*, 2007 ONCA 68, 84 O.R. (3d) 515; *R. v. C.*

Jurisprudence

Citée par le juge Moldaver

Distinction d'avec l'arrêt : *R. c. Lyttle*, 2004 CSC 5, [2004] 1 R.C.S. 193; **arrêt examiné :** *R. c. R.V.*, 2019 CSC 41, [2019] 3 R.C.S. 237; **arrêts mentionnés :** *Fanjoy c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 233; *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381; *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167; *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3; *R. c. John*, 2017 ONCA 622, 350 C.C.C. (3d) 397; *R. c. Polanco*, 2018 ONCA 444; *R. c. Ivall*, 2018 ONCA 1026, 370 C.C.C. (3d) 179; *R. c. Snow* (2004), 73 O.R. (3d) 40; *R. c. Felderhof* (2003), 68 O.R. (3d) 481; *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631; *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089; *R. c. Calnen*, 2019 CSC 6, [2019] 1 R.C.S. 301; *R. c. Sekhon*, 2014 CSC 15, [2014] 1 R.C.S. 272; *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823; *R. c. Ajise*, 2018 CSC 51, [2018] 3 R.C.S. 301, conf. 2018 ONCA 494, 361 C.C.C. (3d) 384; *R. c. Cole*, 2021 ONCA 759; *R. c. Hudson*, 2020 ONCA 507, 391 C.C.C. (3d) 208; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562.

Citée par les juges Côté et Rowe (dissidents)

Fanjoy c. La Reine, [1985] 2 R.C.S. 233; *R. c. Khanna*, 2016 ONCA 39; *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381; *R. c. Shepherd*, 2009 CSC 35, [2009] 2 R.C.S. 527; *R. c. John*, 2017 ONCA 622, 350 C.C.C. (3d) 397; *R. c. Potter*, 2020 NSCA 9, 385 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Felderhof* (2003), 68 O.R. (3d) 481; *R. c. Cody*, 2017 CSC 31, [2017] 1 R.C.S. 659; *R. c. Greer*, 2020 ONCA 795, 397 C.C.C. (3d) 40; *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631; *R. c. Horan*, 2008 ONCA 589, 237 C.C.C. (3d) 514; *R. c. Spackman*, 2012 ONCA 905, 295 C.C.C. (3d) 177; *R. c. Nield*, 2019 BCCA 27, 372 C.C.C. (3d) 375; *R. c. Murray*, 2017 ONCA 393, 138 O.R. (3d) 500; *R. c. C.F.*, 2017 ONCA 480, 349 C.C.C. (3d) 521; *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; *R. c. Handy*, 2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908; *R. c. Candir*, 2009 ONCA 915, 250 C.C.C. (3d) 139; *R. c. Hall*, 2018 ONCA 185, 139 O.R. (3d) 561; *R. c. Podolski*, 2018 BCCA 96, 360 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Lyttle*, 2004 CSC 5, [2004] 1 R.C.S. 193; *R. c. Polanco*, 2018 ONCA 444; *R. c. Evans*, 2019 ONCA 715, 147 O.R. (3d) 577; *R. c. Mitchell*, 2008 ONCA 757; *R. c. Youvarajah*, 2013 CSC 41, [2013] 2 R.C.S. 720; *R. c. Jarvis*, 2002 CSC 73, [2002] 3 R.C.S. 757; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787; *R. c. Clarke* (1998), 18 C.R. (5th) 219; *R. c. Shearing*, 2002 CSC 58, [2002] 3 R.C.S. 33; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Araya*, 2015 CSC 11, [2015] 1 R.C.S. 581; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *R. c. Duong*, 2007 ONCA 68, 84 O.R. (3d) 515; *R. c. C.*

(*K.*), 2015 ONCA 39, 17 C.R. (7th) 181; *R. v. Hynes*, 2001 SCC 82, [2001] 3 S.C.R. 623; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599; *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823; *R. v. Van*, 2009 SCC 22, [2009] 1 S.C.R. 716; *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239; *R. v. Sarrazin*, 2011 SCC 54, [2011] 3 S.C.R. 505; *R. v. R.V.*, 2019 SCC 41, [2019] 3 S.C.R. 237; *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311; *R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475; *R. v. N.S.*, 2012 SCC 72, [2012] 3 S.C.R. 726; *R. v. Perkins*, 2016 ONCA 588, 352 O.A.C. 149; *R. v. Raghunauth* (2005), 203 O.A.C. 54; *R. v. L.K.W.* (1999), 126 O.A.C. 39.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 10(1).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 95(1), 686(1)(b)(iii), 691(1)(a).

Authors Cited

Lederman, Sidney N., Alan W. Bryant and Michelle K. Fuerst. *Sopinka, Lederman & Bryant: The Law of Evidence in Canada*, 5th ed. Toronto: LexisNexis, 2018.
McWilliams' Canadian Criminal Evidence, vols. 2 and 3, 5th ed. by S. Casey Hill, David M. Tanovich and Louis P. Strezos, eds. Toronto: Thomson Reuters, 2022 (loose-leaf updated February 2022, release 1).
Paciocco, David M., Palma Paciocco and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 8th ed. Toronto: Irwin Law, 2020.
Salhany, Roger E. *Canadian Criminal Procedure*, vol. 1, 6th ed. Toronto: Thomson Reuters, 2021 (loose-leaf updated December 2021, release 5).
Wright, Cecil A. "The Law of Evidence: Present and Future" (1942), 20 *Can. Bar Rev.* 714.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Benotto, Paciocco and Thorburn JJ.A.), 2020 ONCA 439, 151 O.R. (3d) 449, 390 C.C.C. (3d) 151, [2020] O.J. No. 2952 (QL), 2020 CarswellOnt 9146 (WL), affirming the conviction of the accused for possession of a loaded restricted firearm. Appeal dismissed, Côté, Brown and Rowe JJ. dissenting.

Chris Rudnicki and Karen Lau-Po-Hung, for the appellant.

(*K.*), 2015 ONCA 39, 17 C.R. (7th) 181; *R. c. Hynes*, 2001 CSC 82, [2001] 3 R.C.S. 623; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599; *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823; *R. c. Van*, 2009 CSC 22, [2009] 1 R.C.S. 716; *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239; *R. c. Sarrazin*, 2011 CSC 54, [2011] 3 R.C.S. 505; *R. c. R.V.*, 2019 CSC 41, [2019] 3 R.C.S. 237; *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311; *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475; *R. c. N.S.*, 2012 CSC 72, [2012] 3 R.C.S. 726; *R. c. Perkins*, 2016 ONCA 588, 352 O.A.C. 149; *R. c. Raghunauth* (2005), 203 O.A.C. 54; *R. c. L.K.W.* (1999), 126 O.A.C. 39.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11d).
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 95(1), 686(1)(b)(iii), 691(1)a).
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, c. C-5, art. 10(1).

Doctrine et autres documents cités

Lederman, Sidney N., Alan W. Bryant and Michelle K. Fuerst. *Sopinka, Lederman & Bryant : The Law of Evidence in Canada*, 5th ed., Toronto, LexisNexis, 2018.
McWilliams' Canadian Criminal Evidence, vols. 2 and 3, 5th ed., by S. Casey Hill, David M. Tanovich and Louis P. Strezos, eds., Toronto, Thomson Reuters, 2022 (loose-leaf updated February 2022, release 1).
Paciocco, David M., Palma Paciocco and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 8th ed., Toronto, Irwin Law, 2020.
Salhany, Roger E. *Canadian Criminal Procedure*, vol. 1, 6th ed., Toronto, Thomson Reuters, 2021 (loose-leaf updated December 2021, release 5).
Wright, Cecil A. « The Law of Evidence : Present and Future » (1942), 20 *R. du B. can.* 714.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Benotto, Paciocco et Thorburn), 2020 ONCA 439, 151 O.R. (3d) 449, 390 C.C.C. (3d) 151, [2020] O.J. No. 2952 (QL), 2020 CarswellOnt 9146 (WL), qui a confirmé la déclaration de culpabilité pour possession d'une arme à feu à autorisation restreinte chargée prononcée contre l'accusé. Pourvoi rejeté, les juges Côté, Brown et Rowe sont dissidents.

Chris Rudnicki et Karen Lau-Po-Hung, pour l'appellant.

Craig Harper and Jacob Millns, for the respondent.

Craig Harper et Jacob Millns, pour l'intimée.

Louis P. Strezos and Michelle Biddulph, for the intervener.

Louis P. Strezos et Michelle Biddulph, pour l'intervenante.

The judgment of Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Martin, Kasirer and Jamal JJ. was delivered by

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Moldaver, Karakatsanis, Martin, Kasirer et Jamal rendu par

MOLDAVER J. —

LE JUGE MOLDAVER —

I. Introduction

I. Introduction

[1] Managing a criminal trial is a demanding task. This trial was no exception. It devolved into a nine-day, highly contested jury trial over a seemingly straightforward issue: whether Mr. Samaniego and/or his co-accused, Mr. Serrano, had possession of a handgun. The experienced trial judge had her hands full keeping the proceedings on track. Without her patience and her overriding concern that all parties be treated fairly, it almost certainly would have resulted in a mistrial. Cut-throat defences led to bickering among the parties; time estimates were honoured more in the breach than in the observance; and the jury was repeatedly required to leave the courtroom while the trial judge dealt with case management and evidentiary issues, many of which were attributable to the manner in which the main Crown witness was cross-examined by Mr. Samaniego's trial counsel ("trial counsel").

[1] La gestion d'un procès criminel est une tâche exigeante. Celui dont il est question en l'espèce n'a pas fait exception. Il s'est transformé en un procès devant jury de neuf jours, vigoureusement contesté quant à une question apparemment simple : qui, de M. Samaniego ou de son coaccusé, M. Serrano, ou des deux, a eu une arme à feu en sa possession? La juge du procès expérimentée a eu fort à faire pour mener la procédure à bien. Sans sa patience et sa préoccupation prépondérante pour que toutes les parties soient traitées équitablement, le procès aurait presque certainement avorté. Des défenses traîtresses ont mené à des prises de bec entre les parties; les échéances prévues ont été respectées davantage pour avoir été dépassées que pour avoir été observées; et le jury a dû quitter la salle d'audience à répétition pendant que la juge du procès traitait de questions de preuve et de gestion de l'instance, dont plusieurs étaient attribuables à la façon dont le témoin principal de la Couronne était contre-interrogé par l'avocate de M. Samaniego au procès (« avocate au procès »).

[2] This appeal centres on that cross-examination. It was neither a model of brevity nor clarity. On the contrary, it went on at great length and drew numerous objections from both Crown counsel and Mr. Serrano's counsel for being repetitive, unfocused, and misleading. To make matters worse, when the trial judge tried to clarify the purpose and relevance of trial counsel's questions, she was often met with unclear and unhelpful responses.

[2] Le présent appel porte principalement sur ce contre-interrogatoire, qui n'a été un modèle ni de concision ni de clarté. Au contraire, il a traîné en longueur et a donné lieu à de nombreuses objections de la part tant de l'avocate de la Couronne que de celle de M. Serrano qui l'estimaient répétitif, confus et trompeur. Pour aggraver les choses, lorsque la juge du procès a tenté de clarifier l'objet et la pertinence des questions de l'avocate au procès, elle a souvent eu droit à des réponses nébuleuses et inutiles.

[3] In the course of trial counsel’s cross-examination, over her objection, the trial judge made a number of rulings curtailing lines of questioning. Four of these rulings form the basis of this appeal. The jury eventually convicted Mr. Samaniego of possession of a loaded restricted firearm, contrary to s. 95(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. On his appeal from conviction to the Court of Appeal for Ontario, a majority of the court found no error in the four rulings and dismissed Mr. Samaniego’s appeal (2020 ONCA 439, 151 O.R. (3d) 449). The crux of the disagreement between the majority and the minority centred on whether the impugned rulings were discretionary, falling within the trial judge’s exercise of her trial management power, or whether they constituted erroneous evidentiary rulings that warranted a new trial. The majority found that the rulings were an exercise of the judge’s trial management power and revealed no error. The dissenting judge found evidentiary errors in all four rulings and would have ordered a new trial. He stressed that the trial management power could not override proper evidentiary considerations and justify improper evidentiary rulings. Mr. Samaniego now appeals to this Court as of right.

[4] For reasons that follow, I would dismiss Mr. Samaniego’s appeal. Under their trial management power, trial judges are permitted to control their courtroom and streamline the functioning of the trial. Exercises of trial management will generally not overlap with evidentiary rulings, but sometimes they do. This does not mean that erroneous evidentiary rulings can be justified under the guise of trial management. They cannot.

[5] In this case, some of the impugned rulings involved trial management decisions, while others involved a mixture of evidentiary determinations and

[3] Durant le contre-interrogatoire mené par l’avocate au procès, en dépit des objections de cette dernière, la juge du procès a pris un grand nombre de décisions qui ont restreint les lignes d’interrogatoire. Quatre de ces décisions fondent le présent pourvoi. En définitive, le jury a déclaré M. Samaniego coupable d’avoir eu en sa possession une arme à feu à autorisation restreinte chargée, une infraction décrite au par. 95(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. Par suite de l’appel de sa déclaration de culpabilité par M. Samaniego devant la Cour d’appel de l’Ontario, les juges majoritaires de la cour ont conclu que les quatre décisions étaient exemptes d’erreur et ont rejeté l’appel (2020 ONCA 439, 151 O.R. (3d) 449). Les juges majoritaires et le juge minoritaire étaient essentiellement en désaccord quant à la question de savoir si les décisions contestées étaient de nature discrétionnaire, relevant du pouvoir de gestion de l’instance de la juge du procès, ou si elles constituaient des décisions erronées quant à la preuve qui justifiaient la tenue d’un nouveau procès. Les juges majoritaires ont conclu que les décisions étaient le fruit de l’exercice du pouvoir de gestion de l’instance de la juge et n’étaient entachées d’aucune erreur. Le juge dissident a conclu à des erreurs quant à la preuve dans les quatre décisions, et il aurait ordonné la tenue d’un nouveau procès. Il a souligné que le pouvoir de gestion de l’instance ne pouvait avoir préséance sur les considérations appropriées liées à la preuve et justifier des décisions erronées en cette matière. Monsieur Samaniego interjette maintenant appel de plein droit devant la Cour.

[4] Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi de M. Samaniego. Grâce à son pouvoir de gestion de l’instance, le juge du procès peut contrôler sa salle d’audience et baliser les rouages du procès. En règle générale, l’exercice de ce pouvoir de gestion et les décisions en matière de preuve ne se chevauchent pas, mais parfois ils le font. Cela ne veut pas dire pour autant que des décisions erronées en matière de preuve peuvent être légitimées sous prétexte qu’elles relèvent de la gestion de l’instance. Elles ne le peuvent pas.

[5] En l’espèce, certaines des décisions contestées relevaient de la gestion de l’instance, tandis que d’autres ont tranché des questions mixtes de preuve

trial management decisions. As I will explain, I am satisfied that three of the impugned rulings were free from error. The fourth ruling was erroneous in part; in my view, however, it occasioned no substantial wrong or miscarriage of justice.

II. Background

A. *The Offence*

[6] As part of an agreed statement of facts, the parties acknowledge that on August 17, 2015, Mr. Samaniego and his co-accused, Mr. Serrano, went to a Toronto nightclub called Las Brisas. The security guard greeted Mr. Serrano at the door and allowed him into the club; the two were good friends. The guard denied Mr. Samaniego entrance because Mr. Samaniego had threatened him at the club on a prior occasion. The parties further agree that, later in the evening, the guard's friend called the police about a gun at the club. When the police arrived, they saw Mr. Serrano and Mr. Samaniego walking away and observed Mr. Serrano discard a gun. They arrested both men for possession of a loaded restricted firearm.

[7] The parties' stories differ on what happened at the club before the police arrived. Surveillance video at the club showed the two accused and the security guard, but not the gun. Identity was admitted. The main issue at trial was whether one or both of the accused had possession of the gun.

[8] The Crown's position was that both men had the gun in their possession at some point that evening. In support of its position, Crown counsel relied heavily on the security guard's testimony. The guard testified that Mr. Samaniego became angry at him when he allowed Mr. Serrano into the club, but barred Mr. Samaniego from entering. Mr. Samaniego threatened him with a finger/thumb motion that looked like a gun and showed him a gun in his waistband. Mr. Serrano came out of the club and defused the situation by taking the gun away from Mr. Samaniego. Mr. Serrano went back into the club, came out, dropped the gun in front

et de gestion de l'instance. Comme je l'expliquerai, je suis convaincu que trois des décisions contestées sont exemptes d'erreur. La quatrième décision était en partie erronée; toutefois, selon moi, elle n'a entraîné ni tort important ni erreur judiciaire grave.

II. Faits

A. *L'infraction*

[6] Dans un exposé conjoint des faits, les parties reconnaissent que, le 17 août 2015, M. Samaniego et son coaccusé, M. Serrano, se sont rendus dans une boîte de nuit de Toronto appelée Las Brisas. Le gardien de sécurité a salué M. Serrano à la porte et l'a autorisé à entrer; ils étaient de bons amis. Le gardien a toutefois refusé l'accès à M. Samaniego parce que ce dernier l'avait menacé à une autre occasion lorsqu'ils se trouvaient à Las Brisas. Les parties conviennent en outre que, plus tard durant la soirée, un autre ami du gardien a appelé la police pour lui signaler la présence d'une arme à feu sur les lieux. À leur arrivée, les policiers ont aperçu MM. Samaniego et Serrano qui s'éloignaient à pied, et ils ont vu ce dernier se débarrasser d'une arme à feu. Ils ont arrêté les deux hommes pour possession d'une arme à feu à autorisation restreinte chargée.

[7] Les récits des parties diffèrent quant à ce qui s'est produit dans la boîte de nuit avant l'arrivée des policiers. Un enregistrement vidéo filmé sur les lieux montre les deux accusés ainsi que le gardien de sécurité, mais pas l'arme à feu. L'identité des personnes filmées a été admise. Au procès, il s'agissait principalement de savoir si un seul des accusés ou les deux avaient eu l'arme à feu en leur possession.

[8] Selon la Couronne, les deux hommes ont eu l'arme en leur possession à un moment de la soirée. Pour fonder sa position, elle s'est largement appuyée sur le témoignage du gardien de sécurité. Selon ce dernier, M. Samaniego s'est mis en colère contre lui lorsqu'il lui a refusé l'accès à la boîte de nuit alors qu'il avait laissé M. Serrano entrer. Monsieur Samaniego a menacé le gardien en mimant la forme d'une arme à feu avec son pouce et son index et lui a montré une arme à feu qu'il portait à la ceinture. Monsieur Serrano est sorti de la boîte de nuit et a désamorcé la situation en s'emparant de l'arme à feu que détenait M. Samaniego.

of the guard and picked it back up. The guard then asked a friend, who was close by, to call the police. Mr. Serrano and Mr. Samaniego left the club and were arrested a short time later.

[9] The two accused ran cut-throat defences. Mr. Serrano maintained that he had no knowledge of Mr. Samaniego bringing a gun to the club. It was never his intention to possess it; he only took it to protect the security guard from Mr. Samaniego. Moreover, he argued that there was no evidence that he knew the gun was real, restricted, or loaded.

[10] Mr. Samaniego's defence was that Mr. Serrano had sole possession of the gun; he never touched it. In support of his position, he sought to impeach the security guard's credibility, arguing that the guard implicated him to protect Mr. Serrano, the guard's "good friend". He did so by covering up for Mr. Serrano, withholding information from the police and falsely portraying Mr. Serrano in the best possible light.

B. *Mr. Samaniego's Cross-Examination of the Security Guard*

[11] Trial counsel's cross-examination of the security guard lasted approximately a day and a half, spanning over 150 pages of transcript. Time estimates were repeatedly exceeded. On the first day of her cross-examination, she questioned the guard for approximately 2 hours and advised that she would need 45 minutes the next morning. An hour into her cross-examination the following morning, the judge reminded her of her timeline. Counsel advised that she needed another 30 minutes at most. That estimate proved to be grossly inaccurate; the remainder of her cross-examination took up the entire day.

[12] As the record reveals, the cross-examination was often repetitive, wandering, and misleading. Some questions were difficult to understand, particularly for the security guard who required the assistance of

Monsieur Serrano est retourné à l'intérieur, avant de ressortir, de laisser tomber l'arme à feu devant le gardien, et de la ramasser. Le gardien a alors demandé à un ami qui se trouvait à proximité d'appeler la police. Messieurs Serrano et Samaniego ont quitté les lieux, et ont été arrêtés peu de temps après.

[9] Les deux accusés ont présenté des défenses traîtresses durant le procès. Monsieur Serrano a soutenu qu'il ignorait que M. Samaniego apportait une arme à feu à la boîte de nuit. Il n'a jamais souhaité l'avoir en sa possession; il ne l'a prise que pour protéger le gardien de sécurité contre M. Samaniego. En outre, il a fait valoir que rien ne prouvait qu'il savait que l'arme était vraie, à autorisation restreinte ou chargée.

[10] Pour sa défense, M. Samaniego a soutenu que M. Serrano a été le seul à avoir l'arme à feu en sa possession et que lui ne l'a jamais touchée. À l'appui de sa position, il a cherché à miner la crédibilité du gardien de sécurité, faisant valoir que celui-ci l'a impliqué pour protéger M. Serrano, son [TRADUCTION] « bon ami ». Le gardien a fait cela en couvrant M. Serrano, en cachant certains renseignements aux policiers et en brossant un faux portrait de M. Serrano, aussi flatteur que possible.

B. *Le contre-interrogatoire du gardien de sécurité par M. Samaniego*

[11] Le contre-interrogatoire du gardien de sécurité par l'avocate au procès a duré environ une journée et demie, et sa transcription compte plus de 150 pages. Les échéances prévues ont été dépassées à de nombreuses reprises. Durant le premier jour du contre-interrogatoire, elle a interrogé le gardien pendant quelque 2 heures et elle a informé la cour qu'elle aurait besoin de 45 minutes le lendemain matin. Après une heure de contre-interrogatoire le lendemain matin, la juge lui a rappelé le temps dont elle disposait. L'avocate a alors affirmé qu'elle avait besoin d'au plus 30 minutes supplémentaires. Cette estimation s'est révélée totalement inexacte; le reste de son contre-interrogatoire a pris toute la journée.

[12] Comme le révèle le dossier, le contre-interrogatoire a souvent été répétitif, tortueux et trompeur. Certaines questions étaient difficiles à comprendre, particulièrement pour le gardien de sécurité qui avait

an interpreter. The purpose and relevance of many lines of inquiry were difficult to discern. The judge had to excuse the jury five times to discuss issues arising from the cross-examination. Many of these discussions were lengthy and covered ground that had already been dealt with.

[13] The potential for prejudice caused by both accused running cut-throat defences added another dimension of difficulty for the judge. Some of trial counsel's lines of inquiry were highly prejudicial to Mr. Serrano. It was essential that the judge closely monitor the risk this prejudice posed, bearing in mind her obligation to ensure that both accused received a fair trial.

[14] In sum, the trial judge had her hands full trying to ensure trial fairness, minimize jury disruption, and rein in a cross-examination that was lengthy, disjointed, and confusing. That she was able to keep the trial on the rails in the circumstances is a credit to her patience and the care she exhibited throughout to protect the interests of the parties, the witnesses, and the members of the jury.

III. Issues

[15] There are four issues:

- A. Jurisdiction: Does Mr. Samaniego's appeal to this Court raise a question of law?
- B. What is the scope of the trial management power?
- C. Did the trial judge err by curtailing cross-examination in any of the four rulings?
- D. If so, can the curative proviso be applied to sustain Mr. Samaniego's conviction?

IV. Analysis

- A. *Jurisdiction: Mr. Samaniego Appeals on a Question of Law*

besoin de l'aide d'un interprète. L'objet et la pertinence de nombreuses lignes d'interrogatoire étaient difficiles à cerner. La juge a dû demander au jury de sortir de la salle d'audience à cinq reprises pour discuter de questions soulevées par le contre-interrogatoire. Un grand nombre de ces discussions ont été longues et ont porté sur des sujets qui avaient déjà fait l'objet de débats.

[13] Le risque de préjudice posé par le choix des deux accusés de présenter des défenses traîtresses a créé un niveau de difficulté supplémentaire pour la juge. Certaines des lignes d'interrogatoire de l'avocate au procès étaient très préjudiciables à M. Serrano. Il était essentiel que la juge surveille de près le risque de préjudice en cause, compte tenu de son obligation de garantir que les deux accusés subissent un procès équitable.

[14] En somme, la juge du procès a eu beaucoup à faire pour tenter de garantir l'équité du procès, pour minimiser les perturbations pour le jury, et pour maîtriser un contre-interrogatoire long, décousu et déroutant. Qu'elle ait réussi à faire en sorte que le procès ne déraile pas dans les circonstances témoigne de sa patience et du soin qu'elle a mis durant tout le procès pour protéger les intérêts des parties, des témoins et des jurés.

III. Questions en litige

[15] Il y a quatre questions en litige :

- A. Compétence : le pourvoi de M. Samaniego devant la Cour soulève-t-il une question de droit?
- B. Quelle est la portée du pouvoir de gestion de l'instance?
- C. La juge du procès a-t-elle commis une erreur en restreignant le contre-interrogatoire dans l'une ou l'autre des quatre décisions?
- D. Si oui, est-il possible d'appliquer la disposition réparatrice pour maintenir la déclaration de culpabilité de M. Samaniego?

IV. Analyse

- A. *Compétence : M. Samaniego interjette appel sur une question de droit*

[16] Mr. Samaniego appeals to this Court under s. 691(1)(a) of the *Criminal Code*. That provision allows an accused to appeal as of right on a question of law from a dissenting judgment at the court of appeal.

[17] The Crown submits that Mr. Samaniego's appeal is barred because the disagreement at the Court of Appeal does not raise a question of law; rather, the disagreement between the majority and dissenting judge is largely factual, hinging on differing interpretations of trial counsel's purpose for engaging in certain areas of cross-examination. This does not, in the Crown's view, raise a question of law. A judge's choice to intervene in cross-examination is a question of mixed fact and law (*Fanjoy v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 233, at p. 238). Mr. Samaniego characterizes the disagreement at the Court of Appeal differently. He maintains that it raises a question of law regarding the rules of evidence and their application.

[18] I agree with Mr. Samaniego's characterization of the disagreement. While the subject of the appeal was the trial judge's intervention in cross-examination, this was not the crux of the Court of Appeal's disagreement. The court disagreed on the characterization of the judge's interventions and the evidentiary principles that govern them. That raises a question of law (*R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381, at para. 23).

B. *Scope of the Trial Management Power*

[19] Before examining the impugned rulings, it is necessary to discuss the content and scope of the trial management power.

[20] The trial management power allows trial judges to control the process of their court and ensure that trials proceed in an effective and orderly fashion. While this Court has not provided explicit guidance on the nature and scope of the power, it has implicitly endorsed the concept (*R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167, at para. 58; *Ontario v. Criminal*

[16] Monsieur Samaniego interjette appel devant la Cour en vertu de l'al. 691(1)a) du *Code criminel*. Cette disposition permet à un accusé de faire appel de plein droit sur une question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d'appel est dissident.

[17] La Couronne soutient que M. Samaniego ne peut pas interjeter appel parce que le désaccord en Cour d'appel ne soulève pas de question de droit; selon elle, ce désaccord entre les juges majoritaires et le juge dissident porte essentiellement sur des faits, et repose sur des interprétations divergentes de l'objectif que cherchait à atteindre l'avocate au procès en traitant de certains sujets durant son contre-interrogatoire. Selon la Couronne, cela ne soulève pas de question de droit. Le choix d'un juge d'intervenir dans un contre-interrogatoire est une question mixte de fait et de droit (*Fanjoy c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 233, p. 238). Monsieur Samaniego qualifie différemment le désaccord entre les juges de la Cour d'appel. Il plaide que ce désaccord soulève une question de droit quant aux règles de preuve et à leur application.

[18] Je suis d'accord avec la qualification du désaccord par M. Samaniego. S'il est vrai que c'est l'intervention de la juge du procès dans le contre-interrogatoire qui a fait l'objet de l'appel, cela n'a pas constitué l'essence du désaccord en Cour d'appel. Les juges de la Cour d'appel ne s'entendaient pas sur la qualification des interventions de la juge et sur les principes de preuve qui les régissent. Cela soulève une question de droit (*R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381, par. 23).

B. *Portée du pouvoir de gestion de l'instance*

[19] Avant d'examiner les décisions contestées, il est nécessaire de discuter de la teneur et de la portée du pouvoir de gestion de l'instance.

[20] Le pouvoir de gestion de l'instance permet au juge du procès de contrôler les audiences qui se déroulent devant lui et de garantir le bon fonctionnement des rouages de la cour. Bien que la Cour n'ait pas donné de directives explicites quant à la nature et à la portée de ce pouvoir, elle a implicitement donné son aval au concept (*R. c. Anderson*, 2014 CSC 41,

Lawyers' Association of Ontario, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3, at para. 26).

[21] The power has three interrelated purposes: ensuring that trials proceed fairly, effectively, and efficiently (*R. v. John*, 2017 ONCA 622, 350 C.C.C. (3d) 397, at para. 47; *R. v. Polanco*, 2018 ONCA 444, at para. 22 (CanLII)).

[22] Judges may intervene to manage the conduct of trials in many ways, including restricting cross-examination that is unduly repetitive, rambling, argumentative, misleading, or irrelevant (*R. v. Ivall*, 2018 ONCA 1026, 370 C.C.C. (3d) 179, at paras. 167-68; *R. v. Snow* (2004), 73 O.R. (3d) 40 (C.A.), at para. 25). The trial management power is an essential and versatile tool; it must, however, be exercised carefully (*R. v. Felderhof* (2003), 68 O.R. (3d) 481 (C.A.), at para. 38). Parties should generally be allowed to present their cases as they see fit (*Polanco*, at para. 29).

[23] Managing the conduct of trials to ensure timely justice is particularly important, considering this Court's decision in *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631, at para. 139. Excessive trial delay can be mitigated by proper trial management.

[24] Ensuring efficiency does not mean sacrificing the rules of evidence. Mr. Samaniego submits that trial management decisions and evidentiary rulings must always remain separate to ensure that erroneous evidentiary rulings are not glossed over under the guise of trial management on appellate review. While I disagree that trial management and evidentiary rulings must *always* remain separate, I agree that trial management does not provide a safe haven for erroneous evidentiary rulings.

[25] Trial management decisions and the rules of evidence must generally remain separate issues on appellate review. The standard of review for evidentiary errors is correctness, while deference is owed to trial management decisions. Extrinsic

[2014] 2 R.C.S. 167, par. 58; *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3, par. 26).

[21] Le pouvoir de gestion de l'instance vise trois objectifs interreliés : l'équité, l'efficacité et l'efficience des procès (*R. c. John*, 2017 ONCA 622, 350 C.C.C. (3d) 397, par. 47; *R. c. Polanco*, 2018 ONCA 444, par. 22 (CanLII)).

[22] Le juge peut intervenir de nombreuses façons pour gérer le déroulement du procès; il peut notamment restreindre un contre-interrogatoire qui est indûment répétitif, sans queue ni tête, pointilleux, trompeur ou dépourvu de pertinence (*R. c. Ivall*, 2018 ONCA 1026, 370 C.C.C. (3d) 179, par. 167-168; *R. c. Snow* (2004), 73 O.R. (3d) 40 (C.A.), par. 25). Le pouvoir de gestion de l'instance est un outil essentiel et versatile; il doit toutefois être exercé avec prudence (*R. c. Felderhof* (2003), 68 O.R. (3d) 481 (C.A.), par. 38). En règle générale, les parties devraient pouvoir présenter leur cause comme bon leur semble (*Polanco*, par. 29).

[23] Il est particulièrement important de gérer le déroulement des procès pour que justice soit rendue en temps utile compte tenu de la décision de la Cour dans l'arrêt *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631, par. 139. La durée excessive des procès peut être atténuée s'ils sont bien gérés.

[24] Garantir l'efficience ne peut toutefois se faire au détriment des règles de preuve. Monsieur Samaniego soutient que les décisions relatives à la gestion de l'instance et en matière de preuve doivent toujours rester distinctes pour garantir que des décisions erronées en cette dernière matière ne puissent revêtir le vernis de la gestion de l'instance lors d'un examen en appel. Bien que je ne souscrive pas à l'avis selon lequel les décisions relatives à la gestion de l'instance et en matière de preuve doivent *toujours* rester distinctes, je conviens que la gestion de l'instance ne peut pas servir à légitimer les décisions erronées en matière de preuve.

[25] Les décisions relatives à la gestion de l'instance et celles en matière de preuve doivent généralement être traitées distinctement lors de l'examen en appel. La norme de contrôle des erreurs en matière de preuve est celle de la décision correcte, tandis que les décisions

evidentiary errors are held to a more stringent standard of review than trial management decisions. The trial management power is not a license to exclude otherwise relevant and material evidence in the name of efficiency.

[26] Sometimes trial management decisions will overlap with the rules of evidence. For example, where counsel tries to revive a line of inquiry that the trial judge has previously barred in an evidentiary ruling, the rules of evidence and trial management overlap. Drawing on the previous evidentiary ruling — that the line of questioning is barred by an evidentiary rule — the judge exercises their trial management power to curtail irrelevant and repetitive questioning. As this example illustrates, it is important on appellate review that trial management decisions are examined in the context of the trial as a whole, rather than as isolated incidents. Trial management decisions, as the one in this example, engage the judge’s discretion. Absent error in principle or unreasonable exercise, these discretionary decisions deserve deference (*R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089, at para. 44).

C. *The Impugned Trial Rulings*

[27] Mr. Samaniego submits that the trial judge improperly curtailed four lines of questioning during his counsel’s cross-examination of the security guard: (1) whether there was a cocaine transaction between Mr. Serrano and the security guard; (2) whether the security guard was “scared” at any time during the incident; (3) whether the security guard “refused” to identify the two accused; and (4) who dropped the gun and who picked it up. He does not raise ineffective assistance of counsel. The Crown submits that the judge properly curtailed all four lines of questioning as an exercise of her trial management power.

relatives à la gestion de l’instance commandent la déférence. Ainsi, les erreurs en matière de preuve susceptibles d’être isolées sont soumises à une norme de contrôle plus exigeante que les décisions relatives à la gestion de l’instance. Le pouvoir de gestion de l’instance ne permet pas d’exclure des éléments de preuve autrement pertinents et importants au nom de l’efficience.

[26] Parfois, les décisions relatives à la gestion de l’instance chevauchent les règles de preuve. C’est le cas, par exemple, lorsqu’un avocat tente de raviver une ligne d’interrogatoire que le juge du procès a déjà interdit de traiter dans une décision en matière de preuve. Se fondant sur la décision antérieure en matière de preuve — selon laquelle cette ligne d’interrogatoire ne peut être abordée selon une règle de preuve —, le juge exerce son pouvoir de gestion de l’instance pour restreindre un interrogatoire dépourvu de pertinence et répétitif. Comme l’illustre cet exemple, il importe, en appel, que les décisions relatives à la gestion de l’instance soient examinées dans le contexte du procès dans son ensemble, plutôt que comme des incidents isolés. Les décisions relatives à la gestion de l’instance, comme celle dans l’exemple que je viens de donner, font appel au pouvoir discrétionnaire du juge. En l’absence d’une erreur de principe ou d’un exercice déraisonnable de ce pouvoir, les décisions qui en sont le fruit commandent la déférence (*R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089, par. 44).

C. *Les décisions contestées rendues au procès*

[27] Monsieur Samaniego fait valoir que le juge du procès a indûment restreint quatre lignes d’interrogatoire durant le contre-interrogatoire du gardien de sécurité par son avocate lorsque celle-ci cherchait à savoir : (1) s’il y avait eu une transaction de cocaïne entre M. Serrano et le gardien de sécurité; (2) si le gardien de sécurité avait eu « peur » à quelque moment que ce soit durant l’incident; (3) si le gardien de sécurité avait « refusé » d’identifier les deux accusés; (4) qui avait laissé tomber l’arme à feu et qui l’avait ramassée. Il ne plaide pas l’assistance ineffective de son avocate. La Couronne soutient que le juge a régulièrement restreint les quatre lignes d’interrogatoire dans le cadre de l’exercice de son pouvoir de gestion de l’instance.

[28] As I will explain, the trial judge did not err in curtailing the first three impugned lines of questioning. This Court only divides on the fourth ruling set out in the preceding paragraph, namely who dropped the gun and who picked it up. On that ruling, while I am satisfied that the curtailment of questioning was erroneous in part, I conclude that the error was harmless and occasioned no substantial wrong or miscarriage of justice. Accordingly, I would dismiss the appeal.

(1) Whether There Was a Cocaine Transaction Between Mr. Serrano and the Security Guard

(a) *Background and Ruling*

[29] Trial counsel attempted to pursue a line of questioning intended to suggest that Mr. Serrano went to the club that night either to sell cocaine to, or buy cocaine from, the security guard. She asked the guard if he took cocaine that day. He said no. She asked if he saw Mr. Serrano taking cocaine. He said no. Trial counsel then suggested to the guard that Mr. Serrano had cocaine on him when he was arrested: “Surprise[d] to learn that . . . he had some cocaine on him when he was arrested?” (A.R., vol. II, at p. 85). The guard replied that he did not understand.

[30] Both the Crown and Mr. Serrano’s counsel objected to this line of questioning. The judge excused the jury and conducted a *voir dire*. The Crown submitted that the questioning was improper. While acknowledging that Mr. Serrano was initially charged with possession of cocaine, the Crown did not seek a committal on that charge at the preliminary inquiry. Mr. Serrano’s counsel expressed concern that the issue of cocaine possession was raised at all, given that the parties had agreed to stay away from it, as it amounted to bad character evidence.

[31] Trial counsel indicated that she was unaware that the cocaine issue was off limits, even though

[28] Comme je l’expliquerai, la juge du procès n’a pas commis d’erreur en restreignant les trois premières lignes d’interrogatoire en cause. La Cour n’est divisée que concernant la décision relative au quatrième sujet énoncé au paragraphe précédent, soit celui de savoir qui a laissé tomber l’arme à feu et qui l’a ramassée. À l’égard de cette décision, bien que je sois convaincu que la décision de la juge de restreindre le contre-interrogatoire était partiellement erronée, je conclus que l’erreur a été inoffensive et qu’elle n’a entraîné ni tort important ni erreur judiciaire grave. En conséquence, je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

(1) Y a-t-il eu une transaction de cocaïne entre M. Serrano et le gardien de sécurité?

a) *Faits et décision*

[29] L’avocate au procès a tenté de poser des questions qui visaient à laisser entendre que M. Serrano s’est rendu à la boîte de nuit le soir en cause soit pour vendre de la cocaïne au gardien de sécurité soit pour lui en acheter. Elle a demandé au gardien s’il avait pris de la cocaïne ce jour-là. Il a répondu que non. Elle a demandé s’il avait vu M. Serrano prendre de la cocaïne. Il a dit que non. L’avocate au procès a ensuite laissé entendre dans sa question au gardien que M. Serrano avait de la cocaïne sur lui lorsqu’il a été arrêté : [TRADUCTION] « Surpris d’apprendre [. . .] qu’il avait de la cocaïne sur lui lorsqu’il a été arrêté? » (d.a., vol. II, p. 85). Le gardien a répondu qu’il ne comprenait pas.

[30] Tant l’avocate de la Couronne que celle de M. Serrano se sont opposées aux questions sur ce sujet. La juge a fait sortir le jury et a mené un voir-dire. La Couronne a fait valoir que les questions étaient inappropriées. Tout en reconnaissant que, au départ, M. Serrano avait été accusé de possession de cocaïne, elle n’a pas demandé le renvoi à procès pour ce chef d’accusation lors de l’enquête préliminaire. L’avocate de M. Serrano s’est dite inquiète que cette question de possession de cocaïne soit même évoquée, puisque, comme elle équivaut à une preuve de mauvaise moralité, les parties avaient convenu de s’en tenir loin.

[31] L’avocate au procès a indiqué qu’elle ne savait pas que la question de la cocaïne ne pouvait pas être

she knew that the charges against Mr. Serrano had been withdrawn. Her position was that Mr. Serrano went to the club to sell cocaine to, or buy cocaine from, the security guard. She relied on the fact that cocaine was found on Mr. Serrano when he was arrested. She further pointed to a split-second clip in the surveillance video where the guard and Mr. Serrano touched hands, suggesting that this was a drug deal.

[32] The trial judge watched the surveillance video clip twice and concluded that there was no foundation for trial counsel’s suggestion that there was a cocaine transaction between Mr. Serrano and the guard. The momentary touching of hands did not support an inference that any substance was exchanged, much less cocaine. She concluded that this line of questioning was irrelevant to the charges and “completely speculative”.

[33] Later in the cross-examination during another *voir dire*, trial counsel again maintained that she should be able to ask about the cocaine because it was in the disclosure material. The judge found that this information formed no part of the case. It had not been established and trial counsel had given no indication in the pre-trial form that she was going to be relying on discreditable conduct. The judge did not allow further cross-examination on this point.

(b) *The Trial Judge Did Not Err in Curtailing This Line of Questioning*

[34] This ruling involved both an initial evidentiary ruling — that there was no good faith basis for the line of questioning — and a subsequent trial management decision — rejecting trial counsel’s renewed attempts to pursue this questioning.

abordée, même si elle savait que les accusations portées contre M. Serrano à cet égard avaient été retirées. Selon elle, M. Serrano s’est rendu à la boîte de nuit pour vendre de la cocaïne au gardien de sécurité ou pour lui en acheter. Elle se fondait sur le fait que de la cocaïne avait été trouvée sur M. Serrano lorsqu’il a été arrêté. Elle a en outre fait référence à un passage d’une fraction de seconde de la vidéo de surveillance durant laquelle le gardien et M. Serrano se sont touché les mains, suggérant qu’il s’agissait d’une transaction de drogue.

[32] La juge du procès a visionné l’extrait de la vidéo de surveillance à deux reprises et conclu que la suggestion de l’avocate au procès selon laquelle il y a eu une transaction de cocaïne entre M. Serrano et le gardien n’était pas fondée. À son avis, l’instant où les mains se sont touchées n’appuie pas une inférence que quelque substance que ce soit a été échangée, et encore moins de la cocaïne. Elle a conclu que les questions sur le sujet n’étaient pas pertinentes pour juger des accusations et qu’elles relevaient [TRADUCTION] « carrément de la conjecture ».

[33] Plus tard durant le contre-interrogatoire, au courant d’un autre voir-dire, l’avocate au procès a soutenu de nouveau qu’elle devrait pouvoir poser des questions quant à la cocaïne parce qu’il en était question dans les documents remis lors de la communication de la preuve. La juge a tranché que ces renseignements ne faisaient pas partie du dossier. Ils n’avaient pas été prouvés et l’avocate au procès n’avait donné aucune indication dans le formulaire de la conférence préparatoire qu’elle allait se fonder sur une conduite déshonorante. La juge n’a autorisé aucune autre question sur le sujet en contre-interrogatoire.

(b) *La juge du procès n’a commis aucune erreur en restreignant cette ligne d’interrogatoire*

[34] Cette décision reposait à la fois sur une décision initiale en matière de preuve — selon laquelle il n’existait aucun fondement de bonne foi pour justifier les questions sur ce sujet — et sur une décision subséquente relative à la gestion de l’instance — rejetant les nouvelles tentatives de l’avocate au procès de continuer cette ligne d’interrogatoire.

[35] The trial judge’s initial evidentiary ruling discloses no error. She correctly assessed whether there was a good faith basis for the questions based on trial counsel’s articulated purpose. Trial judges should not have to go behind counsel’s articulated purpose when making a ruling. While judges may inquire into counsel’s proposed purpose, as a general rule, it is not their function to guess at or suggest more appropriate purposes than those proffered by counsel. In some cases, the purpose of a line of questioning may be apparent from the context, even where it has not been explicitly articulated. However, to ensure a fair trial, trial judges must be careful not to be seen as making arguments for a represented accused or the Crown. This is particularly important in a case like this, where the co-accused were running cut-throat defences.

[36] Nor is it the function of appellate judges to assume the role of trial counsel, formulating questions that counsel could have asked, identifying the legal basis for them, and making arguments that counsel could have made to show that they were permissible. Regrettably, the learned dissenting judge in the Court of Appeal did not heed this admonition. With respect, his reasons bear little relationship to the questions trial counsel sought to ask or the purposes articulated by her for asking them.

[37] Returning to the issue at hand, trial counsel repeatedly said that she wanted to ask about cocaine to demonstrate that Mr. Serrano went to the club to sell cocaine to, or buy cocaine from, the security guard. The trial judge was entitled to rely on the purpose articulated by counsel for the proposed line of questioning. Even though the judge did not explicitly use the words “good faith”, her findings demonstrate that she answered the correct question: Was there a reasonable inference available on the facts that there was a cocaine transaction between Mr. Serrano and the guard? The judge found that the drug deal hypothesis was “completely speculative” and without any basis after reviewing the surveillance video. This finding is tantamount to finding that no reasonable inference could be drawn and,

[35] La décision initiale de la juge du procès en matière de preuve ne recèle aucune erreur. Elle a bien examiné s’il existait un fondement de bonne foi pour poser les questions en se basant sur ce que l’avocate au procès avait expliqué être son objectif. Le juge du procès ne devrait pas avoir à aller au-delà de l’objectif exprimé par l’avocat pour prendre une décision. Certes, le juge peut se renseigner sur l’objectif que l’avocat cherche à atteindre, mais, règle générale, il ne lui appartient pas de deviner ou de suggérer des objectifs plus appropriés que ceux qu’a exprimés l’avocat. Dans certains cas, l’objet d’une ligne d’interrogatoire peut ressortir du contexte, même s’il n’a pas été expressément énoncé. Toutefois, pour garantir la tenue d’un procès équitable, le juge du procès doit être soucieux de ne pas donner l’impression qu’il présente des arguments pour un accusé représenté ou pour la Couronne. Cela importe particulièrement dans une cause comme celle-ci, où les coaccusés présentent des défenses traîtresses.

[36] Il n’appartient pas non plus aux juges d’appel d’assumer le rôle de l’avocat au procès, en formulant des questions que celui-ci aurait pu poser, en cernant leur fondement juridique, et en faisant valoir des arguments que l’avocat aurait pu plaider pour démontrer qu’elles pouvaient être posées. Malheureusement, le savant juge dissident en Cour d’appel n’a pas tenu compte de ces limites au pouvoir des juges en appel. Avec égards, ses motifs ont bien peu à voir avec les questions que l’avocate au procès cherchait à poser ou avec les objectifs qu’elle avait exprimés viser pour justifier de les poser.

[37] Pour revenir à la question qui nous occupe, l’avocate au procès a affirmé à plusieurs reprises qu’elle souhaitait poser des questions concernant la cocaïne pour démontrer que M. Serrano s’était rendu à la boîte de nuit pour vendre de cette drogue au gardien de sécurité ou pour lui en acheter. La juge du procès était autorisée à se fonder sur l’objectif que l’avocate disait poursuivre en souhaitant traiter du sujet durant son contre-interrogatoire. Même si la juge n’a pas utilisé explicitement l’expression « bonne foi », ses conclusions démontrent qu’elle a répondu à la bonne question : était-il possible d’inférer raisonnablement des faits qu’il y avait eu une transaction de cocaïne entre M. Serrano et le gardien? Après avoir visionné la vidéo de surveillance, elle a conclu que l’hypothèse d’une transaction de drogue

therefore, that there was no good faith basis to ask the questions (*R. v. Lyttle*, 2004 SCC 5, [2004] 1 S.C.R. 193, at para. 48).

[38] When trial counsel revived her attempts to ask about the cocaine later on in the cross-examination, the trial judge reasonably exercised her trial management power to curtail irrelevant questioning that would not have furthered any issue at trial (*Ivall*, at para. 168). Her decision is owed deference and does not warrant intervention.

(2) Whether the Security Guard Was “Scared” at Any Time During the Incident

(a) *Background and Ruling*

[39] Trial counsel asked the security guard a series of questions, apparently designed to establish that he was lying about being “scared” at the club that night. She began by having him read out a portion of his police statement where, in response to being asked how he felt when Mr. Serrano dropped the gun beside him, he replied: “I was not scared, but surprised” (A.R., vol. II, at p. 82). Trial counsel then asked the guard to confirm that he said he was not scared. The guard agreed that he was not scared at that moment. Shortly thereafter, trial counsel suggested to him that he was not scared at all on the day of the incident. The guard agreed.

[40] Later on during a *voir dire*, Mr. Serrano’s counsel objected to trial counsel’s portrayal of the security guard’s evidence about not being scared during the incident. Specifically, Mr. Serrano’s counsel argued that it was unfair for trial counsel to maintain that the guard was not scared that day, based on an isolated portion of his police statement, where elsewhere in the statement, he said he was scared. Trial counsel

relevait [TRADUCTION] « carrément de la conjecture » et était sans fondement. En arriver à cette conclusion revenait à conclure qu’il n’était pas possible de tirer une inférence raisonnable et que, en conséquence, il n’y avait pas de fondement de bonne foi justifiant de poser les questions (*R. c. Lyttle*, 2004 CSC 5, [2004] 1 R.C.S. 193, par. 48).

[38] Lorsque l’avocate au procès a renouvelé ses tentatives d’interroger le témoin relativement à la cocaïne plus tard durant son contre-interrogatoire, la juge du procès a raisonnablement exercé son pouvoir de gestion de l’instance pour interdire les questions non pertinentes qui n’auraient pas servi à résoudre les questions en litige (*Ivall*, par. 168). Sa décision commande la déférence et ne justifie pas d’intervention.

(2) Le gardien de sécurité a-t-il eu « peur » à quelque moment que ce soit durant l’incident?

a) *Faits et décision*

[39] L’avocate au procès a posé au gardien de sécurité une série de questions qui visait apparemment à établir qu’il mentait lorsqu’il disait avoir eu « peur » à la boîte de nuit le soir de l’incident. Elle a commencé en lui demandant de lire un extrait de sa déclaration à la police dans laquelle, en réponse à la question sur la façon dont il s’était senti lorsque M. Serrano avait laissé tomber l’arme à feu à côté de lui, il avait répondu : [TRADUCTION] « Je n’ai pas eu peur, mais j’ai été surpris » (d.a., vol. II, p. 82). L’avocate au procès a ensuite demandé au gardien de confirmer qu’il avait dit ne pas avoir eu peur. Le gardien a redit qu’il n’avait pas eu peur sur le coup. Peu de temps après, l’avocate au procès lui a suggéré qu’il n’avait pas du tout eu peur le jour de l’incident. Le gardien en a convenu.

[40] Plus tard, durant un *voir-dire*, l’avocate de M. Serrano s’est opposée à la façon dont l’avocate au procès décrivait le témoignage du gardien de sécurité à propos de son absence de sentiment de peur durant l’incident. Plus précisément, l’avocate de M. Serrano a plaidé qu’il était injuste que sa collègue soutienne que le gardien n’avait pas eu peur ce jour-là, en se fondant sur un extrait pris hors contexte de sa déclaration à la

agreed that there was another passage in the statement where the guard said he was scared.

[41] The judge found that it was unfair to excerpt parts of the police statement in a misleading way. She decided that the easiest way to deal with this problem was to provide a corrective instruction to the jury immediately, rather than take the security guard back to the confusing statement. She instructed the jury that, in addition to the passage trial counsel highlighted where the guard said he was not scared for his safety, there was another passage in his police statement where he said he was scared. Trial counsel did not object or express any disagreement with this instruction.

[42] Immediately following the corrective instruction, trial counsel asked the security guard if he agreed that there was a passage in his police statement where he said he was not scared and another passage where he said he was scared. The guard agreed.

(b) *The Trial Judge Did Not Err in Curtailing This Line of Questioning*

[43] The judge's trial management decision to curtail and clarify trial counsel's misleading suggestion was reasonable and is owed deference. It was misleading to suggest that the security guard was not scared that day and only reference a passage of the police statement which supported this suggestion, knowing that elsewhere in the statement, he told the police he was scared. While not an irrelevant line of questioning, it would have been a needless waste of court time to allow trial counsel to pursue it, only to learn later that the questions were misleading and could only serve to distract or confuse the jury. The judge reasonably exercised her trial management power to stop this misleading questioning and correct it with an instruction to the jury.

police, alors qu'ailleurs dans la déclaration, il avait affirmé avoir eu peur. L'avocate au procès a convenu qu'il existait un autre passage de la déclaration dans laquelle le gardien avait affirmé avoir eu peur.

[41] La juge a conclu qu'il était inéquitable d'extraire de manière trompeuse certains passages de la déclaration à la police. Elle a décidé que la façon la plus facile de gérer ce problème consistait à donner immédiatement aux jurés une directive correctrice, plutôt que d'interroger de nouveau le gardien de sécurité relativement à la déclaration qui portait à confusion. Elle a indiqué au jury que, en plus du passage souligné par l'avocate au procès où le gardien affirmait dans sa déclaration à la police ne pas avoir eu peur pour sa sécurité, il en existait un autre dans lequel il affirmait le contraire. L'avocate au procès ne s'est pas opposée à cette directive et n'a pas exprimé de désaccord à son sujet.

[42] Immédiatement après que la juge a donné cette directive correctrice, l'avocate au procès a demandé au gardien de sécurité s'il était d'accord pour dire qu'il y avait un passage dans sa déclaration à la police où il affirmait ne pas avoir eu peur et un autre où il disait avoir eu peur. Le gardien en a convenu.

b) *La juge du procès n'a pas commis d'erreur en restreignant cette ligne d'interrogatoire*

[43] La décision de la juge du procès relative à la gestion de l'instance consistant à empêcher l'avocate au procès de faire une suggestion trompeuse et à clarifier les faits était raisonnable et commande la déférence. Il était trompeur de suggérer que le gardien de sécurité n'avait pas eu peur ce jour-là et de ne faire référence qu'à un passage de la déclaration à la police qui appuyait cette suggestion, tout en sachant que, ailleurs dans la déclaration, il avait dit aux policiers qu'il avait eu peur. Cette ligne d'interrogatoire n'était pas sans pertinence, mais permettre à l'avocate au procès de la poursuivre, uniquement pour apprendre plus tard qu'elle était trompeuse et ne pouvait servir qu'à distraire ou à confondre le jury, aurait été une perte de temps. La juge a raisonnablement exercé son pouvoir de gestion de l'instance, pour mettre fin à cet interrogatoire trompeur et pour corriger la fausse impression que celui-ci avait laissée, en donnant une directive au jury.

[44] Mr. Samaniego suggests that it was wrong for the judge to provide the corrective instruction before the security guard formally adopted the passage in his police statement where he said he was scared. I disagree. There was no error for three reasons.

[45] First, directly after the instruction, trial counsel had the security guard adopt the passage of his police statement where he said he was scared. This momentary delay caused no prejudice to Mr. Samaniego.

[46] Second, all parties agreed that the security guard's police statement contained a passage where he said that he was scared. Adopting the passage was an evidentiary formality in the circumstances.

[47] Third, trial counsel did not raise any objection to the judge providing a corrective instruction. This may have been a tactical choice because further highlighting the guard's prior consistent statement would have undermined Mr. Samaniego's overarching theory: that the guard was lying. While not determinative, lack of objection to the judge's instruction is informative as to the materiality of an alleged error (*R. v. Calnen*, 2019 SCC 6, [2019] 1 S.C.R. 301, at para. 38).

[48] Mr. Samaniego suffered no unfairness from the judge drawing attention to a passage of the security guard's police statement that he had not yet explicitly adopted. The judge was reasonably responding to misleading questioning by trial counsel. Any minor prejudice was fleeting because the guard adopted the passage from his statement immediately after the corrective instruction.

(3) Whether the Security Guard “Refused” to Identify the Two Accused

(a) *Background and Ruling*

[49] At trial, trial counsel attempted to confront the security guard with a line from his preliminary

[44] Selon M. Samaniego, il était inapproprié que la juge donne la directive correctrice avant que le gardien de sécurité adopte formellement le passage de sa déclaration à la police où il avait affirmé avoir eu peur. Je ne suis pas d'accord. L'approche adoptée ne comportait aucune erreur, et ce, pour trois raisons.

[45] Premièrement, immédiatement après que la juge a formulé la directive, l'avocate au procès a demandé au gardien de sécurité d'adopter le passage de sa déclaration à la police où il avait dit avoir eu peur. Ce délai momentané n'a causé aucun préjudice à M. Samaniego.

[46] Deuxièmement, les parties convenaient toutes que la déclaration du gardien de sécurité à la police contenait un passage où il avait affirmé avoir eu peur. Dans les circonstances, l'adoption du passage était une formalité en matière de preuve.

[47] Troisièmement, l'avocate au procès ne s'est pas opposée à ce que la juge donne la directive correctrice. Il s'agissait possiblement d'un choix tactique de sa part, puisque le fait de mettre davantage en évidence la déclaration antérieure compatible du gardien aurait miné la théorie globale de M. Samaniego, soit que le gardien mentait. Bien qu'elle ne soit pas déterminante, l'absence d'opposition à la directive de la juge est révélatrice quant à l'importance de l'erreur alléguée (*R. c. Calnen*, 2019 CSC 6, [2019] 1 R.C.S. 301, par. 38).

[48] Monsieur Samaniego n'a subi aucune injustice du fait que la juge a attiré l'attention sur un passage de la déclaration du gardien de sécurité à la police qu'il n'avait pas encore explicitement adopté. La juge réagissait raisonnablement à un interrogatoire trompeur que menait l'avocate au procès. Tout préjudice mineur qu'aurait subi M. Samaniego a été éphémère parce que le gardien a adopté le passage de sa déclaration immédiatement après que la juge a donné la directive correctrice.

(3) Le gardien de sécurité a-t-il « refusé » d'identifier les deux accusés?

a) *Faits et décision*

[49] Durant l'audition de la cause, l'avocate au procès a tenté de prendre le gardien de sécurité en

inquiry testimony, in which, according to counsel, he was “refusing” to identify the two accused. The trial judge did not allow the questions.

[50] On the first of several days of examination-in-chief at the preliminary inquiry, the security guard testified about his interactions with the two accused. The proceeding was adjourned in the middle of his examination-in-chief. Over four months later, the preliminary inquiry resumed and the Crown continued its examination-in-chief by reminding the guard that he had testified months earlier about his interactions with the two accused. The guard agreed. The Crown then showed him a surveillance video of the night in question.

[51] At the outset of the renewed questioning, the guard had difficulty identifying the persons in the video as the two accused. Crown counsel indicated that he had spoken with both defence counsel and it was agreed that the video showed the guard interacting with the two accused. The guard replied: “I do understand what you say, but the thing is that I’m not sure — I don’t recall really whether those are the same people” (R.R., vol. I, at p. 40). The Crown indicated again that there was no issue that the two people in the video were the two accused. The rest of the video was played and the guard answered questions in which he identified the two accused in the video. Trial counsel did not cross-examine him at the preliminary inquiry on any source of confusion regarding identification.

[52] At trial, however, she sought to cross-examine the guard on his evidence from the preliminary inquiry in which he testified that he could not recall whether the two accused were the persons in the video. In a *voir dire* to determine the propriety of a proposed line of questioning, she told the trial judge that she intended to ask the security guard about this aspect of his testimony because it demonstrated that he did not want to identify the two accused. The judge reiterated that identity was admitted. She ruled that trial counsel

défaut en lui rappelant une réponse de son témoignage durant l’enquête préliminaire par laquelle, d’après l’avocate, il avait [TRADUCTION] « refusé » d’identifier les deux accusés. La juge du procès n’a pas permis qu’elle pose des questions sur ce sujet.

[50] Durant le premier de plusieurs jours d’interrogatoire en chef lors de l’enquête préliminaire, le gardien de sécurité a témoigné relativement à ses interactions avec les deux accusés. La séance a été ajournée au milieu de son interrogatoire en chef. Plus de quatre mois plus tard, l’enquête préliminaire a repris et l’avocate de la Couronne a continué son interrogatoire en chef en rappelant au gardien qu’il avait témoigné des mois plus tôt à propos de ses interactions avec les deux accusés. Le gardien en a convenu. L’avocate de la Couronne lui a alors montré une vidéo de surveillance de la nuit en cause.

[51] Au tout début de la reprise de l’interrogatoire, le gardien avait de la difficulté à dire que les personnes sur la vidéo étaient les deux accusés. L’avocate de la Couronne a indiqué qu’elle avait discuté avec les deux avocates de la défense et qu’elles avaient convenu que c’étaient le gardien et les deux accusés qu’on voyait interagir sur la vidéo. Le gardien a répliqué : [TRADUCTION] « Je comprends ce que vous dites, mais le fait est que je ne suis pas certain — je n’arrive pas vraiment à me rappeler s’il s’agit des mêmes personnes » (d.i., vol. I, p. 40). L’avocate de la Couronne a répété que l’identité des deux personnes dans la vidéo faisait consensus, il s’agissait des deux accusés. Le reste de la vidéo a été visionné et, en réponse à certaines questions, le gardien y a identifié les deux accusés. L’avocate au procès ne l’a pas contre-interrogé lors de l’enquête préliminaire quant à quelque source de confusion que ce soit en ce qui a trait à l’identification.

[52] Cependant, au procès, elle a cherché à contre-interroger le gardien quant au passage de son témoignage à l’enquête préliminaire où il a affirmé qu’il n’arrivait pas à se rappeler si les deux accusés étaient les personnes dans la vidéo. Durant un *voir-dire* pour décider de l’opportunité des questions qu’elle entendait poser, elle a informé la juge du procès qu’elle avait l’intention de questionner le gardien de sécurité relativement à cet aspect de son témoignage parce qu’il démontrait que le gardien ne voulait pas identifier les deux accusés.

could not pluck a line from the preliminary inquiry testimony that was not relevant to an issue at trial, nor pursued as an issue at the preliminary inquiry.

[53] Later on during the *voir dire*, trial counsel tried to revive this line of questioning, maintaining that at the preliminary inquiry, the security guard was “refusing to identify” the two accused in the video (A.R., vol. II, at p. 190). Again, the judge reiterated that identification of the two accused was not an issue and that trial counsel had not pursued it as an issue at the preliminary inquiry.

(b) *The Trial Judge Did Not Err in Curtailing This Line of Questioning*

[54] The trial judge appropriately prevented trial counsel from pursuing this misleading line of questioning. The judge was entitled to rely on trial counsel’s articulated purpose for her questions. Trial counsel’s purpose was to suggest that the security guard refused to identify the two accused at the preliminary inquiry. This was simply not true. The guard’s comment about not recalling whether the two persons in the video were the two accused must be taken in context. At the preliminary inquiry, the guard identified the two accused as those involved in the incident, both before and after the impugned comment. To suggest he refused to identify the accused was misleading.

[55] Furthermore, if there was any concern that the security guard was refusing to identify the two accused, this concern was dispelled at trial. The guard identified the two accused as the persons in the surveillance video near the beginning of his examination-in-chief. There was no issue that the guard could not, or would not, identify the accused as the two persons in the video.

[56] The judge reasonably exercised her trial management power to curtail this misleading and irrelevant line of questioning. Her decision is owed deference.

La juge a réitéré que l’identité des personnes dans la vidéo avait été admise. Elle a décidé que l’avocate au procès ne pouvait pas extraire une ligne du témoignage à l’enquête préliminaire qui n’était pas pertinente quant à une question en litige au procès et qui n’avait pas fait l’objet d’un débat à l’enquête préliminaire.

[53] Plus tard durant le voir-dire, l’avocate au procès a tenté de revenir sur le sujet et a maintenu que, lors de l’enquête préliminaire, le gardien de sécurité [TRADUCTION] « refusait d’identifier » les deux accusés dans la vidéo (d.a., vol. II, p. 190). Une fois de plus, la juge a réitéré que l’identification des deux accusés n’était pas en litige et que l’avocate au procès n’avait pas soulevé la question à l’enquête préliminaire.

b) *La juge du procès n’a pas commis d’erreur en restreignant cette ligne d’interrogatoire*

[54] La juge du procès a empêché à bon droit l’avocate au procès de poursuivre cette ligne d’interrogatoire trompeuse. La juge pouvait se fonder sur ce que cette dernière avait dit être l’objet de ses questions. Elle voulait laisser entendre que le gardien de sécurité avait refusé d’identifier les deux accusés à l’enquête préliminaire. Cela n’était tout simplement pas vrai. Le commentaire du gardien selon lequel il n’arrivait pas à se souvenir si les deux personnes dans la vidéo étaient les deux accusés doit être pris dans son contexte. À l’enquête préliminaire, le gardien a identifié les deux accusés comme étant ceux qui avaient été impliqués dans l’incident, tant avant qu’après avoir formulé le commentaire en cause. Il était trompeur de laisser entendre qu’il avait refusé d’identifier les accusés.

[55] En outre, s’il y avait un doute que le gardien de sécurité avait refusé d’identifier les deux accusés, ce doute a été dissipé au procès. Le gardien a identifié les deux accusés comme étant les personnes dans la vidéo de surveillance au début de son interrogatoire en chef. La question de savoir si le gardien ne pouvait pas, ou ne voulait pas, identifier les accusés comme étant les deux personnes dans la vidéo ne se posait pas.

[56] La juge a raisonnablement exercé son pouvoir de gestion de l’instance pour restreindre cette ligne d’interrogatoire trompeuse et non pertinente.

The questions were not relevant to the resolution of any live issues in the case. Rather, they were misleading, wasteful of court time, and disruptive to the jury. Mr. Samaniego was entitled to a fair trial, not an endless one (*Ivall*, at para. 168).

(4) Who Dropped the Gun and Who Picked It Up

(a) *Background and Ruling*

[57] Shortly after the incident at the club, the security guard told the police in a recorded statement that Mr. Serrano dropped the gun in front of him at the club and picked it back up. At the preliminary inquiry, the guard initially testified that he was unsure who dropped the gun and picked it up. The Crown tried to refresh his memory by asking him to read his police statement. He testified that he still did not remember.

[58] The Crown then asked the guard to reread a portion of his police statement. The security guard testified that he could not really remember what happened because it was a long time ago, but he confirmed that his memory was fresher when he gave his police statement. In the face of this response, the Crown sought and received permission from the preliminary inquiry judge to have his statement on this point entered into evidence as past recollection recorded — a method of refreshing the memory of a witness who does not have a present recollection of an event by having them adopt a document that reliably recorded their memory at or around the time of the event (D. M. Paciocco, P. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (8th ed. 2020), at pp. 539-40).

[59] At trial, the security guard testified in accordance with his police statement: that Mr. Serrano dropped the gun and picked it up. Trial counsel confronted the guard with the contrary evidence he had initially given at the preliminary inquiry and asked:

Sa décision commande la déférence. Les questions n'étaient pertinentes à la résolution d'aucune des questions en litige dans la cause. Elles étaient plutôt trompeuses, faisaient perdre du temps au tribunal, et perturbaient le jury. Monsieur Samaniego avait droit à un procès équitable, pas à un procès interminable (*Ivall*, par. 168).

(4) Qui a laissé tomber l'arme à feu et qui l'a ramassée?

a) *Faits et décision*

[57] Peu de temps après l'incident à la boîte de nuit, le gardien de sécurité a dit à la police dans une déclaration enregistrée que M. Serrano avait laissé tomber puis ramassé l'arme à feu devant lui, à la boîte de nuit. À l'enquête préliminaire, le gardien a d'abord affirmé ne pas être certain de l'identité de celui qui avait laissé tomber puis ramassé l'arme à feu. L'avocate de la Couronne a tenté de lui rafraîchir la mémoire en lui demandant de lire sa déclaration à la police. Il a affirmé qu'il n'arrivait toujours pas à s'en souvenir.

[58] L'avocate de la Couronne a alors demandé au gardien de relire une portion de sa déclaration à la police. Celui-ci a affirmé qu'il n'avait pas vraiment de souvenir des événements parce que cela s'était déroulé il y a longtemps, mais il a confirmé que sa mémoire était plus fraîche lorsqu'il a fait sa déclaration à la police. Compte tenu de cette réponse, l'avocate de la Couronne a sollicité et reçu la permission du juge de l'enquête préliminaire de déposer en preuve la déclaration du gardien sur ce point à titre d'enregistrement du souvenir — une méthode pour rafraîchir la mémoire d'un témoin qui ne se souvient pas d'un événement en lui faisant adopter un document qui a attesté ses souvenirs de manière fiable au moment de l'événement ou peu après (D. M. Paciocco, P. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (8^e éd. 2020), p. 539-540).

[59] Au procès, le gardien de sécurité a affirmé, comme dans sa déclaration à la police, que M. Serrano avait laissé tomber puis ramassé l'arme à feu. L'avocate au procès a cherché à prendre le gardien en défaut en invoquant le témoignage à l'effet contraire qu'il avait

“... why did you not tell what you’re telling us today or yesterday?” (A.R., vol. II, at p. 177).

[60] Crown counsel objected. She submitted that this was not a fair question because the security guard had adopted his police statement at the preliminary inquiry as past recollection recorded due to a genuine memory lapse. It was misleading for trial counsel to suggest that he was lying by not giving the same version of events at trial as he did at the preliminary inquiry. The Crown suggested that trial counsel “can put to the witness that his memory was fading on some aspects at the preliminary inquiry and ask him why he remembers those portions today, but not to say he was lying at the preliminary inquiry” (*ibid*, p. 184).

[61] The judge agreed that trial counsel could challenge the security guard on the contents of his police statement and on his failing memory. She could not, however, question him about his first version of events before adopting his police statement as past recollection recorded. The trial judge decided that, since the preliminary inquiry judge ruled that the guard’s police statement was his evidence on that point, she could not go “back behind that ruling” (*ibid.*).

(b) *The Trial Judge Erred in Curtailing This Line of Questioning*

[62] The trial judge’s ruling had two aspects. The first was an unproblematic trial management ruling targeting misleading questioning that would have confused the jury and needlessly prolonged the trial. The judge reasonably ruled that trial counsel could not pursue a line of questioning designed to show that the security guard had not told the same story at trial as he did at the preliminary inquiry. This was a misleading suggestion because the guard *did* tell the same story at trial and at the preliminary inquiry — both times in accordance with his police statement.

rendu initialement lors de l’enquête préliminaire et lui a demandé : [TRADUCTION] : « ... pourquoi n’avez-vous pas dit ce que vous nous dites aujourd’hui ou ce que vous nous avez dit hier? » (d.a., vol. II, p. 177).

[60] L’avocate de la Couronne s’est opposée à cette question. Elle a fait valoir que celle-ci était injuste puisque le gardien de sécurité avait adopté sa déclaration à la police lors de l’enquête préliminaire à titre d’enregistrement du souvenir parce qu’il avait un réel trou de mémoire. Il était trompeur que l’avocate au procès laisse entendre qu’il mentait en ne donnant pas au procès la même version des événements qu’il avait donnée à l’enquête préliminaire. Selon l’avocate de la Couronne, l’avocate au procès [TRADUCTION] « peut suggérer au témoin qu’il avait perdu la mémoire quant à certains éléments lors de l’enquête préliminaire et lui demander pourquoi il s’en souvient aujourd’hui, mais elle ne peut pas affirmer qu’il mentait à l’enquête préliminaire » (*ibid*, p. 184).

[61] La juge partageait l’avis que l’avocate au procès pouvait interroger le gardien de sécurité sur le contenu de sa déclaration à la police et sur sa mémoire défaillante. Toutefois, elle ne pouvait pas le questionner à propos de sa première version des événements donnée avant l’adoption de sa déclaration à la police à titre d’enregistrement du souvenir. La juge du procès a décidé que, puisque le juge de l’enquête préliminaire avait conclu que la déclaration du gardien à la police constituait son témoignage sur ce point, elle ne pouvait pas [TRADUCTION] « revenir en arrière » (*ibid.*).

b) *La juge du procès a commis une erreur en restreignant cette ligne d’interrogatoire*

[62] La décision de la juge du procès comportait deux aspects. Le premier consistait en une décision bien fondée quant à la gestion de l’instance à propos de questions trompeuses qui auraient pu dérouter le jury et prolonger inutilement le procès. Elle a raisonnablement jugé que l’avocate au procès ne pouvait pas poser des questions qui visaient à démontrer que le gardien de sécurité avait fait un récit au procès et un autre à l’enquête préliminaire. Cela aurait été trompeur parce que le gardien *a bel et bien* raconté la même histoire au procès et à l’enquête préliminaire — chaque fois

While it was true that he offered a contrary story at the preliminary inquiry before adopting his police statement, trial counsel was not seeking to expose the inconsistent versions given at the preliminary inquiry. Rather, her suggestion implied that he said only one thing at the preliminary inquiry and the opposite at trial. This was simply not true.

[63] The trial judge was entitled to rely on trial counsel's framing of her proposed line of questioning. She did so and reasonably concluded that it was misleading to suggest that the security guard lied at trial and/or the preliminary inquiry by not telling the same story. That was a misleading characterization of the facts. As such, she was entitled to exercise her trial management power to curtail the proposed questions that, while not irrelevant, unfairly characterized the facts to the point that asking them would have been more distracting than informative (*John*, at para. 60). She did, however, allow trial counsel leeway to reframe her questions to ask the guard about his failing memory. This aspect of her ruling reveals no error.

[64] The second, and more problematic, aspect of the trial judge's ruling was her further restriction of any cross-examination about the security guard's preliminary inquiry testimony prior to his adoption of his police statement. This was an evidentiary ruling, reviewable on a correctness standard. It was incorrect for the judge to tell trial counsel she could not go "behind" the preliminary inquiry judge's ruling on past recollection recorded. Trial judges are not bound by evidentiary rulings made at the preliminary inquiry. More importantly, the guard's adoption of his police statement as true did not erase his different initial version of events. With respect, the trial judge erred in holding that there was no inconsistency trial counsel could probe, had she sought to do so. The remaining question is whether this error was fatal. In my view, it was not.

à l'image de sa déclaration à la police. Certes, il a fait un récit contraire à l'enquête préliminaire avant d'adopter sa déclaration à la police, mais l'avocate au procès ne cherchait pas à dévoiler les versions contradictoires données à l'enquête préliminaire. Elle laissait plutôt entendre qu'il avait dit seulement une chose à l'enquête préliminaire et le contraire au procès. Cela n'était tout simplement pas vrai.

[63] La juge du procès pouvait se fonder sur la description qu'avait donnée l'avocate au procès de la ligne d'interrogatoire qu'elle entendait suivre. Elle l'a fait et a raisonnablement conclu qu'il était trompeur de laisser entendre que le gardien de sécurité avait menti au procès ou à l'enquête préliminaire en ne faisant pas le même récit. Il s'agissait d'une qualification trompeuse des faits. Ainsi, elle était en droit d'exercer son pouvoir de gestion de l'instance pour restreindre les questions que l'avocate au procès souhaitait poser et qui, même si elles ne manquaient pas de pertinence, qualifiaient injustement les faits au point où les poser aurait été plus déroutant qu'informatif (*John*, par. 60). Elle a toutefois laissé de la latitude à l'avocate au procès pour qu'elle reformule ses questions et interroge le gardien à propos de sa mémoire défaillante. Cet aspect de sa décision ne contient aucune erreur.

[64] Le second aspect de la décision de la juge du procès, qui lui est plus problématique, concerne sa décision d'également interdire tout contre-interrogatoire quant à la portion du témoignage du gardien de sécurité lors de l'enquête préliminaire qui a été rendue avant qu'il n'adopte sa déclaration à la police. Cette décision relevait de la preuve, et elle peut être contrôlée en appliquant la norme de la décision correcte. La juge a eu tort de dire à l'avocate au procès qu'elle ne pouvait [TRADUCTION] « revenir en arrière », à avant la décision du juge de l'enquête préliminaire quant à l'enregistrement du souvenir. Le juge du procès n'est pas lié par les décisions en matière de preuve rendues lors de l'enquête préliminaire. Fait plus important, l'adoption par le gardien de sa déclaration à la police comme étant véridique n'a pas effacé sa version initiale différente des événements. Avec égards, la juge du procès a commis une erreur en décidant qu'il n'y avait aucune contradiction que l'avocate au procès aurait pu sonder, si elle avait cherché à le faire. Il reste donc à savoir si cette erreur a été fatale. À mon avis, elle ne l'a pas été.

D. *The Curative Proviso Applies*

[65] The curative proviso set out in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* allows a court of appeal to dismiss an appeal from conviction where “no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred”. The Crown may rely on the curative proviso where the error is harmless or trivial or where the evidence is so overwhelming that a conviction was inevitable (*R. v. Sekhon*, 2014 SCC 15, [2014] 1 S.C.R. 272, at para. 53). No one suggests that the evidence in this case was overwhelming; accordingly, our sole concern is whether the error was harmless or trivial, such that there is no reasonable possibility that the verdict would have been different had it not been made (*R. v. R.V.*, 2019 SCC 41, [2019] 3 S.C.R. 237, at para. 85; *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823, at para. 28).

[66] The Crown raised the curative proviso for the first time in oral submissions. Even though it was not raised in its factum, this does not necessarily bar its application. Appellate courts may apply the curative proviso if the Crown has implicitly raised it by arguing, in essence, that no substantial wrong or miscarriage of justice occurred or that the evidence of guilt is so overwhelming such that the verdict would have been the same (*R. v. Ajise*, 2018 SCC 51, [2018] 3 S.C.R. 301, at para. 1, aff’g 2018 ONCA 494, 361 C.C.C. (3d) 384, at para. 32; *R. v. Cole*, 2021 ONCA 759, at paras. 155-58 (CanLII); *R. v. Hudson*, 2020 ONCA 507, 391 C.C.C. (3d) 208, at para. 49). Though it would have been preferable had the Crown raised the proviso in its factum, I am satisfied that the content of its factum and the invocation of the proviso in oral argument allows this Court to consider it. There is no prejudice to Mr. Samaniego. Experienced appellate counsel representing him made submissions on the proviso in his main argument and again in reply. He did not submit that we should bar the Crown from raising it. In any event, even if he had, I would have granted leave to the Crown to do so in the interests of justice.

D. *La disposition réparatrice s’applique*

[65] La disposition réparatrice énoncée au sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* autorise une cour d’appel à rejeter l’appel d’une déclaration de culpabilité si « aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s’est produit ». La Couronne peut s’appuyer sur la disposition réparatrice lorsque l’erreur est inoffensive ou négligeable ou lorsque la preuve est à ce point accablante qu’une déclaration de culpabilité était inévitable (*R. c. Sekhon*, 2014 CSC 15, [2014] 1 R.C.S. 272, par. 53). Personne ne prétend que, dans la présente cause, la preuve était accablante. En conséquence, nous n’avons à trancher que la question de savoir si l’erreur était inoffensive ou négligeable, de sorte qu’il n’existe aucune possibilité raisonnable que le verdict eût été différent en l’absence de l’erreur (*R. c. R.V.*, 2019 CSC 41, [2019] 3 R.C.S. 237, par. 85; *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823, par. 28).

[66] La Couronne a invoqué pour la première fois la disposition réparatrice durant les plaidoiries orales. Son mémoire était muet à ce sujet, mais cela n’empêche pas nécessairement la disposition de s’appliquer. En effet, les cours d’appel peuvent l’appliquer si la Couronne l’a invoquée implicitement en plaidant essentiellement qu’il ne s’est produit aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ou encore que la preuve de la culpabilité est à ce point accablante que le verdict aurait été le même en l’absence de l’erreur (*R. c. Ajise*, 2018 CSC 51, [2018] 3 R.C.S. 301, par. 1, conf. 2018 ONCA 494, 361 C.C.C. (3d) 384, par. 32; *R. c. Cole*, 2021 ONCA 759, par. 155-158 (CanLII); *R. c. Hudson*, 2020 ONCA 507, 391 C.C.C. (3d) 208, par. 49). Bien qu’il ait été préférable que la Couronne invoque la disposition réparatrice dans son mémoire, je suis convaincu que la teneur de celui-ci ainsi que l’invocation de cette disposition lors de la plaidoirie orale autorisent la Cour à examiner son application. Monsieur Samaniego n’en subit aucun tort. L’avocat expérimenté qui a représenté ce dernier en appel a formulé des observations quant à la disposition réparatrice durant sa plaidoirie puis, de nouveau, dans sa réplique. Il n’a pas plaidé que nous devrions empêcher la Couronne de l’invoquer. D’ailleurs, même s’il l’avait fait, j’aurais autorisé la Couronne à le faire dans l’intérêt de la justice.

[67] In support of its position, the Crown submits that the incorrect curtailment of one line of questioning, designed to impeach the security guard's credibility, would not have impacted the result. Trial counsel was able to effectively challenge the guard's faulty memory on the point in issue — who dropped the gun and who picked it up — and used this to cast doubt on the overall credibility and reliability of the guard's evidence.

[68] Mr. Samaniego, on the other hand, submits that any improper curtailment of cross-examination in a case where credibility is the central issue should result in a new trial. Being prevented from pursuing a valuable line of inquiry to further his pivotal theory that the security guard was lying constitutes reversible error. With respect, I would not give effect to his submissions for three reasons.

[69] First, both in cross-examination and her closing address, trial counsel brought home to the jury, in no uncertain terms, the primary theory of Mr. Samaniego's defence, namely that the security guard was lying to protect his good friend, Mr. Serrano. Trial counsel vigorously and repeatedly attacked the guard's credibility in cross-examination. In total, she spent one and a half days challenging his credibility on virtually every facet of his evidence. On three occasions, she put the primary theory of Mr. Samaniego's defence directly to him. In the context of this lengthy cross-examination, one further opportunity to attack the guard's credibility would, in my view, have been all but inconsequential in advancing the primary theory of Mr. Samaniego's defence. There was no mystery about it; even Mr. Serrano's counsel and the Crown drew the jury's attention to it in their closing addresses. If the jury knew nothing else, they knew that Mr. Samaniego's defence hinged on undermining the credibility of the security guard by showing that he and Mr. Serrano were good friends and the guard was lying about Mr. Samaniego's involvement to protect Mr. Serrano.

[67] Au soutien de sa position, la Couronne fait valoir que la décision erronée de restreindre une ligne d'interrogatoire, qui visait à miner la crédibilité du gardien de sécurité, n'a pas eu d'incidence sur le résultat. L'avocate au procès a été en mesure de mettre en lumière efficacement la mémoire défaillante du gardien quant au sujet en cause — soit de savoir qui a laissé tomber l'arme à feu et qui l'a ramassée — et de s'en servir pour semer un doute quant à la crédibilité et la fiabilité de l'ensemble du témoignage du gardien.

[68] Pour sa part, M. Samaniego soutient que toute restriction mal fondée au contre-interrogatoire dans une cause où la crédibilité est une question centrale devrait donner lieu à la tenue d'un nouveau procès. Selon lui, le fait de l'avoir empêché de procéder à une ligne d'interrogatoire très utile pour démontrer sa théorie cruciale que le gardien de sécurité mentait constitue une erreur justifiant l'annulation de la décision. Avec égards, je ne ferais pas droit à ses arguments pour trois raisons.

[69] Premièrement, tant durant son contre-interrogatoire que dans son exposé final, l'avocate au procès a présenté au jury, en termes très clairs, la théorie principale de la défense de M. Samaniego, soit que le gardien de sécurité mentait pour protéger son bon ami, M. Serrano. L'avocate au procès a attaqué vigoureusement et à répétition la crédibilité du gardien durant le contre-interrogatoire. Au total, elle a consacré une journée et demie à attaquer sa crédibilité relativement à pratiquement toutes les facettes de son témoignage. À trois occasions, elle a présenté directement au gardien la théorie principale de la défense de M. Samaniego. Dans le contexte de ce long contre-interrogatoire, j'estime qu'une occasion supplémentaire d'attaquer la crédibilité du gardien n'aurait pour ainsi dire eu aucune incidence sur l'avancement de la théorie principale de la défense de M. Samaniego. Il n'y avait aucun mystère à ce sujet; même l'avocate de M. Serrano et l'avocate de la Couronne ont attiré l'attention du jury sur la question dans leurs exposés finaux. Si le jury ne savait qu'une chose, c'est que la défense de M. Samaniego reposait sur le fait de miner la crédibilité du gardien de sécurité en démontrant qu'il entretenait des liens d'amitié avec M. Serrano et qu'il mentait relativement à la participation de M. Samaniego pour protéger M. Serrano.

[70] The jury’s evident knowledge of the primary theory of Mr. Samaniego’s defence distinguishes this case from *Lyttle*, where the trial judge prohibited defence counsel from advancing their primary theory aimed at undermining the credibility of a key witness. Indeed, the judge threatened a mistrial if defence counsel ignored his ruling. On appeal to this Court, the line of questioning that Mr. Lyttle’s defence counsel sought to pursue was found to be proper. As such, the trial judge’s ruling effectively deprived Mr. Lyttle from presenting the primary theory of his defence to the jury. In those circumstances, it goes without saying that the proviso could not reasonably apply. That is a far cry from this case. Here, Mr. Samaniego was able to advance the primary theory of his defence without hindrance.

[71] Let me be clear. There is no categorical rule that any improper interference with cross-examination bars application of the proviso. I need look no further than this Court’s recent decision in *R. V.* Writing for a majority of the Court, Karakatsanis J. applied the proviso, despite finding that defence counsel’s cross-examination was improperly curtailed on a point that was highly relevant, and indeed critical, to defence counsel’s attack on the complainant’s credibility (paras. 7 and 98). As is the case here, Karakatsanis J. found that enough cross-examination was permitted — and occurred — which “allowed the defence to test the evidence with sufficient rigour” (para. 9). In both this case and *R. V.*, the triers of fact were well aware of the critical defence theory based on the questions defence counsel were allowed to ask (para. 98).

[72] Second, on the facts of this case, any possible prejudice arising from this single misstep by the trial judge would have been minimal. Had trial counsel been able to probe the security guard on his inconsistent accounts at the preliminary inquiry, in my view, this would not have furthered Mr. Samaniego’s primary theory; on the contrary, it would have worked against it.

[70] La connaissance manifeste par le jury de la théorie principale de la défense de M. Samaniego distingue la présente cause de l’affaire *Lyttle*, dans laquelle le juge du procès a interdit à l’avocate de la défense de présenter sa théorie principale qui visait à miner la crédibilité d’un témoin clé. En effet, dans cette affaire, le juge a menacé d’annuler le procès si l’avocate de la défense faisait fi de sa décision. En appel devant notre Cour, les questions que l’avocate de la défense de M. Lyttle cherchait à poser ont été jugées appropriées. Ainsi, dans les faits, la décision du juge du procès avait empêché M. Lyttle de présenter la théorie principale de sa défense au jury. Dans ces circonstances, il va sans dire que la disposition réparatrice ne pouvait pas raisonnablement s’appliquer. Cela n’a que peu à voir avec la présente cause. Ici, M. Samaniego a pu faire valoir la théorie principale de sa défense, sans entrave.

[71] Je souhaite toutefois apporter une précision. Aucune règle catégorique ne veut que quelque interférence inappropriée que ce soit dans le contre-interrogatoire empêche l’application de la disposition réparatrice. La décision récente de la Cour dans *R. V.* l’illustre clairement. Au nom des juges majoritaires de la Cour, le juge Karakatsanis a appliqué cette disposition, et ce, même si elle avait conclu que le contre-interrogatoire de l’avocat de la défense avait été indûment restreint quant à un point très pertinent, et même crucial, pour miner la crédibilité de la plaignante comme il cherchait à le faire (par. 7 et 98). Comme la Cour le conclut en l’espèce, le juge Karakatsanis a tranché que la portée du contre-interrogatoire qui a été autorisé — et qui a effectivement eu lieu — « a permis à la défense de vérifier la preuve avec suffisamment de rigueur » (par. 9). Tant en l’espèce que dans l’affaire *R. V.*, les juges des faits étaient bien informés de la théorie cruciale de la défense grâce aux questions que les avocats de la défense ont été autorisés à poser (par. 98).

[72] Deuxièmement, compte tenu des faits de la présente cause, tout tort susceptible de découler de cette unique erreur de la juge du procès aurait été minime. Si l’avocate au procès avait été en mesure d’interroger le gardien de sécurité relativement aux récits contradictoires qu’il a faits à l’enquête préliminaire, je suis d’avis que cela n’aurait pas favorisé la théorie principale de M. Samaniego; au contraire, cela lui aurait nui.

[73] At every step of the way, the security guard’s account of who dropped and picked up the gun served to incriminate Mr. Serrano, not vindicate him. Beginning with the police interrogation, had the guard wanted to protect Mr. Serrano, surely he would not have told the police that it was Mr. Serrano who dropped the gun in front of him and picked it up. Putting the gun in Mr. Serrano’s hand incriminated him. At the preliminary inquiry, the guard retreated from his initial testimony that he could not remember who dropped and picked up the gun; in its place, he adopted his police statement that it was Mr. Serrano who did so. Again, this did not help Mr. Serrano, it incriminated him. And finally at trial, the guard testified in accordance with his police statement — again incriminating Mr. Serrano. Viewed in this light, it is fanciful to think that Mr. Samaniego’s primary theory would have been furthered had trial counsel been allowed to probe the discrepancy about who dropped the gun and who picked it up.

[74] Finally, it is speculative to suggest that trial counsel would have even asked the security guard about why he gave two versions of events at the preliminary inquiry. At no point during the lengthy *voir dire* did trial counsel indicate that she wanted to ask this question. She repeatedly told the judge that her proposed questioning concerned the security guard’s failing memory between the preliminary inquiry and trial — questioning that the trial judge allowed. She focused on the fact that the guard adopted his police statement as past recollection recorded at the preliminary inquiry because he could not remember who dropped and picked up the gun, whereas at trial, he could remember. The trial judge allowed this questioning so long as trial counsel stayed away from the guard’s version of the events before the past recollection recorded ruling. In doing so, the judge was entitled to rely on trial counsel’s articulation of the purpose for the questions, without fear of being second-guessed on appeal.

[73] À chaque étape du processus, le récit du gardien de sécurité quant à l’identité de celui qui a laissé tomber et ramassé l’arme à feu a servi à incriminer M. Serrano, non à le disculper. D’abord, durant l’interrogatoire de la police, si le gardien avait voulu protéger M. Serrano, il n’aurait certainement pas affirmé que ce dernier était celui qui avait laissé tomber l’arme à feu devant lui et qui l’avait ensuite ramassée. Mettre l’arme à feu dans les mains de M. Serrano était incriminant pour celui-ci. Ensuite, lors de l’enquête préliminaire, le gardien est revenu sur son témoignage initial selon lequel il ne pouvait se souvenir de l’identité de celui qui avait laissé tomber puis ramassé l’arme à feu; il a plutôt adopté sa déclaration à la police que M. Serrano était celui qui l’avait fait. Encore une fois, cela n’a pas aidé M. Serrano, cela l’incriminait. Enfin, au procès, le gardien a rendu un témoignage semblable à sa déclaration à la police — incriminant M. Serrano une fois de plus. De ce point de vue, il est saugrenu de penser qu’il aurait été avantageux pour la théorie principale de M. Samaniego que l’avocate au procès soit autorisée à poser des questions quant aux divergences dans les récits du gardien relatives à l’identité de celui qui a laissé tomber l’arme à feu et de celui qui l’a ramassée.

[74] Enfin, suggérer que l’avocate au procès aurait même questionné le gardien de sécurité sur les raisons pour lesquelles il avait donné deux versions des événements lors de l’enquête préliminaire n’est que conjecture. Jamais durant le long *voir-dire* l’avocate au procès n’a-t-elle indiqué qu’elle souhaitait poser cette question. Elle a dit plusieurs fois à la juge que les questions qu’elle entendait poser concernaient la mémoire défaillante du gardien de sécurité entre l’enquête préliminaire et le procès — ce que la juge a autorisé. Elle s’est concentrée sur le fait que le gardien avait adopté sa déclaration à la police à titre d’enregistrement du souvenir lors de l’enquête préliminaire parce qu’il n’arrivait pas à se rappeler qui avait laissé tomber l’arme à feu puis l’avait ramassée, tandis que, au procès, il s’en souvenait. La juge du procès a autorisé cet interrogatoire dans la mesure où l’avocate au procès n’aborderait pas la version que le gardien a donnée des événements avant le prononcé de la décision sur l’enregistrement du souvenir. Ce faisant, la juge pouvait se fonder sur la description qu’avait donnée l’avocate au procès de l’objet des questions qu’elle entendait poser sans craindre que sa décision soit remise en cause en appel.

[75] While the judge should not have curtailed cross-examination on the security guard's version of events before the past recollection recorded ruling, there is no indication that trial counsel intended to ask such questions. It is speculative, at best, to suggest that she would likely have pursued this line of questioning when she made no attempt to do so at any point in her cross-examination.

[76] Mr. Samaniego was entitled to a fair trial, not a perfect trial (*R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, at para. 45). My colleagues refrain from deciding whether the trial judge erred in the other three impugned rulings. Instead, they focus on one mistake, arising out of one ruling, on one area of cross-examination — and maintain that Mr. Samaniego did not receive a fair trial. While one error may be enough in some circumstances to render a trial unfair, I am not persuaded that the single error here was enough. Viewed properly in the context of the trial as a whole, the jury had what they needed to infer that the guard may not have been telling the truth about who dropped the gun and who picked it up.

[77] My colleagues and I agree that an accused's right to cross-examination is a fundamental part of full answer and defence, but that this right is not unlimited (Côté and Rowe JJ.'s reasons, at para. 183). We also agree that the curative proviso can only rarely apply in cases where cross-examination has been improperly curtailed (para. 170; *R.V.*, at para. 86). But we part company as to whether this is one of those rare cases where the error was harmless and the proviso can apply. In my view, for the reasons I have provided in paras. 69-75, it is.

[78] Overall, I am satisfied that the judge's technical error caused no substantial wrong or miscarriage of justice. It is difficult to see how the prejudice alleged by Mr. Samaniego materialized. Trial counsel was able to vigorously challenge the security

[75] Même si la juge n'aurait pas dû restreindre le contre-interrogatoire du gardien de sécurité quant à la version des événements qui a été donnée avant le prononcé de la décision sur l'enregistrement du souvenir, rien n'indique que l'avocate au procès entendait poser de telles questions. Suggérer qu'elle l'aurait vraisemblablement fait alors qu'elle n'a rien tenté de la sorte durant son contre-interrogatoire relève, au mieux, de la conjecture.

[76] Monsieur Samaniego avait droit à un procès équitable, pas à un procès parfait (*R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, par. 45). Mes collègues s'abstiennent de décider si la juge du procès a commis une erreur en rendant les trois autres décisions contestées. Ils se concentrent plutôt sur une erreur, découlant d'une décision, sur un sujet du contre-interrogatoire, et ils soutiennent que M. Samaniego n'a pas eu droit à un procès équitable. Certes, une seule erreur peut suffire dans certaines circonstances pour rendre un procès inéquitable. Je ne suis toutefois pas persuadé que la seule erreur commise en l'espèce suffit. En considérant adéquatement le procès dans son ensemble, le jury disposait de ce dont il avait besoin pour inférer que le gardien n'avait peut-être pas dit la vérité quant à l'identité de la personne qui a laissé tomber l'arme à feu et de celle qui l'a ramassée.

[77] Mes collègues et moi convenons que le droit d'un accusé au contre-interrogatoire est un élément fondamental d'une défense pleine et entière, mais que ce droit n'est pas illimité (motifs des juges Côté et Rowe, par. 183). Nous nous entendons également pour dire que la disposition réparatrice ne peut s'appliquer que rarement dans les cas où le contre-interrogatoire a été indûment restreint (par. 170; *R.V.*, par. 86). Nous divergeons toutefois d'opinion quant à la question de savoir si la présente espèce constitue l'un de ces rares cas où l'erreur était inoffensive et où la disposition réparatrice peut s'appliquer. Selon moi, pour les motifs que j'ai exposés aux par. 69-75, c'est bel et bien le cas.

[78] Dans l'ensemble, je suis convaincu que l'erreur technique commise par la juge n'a causé aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave. Il est difficile de concevoir comment le tort allégué par M. Samaniego s'est concrétisé. L'avocate au procès

guard’s credibility and repeatedly emphasize the primary defence theory that he was lying to protect Mr. Serrano. Furthermore, there was no indication that she wanted to ask the questions improperly barred by the trial judge. Even if she did want to pursue the line of questioning barred by the judge, this would likely have undermined — rather than supported — the primary theory advanced by Mr. Samaniego. In the context of this trial, the trial judge’s error was harmless and would not have affected the outcome. There was no miscarriage of justice.

V. Disposition

[79] I would dismiss Mr. Samaniego’s appeal and affirm his conviction.

The reasons of Côté, Brown and Rowe JJ. were delivered by

CÔTÉ AND ROWE JJ. (dissenting) —

I. Introduction

[80] Trial judges have the authority to control the proceedings over which they preside. Through the exercise of their “trial management” powers, courts can promote efficient adjudication by controlling how parties present their case. But these trial management powers end where the law of evidence begins. Rulings on the admissibility of real or oral evidence, including rulings on permissible lines of cross-examination, are evidentiary decisions. The propriety of those rulings is governed by the rules of evidence, not the court’s trial management authority.

[81] As this case demonstrates, an overly broad and haphazard approach to trial management powers undermines trial predictability and consistency, and an accused’s right to make full answer and defence. Most litigation is a truth-seeking exercise. Cases typically turn on a dispute about the facts, not on

a été en mesure de contester vigoureusement la crédibilité du gardien de sécurité et a souligné à plusieurs reprises la teneur de la théorie principale de la défense, à savoir qu’il mentait pour protéger M. Serrano. En outre, rien n’indiquait qu’elle souhaitait poser les questions que la juge du procès a interdit à tort de poser. De plus, même si elle avait voulu poursuivre la ligne d’interrogatoire interdite par la juge, cela aurait vraisemblablement miné — plutôt que soutenu — la théorie principale plaidée par M. Samaniego. Dans le contexte du procès en cause ici, l’erreur commise par la juge du procès a été inoffensive et n’a pas eu d’incidence sur l’issue. Aucune erreur judiciaire n’a été commise.

V. Dispositif

[79] Je suis d’avis de rejeter l’appel de M. Samaniego et de confirmer sa déclaration de culpabilité.

Version française des motifs des juges Côté, Brown et Rowe rendus par

LES JUGES CÔTÉ ET ROWE (dissidents) —

I. Introduction

[80] Les juges de procès sont maîtres de la conduite des procédures qu’ils président. Par l’exercice de leurs pouvoirs « de gestion de l’instance », les tribunaux peuvent favoriser un processus décisionnel efficace en contrôlant comment les parties présentent leur preuve. Cependant, ces pouvoirs de gestion de l’instance prennent fin là où commence le droit de la preuve. Les décisions sur l’admissibilité d’une preuve matérielle ou testimoniale, notamment les décisions sur les lignes de questions permises en contre-interrogatoire, sont des décisions en matière de preuve. Le bien-fondé de ces décisions est régi par les règles de preuve, et non par les pouvoirs judiciaires de gestion de l’instance.

[81] Comme l’illustre le présent pourvoi, une approche trop large et peu méthodique à l’égard des pouvoirs de gestion de l’instance mine la prévisibilité et l’uniformité des procès et le droit de l’accusé de présenter une défense pleine et entière. La plupart des litiges ont pour objet la recherche de la vérité. Les affaires portent

disagreements about what the law requires. The rules of evidence outline how parties can establish the facts needed to build their case. In a predictable manner, it lets parties know what information they can present to support their case, how they can tender this information, and what use they can make of this information once admitted. These rules cannot be ignored because a trial judge is presiding over a difficult or complex case. Excluding relevant and material evidence under the guise of a trial judge's trial management powers creates legal uncertainty and undermines an accused's right to make full answer and defence. That is what occurred here.

[82] The appellant, Victor Samaniego, and his co-accused, Jose Patricio Serrano, were charged with possession of a loaded restricted firearm. The only issue at trial was who had possession of the gun outside of a nightclub. Mr. Samaniego and Mr. Serrano each ran a “cut-throat” defence, accusing the other of bringing the gun to the nightclub.

[83] The only evidence linking Mr. Samaniego to possession of the gun was the testimony of the nightclub's security guard. His credibility was the most important issue at trial.

[84] At trial, the trial judge made four impugned rulings during Mr. Samaniego's cross-examination of the security guard. For the purposes of this appeal, it is sufficient to consider only one of these rulings: the trial judge's exclusion of a prior inconsistent statement by the security guard made at the preliminary inquiry about who dropped and picked up the gun. At the preliminary inquiry, the security guard initially testified that he did not see who dropped and picked up the gun outside of the nightclub. At trial, he testified that Mr. Serrano dropped and picked up the gun. Mr. Samaniego sought to impugn the security guard's credibility with this inconsistency, but the trial judge prevented him from doing so. We do not discuss the other three impugned rulings, as it is unnecessary to do so.

généralement sur un différend quant aux faits, et non sur des désaccords quant à ce que prescrit le droit. Les règles de preuve indiquent comment les parties peuvent prouver les faits nécessaires pour bâtir leur cause. Cela permet aux parties de savoir quels éléments elles peuvent présenter à l'appui de leur position, comment elles peuvent présenter ces éléments et quelle utilisation elles peuvent en faire une fois qu'ils ont été admis. Ces règles ne peuvent être mises de côté sous prétexte que le juge du procès préside une affaire difficile ou complexe. Le fait d'exclure une preuve pertinente et substantielle, sous le couvert des pouvoirs de gestion de l'instance dont le juge du procès est investi, crée de l'incertitude sur le plan juridique et mine le droit de l'accusé à une défense pleine et entière. C'est ce qui s'est produit en l'espèce.

[82] L'appelant, Victor Samaniego, et son coaccusé, Jose Patricio Serrano, ont été inculpés de possession d'une arme à feu à autorisation restreinte chargée. La seule question en litige au procès était celle de savoir qui était en possession de l'arme à l'extérieur d'une boîte de nuit. Monsieur Samaniego et M. Serrano ont chacun présenté une défense « traîtresse », accusant l'autre d'avoir apporté l'arme à la boîte de nuit.

[83] La seule preuve liant M. Samaniego à la possession de l'arme à feu était le témoignage du gardien de sécurité de la boîte de nuit. Sa crédibilité était la question la plus importante au procès.

[84] Au procès, la juge a rendu quatre décisions contestées pendant le contre-interrogatoire du gardien de sécurité par M. Samaniego. Pour les besoins du présent pourvoi, il suffit d'examiner une seule de ces décisions : celle d'exclure une déclaration antérieure incompatible faite par le gardien de sécurité à l'enquête préliminaire, à propos de l'identité de la personne qui avait laissé tomber et ramassé l'arme à feu. À l'enquête préliminaire, le gardien de sécurité avait d'abord témoigné qu'il n'avait pas vu qui avait laissé tomber et ramassé l'arme à l'extérieur de la boîte de nuit. Au procès, il a témoigné que M. Serrano avait laissé tomber et ramassé l'arme. Monsieur Samaniego a cherché à attaquer la crédibilité du gardien de sécurité en invoquant cette contradiction, mais la juge du procès l'a empêché de le faire. Nous n'examinons pas les trois autres décisions contestées, car il est inutile de le faire.

[85] Mr. Samaniego and Mr. Serrano were both convicted. On appeal, Mr. Samaniego challenged the four mid-trial rulings, including the ruling above. A majority of the Court of Appeal dismissed the appeal. They labelled all of the trial judge's rulings as harmless "trial management" decisions. The dissenting judge disagreed. In his view, the impugned rulings were incorrect evidentiary decisions, not trial management decisions. Since these rulings deprived Mr. Samaniego of highly probative evidence, a new trial was necessary.

[86] We would allow the appeal. In our view, the trial management powers cannot be used to exclude relevant, material, and otherwise admissible evidence. The trial judge's ruling improperly prevented Mr. Samaniego from pursuing a highly relevant and material line of questioning. It was therefore an erroneous evidentiary ruling, not a trial management decision. Contrary to the trial judge's reasons, the fact that the security guard's police statement was admitted for the truth of its contents did not erase the security guard's initial inconsistent preliminary inquiry testimony. The trial judge erred by concluding otherwise.

[87] This error cannot be saved by the curative proviso. The error was significant. The Crown's case against Mr. Samaniego turned entirely on the security guard's credibility. Any inconsistency in the security guard's testimony was therefore highly relevant to Mr. Samaniego's defence. But an inconsistency going to the heart of the indictment — who had possession of the gun — was the most important type of testimonial inconsistency that defence counsel could hope to explore. This is especially so given the facts of this case, as the security guard's initial unwillingness to incriminate his friend, Mr. Serrano, at the preliminary inquiry until he was confronted with a contradictory police statement buttressed Mr. Samaniego's central defence theory: that the security guard was willing to testify falsely in order to protect Mr. Serrano.

[85] Monsieur Samaniego et M. Serrano ont tous deux été déclarés coupables. En appel, M. Samaniego a contesté les quatre décisions rendues à mi-procès, y compris la décision susmentionnée. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont rejeté l'appel. Elles ont qualifié toutes les décisions rendues par la juge du procès de décisions [TRADUCTION] « de gestion de l'instance » inoffensives. Le juge dissident n'était pas de cet avis. Selon lui, les décisions contestées étaient des décisions erronées en matière de preuve, et non pas des décisions de gestion de l'instance. Comme ces décisions privaient M. Samaniego d'une preuve ayant une grande valeur probante, un nouveau procès était nécessaire.

[86] Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi. Selon nous, les pouvoirs de gestion de l'instance ne sauraient être utilisés pour exclure une preuve pertinente, substantielle et par ailleurs admissible. La décision de la juge du procès a empêché à tort M. Samaniego de poursuivre une ligne de questions très pertinentes et substantielles. Il s'agissait donc d'une décision erronée en matière de preuve, et non d'une décision relative à la gestion de l'instance. Contrairement à ce qu'a affirmé la juge du procès dans ses motifs, le fait que la déclaration du gardien de sécurité à la police ait été admise comme preuve de la véracité de son contenu n'a pas eu pour effet d'effacer le témoignage initial incompatible qu'il avait livré à l'enquête préliminaire. La juge du procès a eu tort d'en conclure autrement.

[87] Cette erreur ne saurait être validée par la disposition réparatrice. L'erreur était importante. La preuve de la Couronne contre M. Samaniego reposait entièrement sur la crédibilité du gardien de sécurité. Toute contradiction dans le témoignage de ce dernier était donc fort pertinente pour la défense de M. Samaniego. Toutefois, une contradiction touchant au cœur de l'acte d'accusation — la question de savoir qui avait l'arme à feu en sa possession — constituait la plus importante contradiction que l'avocate de la défense pouvait espérer explorer. Cela est d'autant plus vrai compte tenu des faits de l'espèce, car la réticence initiale du gardien de sécurité à incriminer son ami, M. Serrano, lors de l'enquête préliminaire, et ce, jusqu'à ce qu'il soit confronté à une déclaration contradictoire à la police, était la thèse principale de la défense de M. Samaniego, c'est-à-dire que le gardien de sécurité était disposé à livrer un faux témoignage afin de protéger M. Serrano.

[88] The significant harm flowing from this error was not diminished by the fact that Mr. Samaniego could impugn the security guard's credibility in other ways. An effective cross-examination often involves a coordinated series of attacks that, cumulatively, undermine the witness's credibility. The right to make full answer and defence therefore entitles an accused to explore all inconsistencies and lines of credibility attack, within evidentiary limits. Mr. Samaniego was unfairly deprived of this right. The curative proviso is therefore inapplicable.

[89] It follows that we would set aside Mr. Samaniego's conviction and order a new trial.

II. Background

[90] Mr. Samaniego was charged with possession of a loaded restricted firearm, contrary to s. 95(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. He was jointly tried with Mr. Serrano, who was charged with the same offence. The trial took place with a jury and both men were convicted. The key issue at trial was whether one or both of the co-accused possessed the gun outside of a nightclub in Toronto.

[91] The events in question took place on August 17, 2015. Police were called and informed about a gun outside of a nightclub. When police arrived and approached Mr. Samaniego and Mr. Serrano, Mr. Serrano was in possession of the gun. Police observed Mr. Serrano throwing the gun away, but it was recovered shortly thereafter.

[92] The Crown's theory at trial was that Mr. Samaniego and Mr. Serrano went to the nightclub together, with Mr. Samaniego initially in possession of the gun. The Crown relied heavily on the testimony of the security guard at the nightclub. The security guard testified that he denied Mr. Samaniego entry due to a previous incident between the two and that, in response, Mr. Samaniego threatened him and lifted his shirt to reveal a gun in his waistband. The security guard

[88] Le préjudice considérable découlant de cette erreur n'a pas été diminué par le fait que M. Samaniego pouvait attaquer la crédibilité du gardien de sécurité d'autres façons. Un contre-interrogatoire efficace implique souvent une série coordonnée d'attaques qui, cumulativement, minent la crédibilité du témoin. Le droit à une défense pleine et entière permet donc à l'accusé d'explorer toutes les contradictions et tous les moyens de s'en prendre à la crédibilité, dans le respect des limites imposées par les règles de preuve. Monsieur Samaniego a été injustement privé de ce droit. La disposition réparatrice est donc inapplicable.

[89] Nous sommes donc d'avis d'annuler la déclaration de culpabilité prononcée contre M. Samaniego et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

II. Contexte

[90] Monsieur Samaniego a été accusé de possession d'une arme à feu à autorisation restreinte chargée, infraction prévue au par. 95(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. Il a été jugé conjointement avec M. Serrano, qui était accusé de la même infraction. Le procès a eu lieu devant un jury et les deux hommes ont été déclarés coupables. La question centrale au procès était de savoir si les deux coaccusés, ou l'un d'entre eux, étaient en possession de l'arme à l'extérieur d'une boîte de nuit à Toronto.

[91] Les événements en question ont eu lieu le 17 août 2015. Les policiers ont été appelés et informés qu'une arme à feu se trouvait à l'extérieur d'une boîte de nuit. Lorsque les policiers sont arrivés et se sont approchés de M. Samaniego et de M. Serrano, M. Serrano était en possession de l'arme. Les policiers ont vu M. Serrano jeter l'arme, mais celle-ci a été récupérée peu de temps après.

[92] Selon la théorie de la Couronne au procès, M. Samaniego et M. Serrano se sont rendus à la boîte de nuit ensemble, et c'est d'abord M. Samaniego qui avait l'arme en sa possession. La Couronne s'est fortement appuyée sur le témoignage du gardien de sécurité de la boîte de nuit. Ce dernier a témoigné qu'il a refusé l'entrée à M. Samaniego en raison d'un incident antérieur entre eux, et qu'en réponse, M. Samaniego l'a menacé et a remonté sa chemise

testified that Mr. Serrano then took possession of the gun from Mr. Samaniego. Mr. Serrano subsequently dropped the gun and picked it up, at which point the police were called.

[93] Mr. Samaniego and Mr. Serrano each ran a “cut-throat” defence, accusing the other of having brought the gun to the nightclub. Mr. Serrano’s position was that he took the gun away from Mr. Samaniego after the altercation with the security guard. Mr. Samaniego’s position was that he never had possession of the gun and that he did not even know about it until Mr. Serrano dropped it. Mr. Samaniego testified at the trial, while Mr. Serrano did not testify.

[94] The security guard’s testimony was crucial to the Crown’s case against Mr. Samaniego as well as Mr. Serrano’s defence. While the Crown tendered three surveillance clips that captured some of the events in question, none depicted Mr. Samaniego in possession of the gun. The security guard’s testimony was the only evidence at trial directly linking Mr. Samaniego to the gun.

[95] Mr. Samaniego’s defence therefore centred on undermining the security guard’s credibility. A key line of attack was Mr. Serrano and the security guard’s close personal relationship. Whereas the security guard and Mr. Samaniego had a history of animosity, the security guard and Mr. Serrano had been good friends for 10 years. Mr. Samaniego thus sought to establish that the security guard was giving biased and inaccurate testimony in order to protect his friend. Mr. Samaniego’s counsel also relied on the security guard’s police statement and his preliminary inquiry testimony, highlighting purported inconsistencies with his testimony at trial in order to undermine his credibility.

[96] Throughout the trial, the trial judge made a number of rulings that circumscribed defence counsel’s ability to challenge the credibility of the security guard on cross-examination. For the purposes of this appeal, it is sufficient to consider only one of

pour montrer qu’il portait une arme à feu à la ceinture. Le gardien de sécurité a ajouté que M. Serrano a alors pris possession de l’arme de M. Samaniego. Monsieur Serrano a subséquemment laissé tomber et ramassé l’arme, et c’est alors que les policiers ont été appelés.

[93] Monsieur Samaniego et M. Serrano ont chacun présenté une défense « traîtresse », accusant l’autre d’avoir apporté l’arme à feu à la boîte de nuit. Monsieur Serrano a soutenu avoir enlevé l’arme à M. Samaniego après l’altercation avec le gardien de sécurité. Monsieur Samaniego a fait valoir n’avoir jamais eu l’arme en sa possession et avoir même ignoré son existence jusqu’à ce que M. Serrano la laisse tomber. Monsieur Samaniego a témoigné au procès, alors que M. Serrano ne l’a pas fait.

[94] Le témoignage du gardien de sécurité était crucial pour la preuve de la Couronne contre M. Samaniego ainsi que pour la défense de M. Serrano. Bien que la Couronne ait présenté trois extraits de surveillance ayant capté certains des événements en question, aucun ne présentait M. Samaniego en possession de l’arme à feu. Le témoignage du gardien de sécurité était la seule preuve au procès qui liait directement M. Samaniego à l’arme.

[95] La défense de M. Samaniego consistait donc principalement à miner la crédibilité du gardien de sécurité. Un des principaux moyens invoqués était la relation personnelle étroite qui unissait M. Serrano et le gardien de sécurité. Alors que la relation entre le gardien de sécurité et M. Samaniego était déjà tumultueuse, le gardien de sécurité et M. Serrano avaient été bons amis pendant 10 ans. Monsieur Samaniego a donc cherché à établir que le gardien de sécurité livrait un témoignage partial et inexact afin de protéger son ami. L’avocate de M. Samaniego s’est également appuyée sur la déclaration du gardien de sécurité à la police et sur son témoignage à l’enquête préliminaire, mettant en évidence de prétendues contradictions avec son témoignage au procès afin de miner sa crédibilité.

[96] Tout au long du procès, la juge a rendu un certain nombre de décisions qui ont limité la capacité de l’avocate de la défense d’attaquer la crédibilité du gardien de sécurité en contre-interrogatoire. Pour les besoins du présent pourvoi, il suffit d’examiner une

these rulings: the trial judge's exclusion of a prior inconsistent statement by the security guard made at the preliminary inquiry about who dropped and picked up the gun.

Exclusion of the Preliminary Inquiry Testimony About Who Had the Gun

[97] At the preliminary inquiry, the security guard initially testified that he did not see who dropped the gun or who picked it up afterward. In his examination-in-chief, the Crown asked where the gun fell from. The security guard answered: "I did not see it exactly. Both of them were there. Like, so, I don't know" (R.R., vol. I, at p. 20).

[98] The security guard maintained this position the following day at the preliminary inquiry, even after being furnished with his police statement. When the Crown resumed questioning about who picked up the gun after it fell, the security guard reiterated that he "didn't see exactly who was the one holding the gun. Or rather, had the — the gun" (p. 24). The Crown asked whether he observed either of the two individuals do anything with the gun after it fell. He answered: "No. No, I didn't see anything. I don't know what they did with it. I — I don't know" (p. 24). The Crown asked specifically whether anything in his police statement refreshed his memory about the details of what happened after the gun fell. He answered: "No, it's the same thing. I — I did not see exactly where it came from or what happened. I mean, I do not know what happened with the gun once it was picked up. I don't know" (pp. 24-25). Again, the Crown asked who picked up the gun. He answered: "I don't know exactly because the one who was threaten[ing] me, this is the one I have a problem with. This is the one I was focussing on" (p. 25).

[99] This testimony was inconsistent with the security guard's police statement, which was taken shortly after the incident. That statement indicated

seule de ces décisions : celle d'exclure une déclaration antérieure incompatible faite par le gardien de sécurité à l'enquête préliminaire à propos de l'identité de la personne qui avait laissé tomber et ramassé l'arme.

Exclusion du témoignage livré à l'enquête préliminaire à propos de l'identité de la personne qui avait l'arme à feu

[97] À l'enquête préliminaire, le gardien de sécurité a d'abord témoigné qu'il n'avait pas vu qui avait laissé tomber l'arme à feu ou qui l'avait ramassée par la suite. Pendant son interrogatoire principal, la Couronne lui a demandé d'où l'arme était tombée. Le gardien de sécurité a répondu : [TRADUCTION] « Je ne l'ai pas vu exactement. Les deux étaient là. Ça fait que, je ne le sais pas » (d.i., vol. I, p. 20).

[98] Le gardien de sécurité a maintenu cette position le lendemain à l'enquête préliminaire, même après qu'on lui eut fourni sa déclaration à la police. Quand la Couronne a repris son interrogatoire sur l'identité de la personne qui avait ramassé l'arme à feu après qu'elle fut tombée, le gardien de sécurité a répété qu'il [TRADUCTION] « n'avait pas vu exactement qui tenait l'arme à feu. Ou plutôt, qui avait le — l'arme » (p. 24). La Couronne lui a demandé s'il avait vu l'un ou l'autre des deux individus faire quoi que ce soit avec l'arme après qu'elle est tombée. Il a répondu : [TRADUCTION] « Non. Non, je n'ai rien vu. Je ne sais pas ce qu'ils ont fait avec. Je — Je ne sais pas » (p. 24). La Couronne lui a demandé précisément si quoi que ce soit dans sa déclaration à la police lui avait rafraîchi la mémoire à propos de ce qui s'était passé après que l'arme fut tombée. Il a répondu : [TRADUCTION] « Non, c'est la même chose. Je — Je n'ai pas vu exactement d'où elle est venue ou ce qui s'est passé. Je veux dire que, je ne sais pas ce qui s'est passé avec l'arme à feu une fois qu'elle a été ramassée. Je ne sais pas » (p. 24-25). Encore une fois, la Couronne a demandé qui avait ramassé l'arme. Il a répondu : [TRADUCTION] « Je ne le sais pas exactement, parce que la personne qui me menaçait, c'est avec elle que j'ai un problème. C'est sur elle que je portais mon attention » (p. 25).

[99] Ce témoignage était incompatible avec la déclaration du gardien de sécurité à la police, recueillie peu de temps après l'incident. Selon cette déclaration,

that Mr. Serrano dropped and picked up the gun. The security guard's statement described two men who came to the nightclub: one who was wearing a baseball hat and the other who was not allowed to come in because the security guard had previously had an incident with him. The security guard's police statement stated that the "guy with [the] baseball hat dropped the gun on the floor. He looked at me, picked up the gun and walk[ed] south of Rivalda Rd." (p. 3). There is no dispute that Mr. Serrano was the man wearing a baseball hat.

[100] In light of the contradiction between the security guard's police statement and his preliminary inquiry testimony, the Crown successfully brought an application to have the security guard's police statement — in which he said Mr. Serrano dropped and picked up the gun — admitted at the preliminary inquiry pursuant to the "past recollection recorded" exception to the hearsay rule.

[101] At trial, the security guard testified consistently with his police statement and said that Mr. Serrano dropped and picked up the gun. When Mr. Samaniego's counsel sought to cross-examine the security guard on his initial inconsistent preliminary inquiry testimony, the Crown and Mr. Serrano's counsel objected. During the subsequent *voir dire*, the trial judge was alerted to the inconsistency between the security guard's preliminary inquiry evidence and his trial evidence. The trial judge agreed that there was an inconsistency. The jury and witness were recalled and Mr. Samaniego's counsel resumed her questioning of the security guard. She asked the security guard about his initial preliminary inquiry evidence. After reading out portions of his preliminary inquiry testimony, Mr. Samaniego's counsel asked the security guard: "So, sir, my question to you, why did you not tell what you're telling us today or yesterday?" (R.R., vol. III, at p. 55).

M. Serrano avait laissé tomber et ramassé l'arme. La déclaration du gardien de sécurité décrivait deux hommes qui étaient venus à la boîte de nuit : l'un portait une casquette de baseball et l'autre s'était vu refuser l'entrée parce que le gardien de sécurité avait eu un incident avec lui dans le passé. Dans sa déclaration à la police, le gardien de sécurité a affirmé que [TRADUCTION] « le type avec la casquette de baseball a laissé tomber l'arme à feu au sol. Il m'a regardé, il a ramassé l'arme et il a marché vers le sud de Rivalda Rd. » (p. 3). Nul ne conteste que M. Serrano est l'homme qui portait une casquette de baseball.

[100] Compte tenu de la contradiction entre la déclaration du gardien de sécurité à la police et son témoignage à l'enquête préliminaire, la Couronne a eu gain de cause dans sa demande pour que la déclaration du gardien de sécurité à la police — dans laquelle celui-ci a affirmé que M. Serrano avait laissé tomber et ramassé l'arme — soit admise à l'enquête préliminaire sur le fondement de l'exception à la règle du ouï-dire que constitue l'« enregistrement du souvenir ».

[101] Au procès, le gardien de sécurité a livré un témoignage compatible avec sa déclaration à la police, et a affirmé que M. Serrano avait laissé tomber et ramassé l'arme à feu. Quand l'avocate de M. Samaniego a cherché à contre-interroger le gardien de sécurité sur le témoignage initial incompatible qu'il avait donné à l'enquête préliminaire, la Couronne et l'avocate de M. Serrano ont formulé une objection. Au cours du *voir-dire* qui a suivi, la juge du procès a été avisée de la contradiction entre le témoignage que le gardien de sécurité avait livré à l'enquête préliminaire et celui qu'il avait donné au procès. La juge a reconnu qu'il y avait une contradiction. Le jury et le témoin ont été rappelés et l'avocate de M. Samaniego a repris son interrogatoire du gardien de sécurité. Elle a interrogé le gardien de sécurité sur son témoignage initial à l'enquête préliminaire. Après avoir lu à haute voix des extraits de cette déposition, l'avocate de M. Samaniego lui a posé la question suivante : [TRADUCTION] « Alors, Monsieur, je vous le demande, pourquoi n'avez-vous pas dit ce que vous nous dites aujourd'hui ou ce que vous nous avez dit hier? » (d.i., vol. III, p. 55).

[102] The Crown again objected, asserting that the question was unfair because the witness had subsequently adopted his police statement at the preliminary inquiry. The jury and witness were excused again for another *voir dire*. The trial judge inquired further about the preliminary inquiry judge's ruling, learning that the preliminary inquiry judge determined that the security guard had a genuine memory loss and admitted the police statement on this point for the truth of its contents. The trial judge then reasoned that this line of cross-examination was unfair, as there was no inconsistency with his preliminary inquiry testimony and his trial testimony (because the security guard eventually adopted his police statement during his preliminary inquiry testimony). She ruled that defence counsel could not put the prior inconsistent statement to the witness.

[103] Defence counsel protested the ruling. She maintained that she was entitled to challenge the security guard on his purported lack of memory. She also explained, in response to further questions from the trial judge, that the line of questioning was relevant because it suggested that the security guard initially refused to give incriminating testimony against Mr. Serrano. Specifically, defence counsel explained that the security guard's initial testimony at the preliminary inquiry showed that he "refused to identify the — who the person who dropped the gun but now he's able to recall directly" (R.R., vol. III, at pp. 74-75). Nevertheless, the trial judge refused to allow defence counsel to pursue this line of questioning on the grounds that it would undercut the preliminary inquiry judge's ruling. She reiterated that this issue had already been addressed by the preliminary inquiry judge and held that while Mr. Samaniego's counsel could ask about the security guard's memory loss generally, counsel could not "go to the specifics of what [the security guard] said before that application was made" (p. 75).

[102] La Couronne a encore une fois formulé une objection, faisant valoir que la question était injuste parce que le témoin avait subséquemment adopté, à l'enquête préliminaire, sa déclaration à la police. Le jury et le témoin ont été invités de nouveau à se retirer pour la tenue d'un autre voir-dire. La juge du procès a fait un examen plus poussé de la décision du juge de l'enquête préliminaire, apprenant que celui-ci avait d'une part conclu que le gardien de sécurité avait eu un véritable trou de mémoire et avait d'autre part admis la déclaration à la police sur ce point comme preuve de la véracité de son contenu. La juge a ensuite estimé que cette avenue de contre-interrogatoire était injuste, car il n'y avait aucune contradiction entre le témoignage du gardien à l'enquête préliminaire et son témoignage au procès (parce que le gardien de sécurité avait fini par adopter, pendant son témoignage à l'enquête préliminaire, sa déclaration à la police). Elle a statué que l'avocate de la défense ne pouvait pas opposer au témoin la déclaration antérieure incompatible.

[103] L'avocate de la défense a contesté cette décision. Elle a fait valoir qu'elle avait le droit de demander des explications au gardien de sécurité sur sa prétendue absence de mémoire. Elle a en outre expliqué, en réponse à d'autres interrogations de la juge du procès, que les questions étaient pertinentes puisqu'elles suggéraient que le gardien de sécurité avait d'abord refusé de livrer un témoignage incriminant contre M. Serrano. Plus particulièrement, l'avocate de la défense a expliqué que le témoignage initial du gardien de sécurité à l'enquête préliminaire indiquait qu'il avait [TRADUCTION] « refusé d'identifier le — la personne qui avait laissé tomber l'arme à feu, mais que maintenant, il pouvait s'en rappeler immédiatement » (d.i., vol. III, p. 74-75). Néanmoins, la juge du procès a refusé de permettre à l'avocate de la défense de poser ces questions, au motif qu'elles mineraient la décision du juge de l'enquête préliminaire. Elle a répété que le juge de l'enquête préliminaire s'était déjà penché sur ce point et a statué que même si l'avocate de M. Samaniego pouvait s'enquérir de l'absence de mémoire du gardien de sécurité de façon générale, elle ne pouvait pas [TRADUCTION] « entrer dans les détails de ce que [le gardien de sécurité] avait dit avant la présentation de cette requête » (p. 75).

[104] The jury was then recalled and given a mid-trial jury instruction to disregard any inconsistency between the security guard’s preliminary inquiry and trial testimony. The trial judge explained that the security guard needed to have his memory refreshed at the preliminary inquiry and that he adopted his police statement. She charged the jury that, because the police statement was adopted as the security guard’s evidence at the preliminary inquiry, “any reference made by [Mr. Samaniego’s counsel] today to the preliminary inquiry evidence about [the security guard’s] uncertainty about who he saw holding the gun, must be completely disregarded by you and must have no part in your consideration or deliberation about this case”: pp. 83-84 (emphasis added). This was repeated in the charge to the jury at the end of trial.

[105] The jury convicted both Mr. Samaniego and Mr. Serrano.

[106] Mr. Samaniego appealed his conviction to the Court of Appeal for Ontario. The trial judge’s ruling preventing him from cross-examining the security guard on this inconsistency formed one of his main grounds of appeal. For the purposes of this appeal, we will refer to this issue as the “Inconsistent Possession Testimony”.

III. Decision Below (2020 ONCA 439, 151 O.R. (3d) 449)

A. *Benotto J.A. (Thorburn J.A. Concurring)*

[107] A majority of the Court of Appeal dismissed the appeal. In their view, all the impugned mid-trial rulings were discretionary trial management decisions and entitled to deference. Since none of these decisions “deprive[d] the appellant of material evidence necessary for his defence”, there was no need for a new trial: para. 1.

[104] Le jury a alors été rappelé et s’est vu donner une directive de mi-procès, soit de faire abstraction de toute contradiction entre le témoignage du gardien de sécurité à l’enquête préliminaire et son témoignage au procès. La juge du procès a expliqué que le gardien de sécurité avait dû se faire rafraîchir la mémoire à l’enquête préliminaire et qu’il avait adopté sa déclaration à la police. La juge a donné au jury la directive selon laquelle, comme la déclaration à la police a été adoptée pour valoir comme témoignage du gardien de sécurité à l’enquête préliminaire, [TRADUCTION] « vous devez faire complètement abstraction et ne tenir aucunement compte dans votre examen ou vos délibérations en l’espèce de toute mention faite aujourd’hui, par [l’avocate de M. Samaniego], du témoignage à l’enquête préliminaire en ce qui a trait à l’incertitude [du gardien de sécurité] quant à l’identité de la personne qu’il a vue tenir l’arme à feu » : p. 83-84 (nous soulignons). Cette directive a été répétée dans l’exposé au jury au terme du procès.

[105] Le jury a déclaré M. Samaniego et M. Serrano tous deux coupables.

[106] Monsieur Samaniego a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité à la Cour d’appel de l’Ontario. La décision de la juge du procès de l’empêcher de contre-interroger le gardien de sécurité sur cette contradiction constituait un de ses principaux moyens d’appel. Pour les besoins du présent pourvoi, nous désignerons cette question comme étant celle du « témoignage contradictoire quant à la possession ».

III. Décision de l’instance inférieure (2020 ONCA 439, 151 O.R. (3d) 449)

A. *La juge Benotto (avec l’accord de la juge Thorburn)*

[107] Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont rejeté l’appel. Selon elles, toutes les décisions de mi-procès contestées étaient des décisions discrétionnaires de gestion de l’instance et commandaient la déférence. Comme aucune de ces décisions n’avait [TRADUCTION] « privé l’appelant d’une preuve substantielle nécessaire à sa défense », il n’y avait pas lieu de tenir un nouveau procès : par. 1.

[108] The majority found no issue with the trial judge's Inconsistent Possession Testimony ruling for three reasons. First, defence counsel framed her questions as going to memory, rather than an attack on the security guard's credibility. Second, the police statement formed part of the security guard's testimony at the preliminary inquiry. Therefore, the security guard "gave the same testimony at trial as he did at the preliminary inquiry": para. 41. Third, this ruling did not result in any trial unfairness. Mr. Samaniego could explore other inconsistencies in the security guard's testimony. He could also explore the suggestion that the security guard's testimony was tailored to assist Mr. Serrano at other points in the trial.

B. *Paciocco J.A. (Dissenting)*

[109] Paciocco J.A. would have allowed the appeal, set aside the conviction, and ordered a new trial. He disagreed with the majority's characterization of the impugned rulings as trial management decisions. In his view, the impugned rulings were all evidentiary rulings governed by the law of evidence. As the impugned rulings were legally incorrect and deprived Mr. Samaniego of probative evidence that could undermine the security guard's credibility, a new trial was necessary.

[110] On the Inconsistent Possession Testimony ruling, Paciocco J.A. concluded that the trial judge erred by preventing defence counsel from exploring this inconsistency. The inconsistency in the security guard's testimony was plain. The security guard testified at the preliminary inquiry that he did not see who had the gun. At trial, he said that Mr. Serrano was the one who dropped and picked it up. This inconsistency was not erased by the subsequent adoption of the police statement at the preliminary inquiry. The trial judge was not bound by the preliminary inquiry

[108] Les juges majoritaires n'ont rien eu à reprocher à la décision rendue par la juge du procès en ce qui a trait au témoignage contradictoire quant à la possession, et ce, pour trois raisons. Premièrement, l'avocate de la défense avait formulé ses questions comme se rapportant à la mémoire, plutôt que comme une attaque contre la crédibilité du gardien de sécurité. Deuxièmement, la déclaration à la police faisait partie du témoignage du gardien de sécurité à l'enquête préliminaire. En conséquence, le gardien de sécurité [TRADUCTION] « a livré le même témoignage au procès que celui qu'il a donné à l'enquête préliminaire » : par. 41. Troisièmement, cette décision n'a pas rendu le procès inéquitable. Il était loisible à M. Samaniego d'explorer d'autres contradictions dans le témoignage du gardien de sécurité. Il pouvait en outre explorer la suggestion selon laquelle le témoignage du gardien de sécurité avait été conçu pour aider M. Serrano à d'autres étapes du procès.

B. *Le juge Paciocco (dissident)*

[109] Le juge Paciocco était d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler la déclaration de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Il n'a pas souscrit à l'opinion des juges majoritaires selon laquelle les décisions contestées constituaient des décisions de gestion de l'instance. Selon lui, les décisions contestées étaient toutes des décisions en matière de preuve, lesquelles sont régies par le droit de la preuve. Puisque les décisions contestées étaient erronées en droit et qu'elles avaient privé M. Samaniego d'une preuve probante susceptible de miner la crédibilité du gardien de sécurité, la tenue d'un nouveau procès était nécessaire.

[110] Pour ce qui est de la décision sur le témoignage contradictoire quant à la possession, le juge Paciocco a conclu que la juge du procès avait eu tort d'empêcher l'avocate de la défense d'explorer cette contradiction. La contradiction dans le témoignage du gardien de sécurité était manifeste. À l'enquête préliminaire, ce dernier a témoigné qu'il n'avait pas vu qui avait l'arme à feu. Au procès, il a dit que M. Serrano était la personne qui l'avait laissée tomber et ramassée. Cette contradiction n'a pas été effacée par l'adoption subséquente, à l'enquête préliminaire,

judge's evidentiary ruling and she erred by resting her decision on this basis.

[111] Paciocco J.A. also disagreed with the majority's conclusion that defence counsel framed her questions as going solely to memory. Although it could have been better expressed, defence counsel was clearly trying to establish that the security guard's initial preliminary inquiry testimony was a deliberate choice to protect Mr. Serrano, not a situation of genuine memory loss. This was evident from defence counsel's explanation of the relevance of the questioning, where she said it showed that the security guard initially "refused to identify" who dropped the gun. This was also clear from defence counsel's overall trial strategy: establish that the security guard was testifying falsely to assist his friend, Mr. Serrano.

IV. Parties' Submissions

A. *Appellant, Mr. Samaniego*

[112] Mr. Samaniego submits that the trial judge made incorrect evidentiary rulings that deprived him of the ability to mount a full defence. The majority of the Court of Appeal improperly saved these rulings by concluding that they were trial management decisions and entitled to appellate deference. These were evidentiary rulings. Their propriety needed to be assessed against the law of evidence.

[113] The trial judge made two errors in her ruling on the Inconsistent Possession Testimony. First, she incorrectly concluded that the security guard's initial inconsistent statement was erased by his subsequent adoption of the police statement. Second, she incorrectly concluded that she was bound by the preliminary inquiry judge's evidentiary ruling.

de la déclaration à la police. La juge du procès n'était pas liée par la décision en matière de preuve rendue par le juge de l'enquête préliminaire et elle a eu tort d'appuyer sa décision sur ce fondement.

[111] Le juge Paciocco n'a pas souscrit non plus à la conclusion des juges majoritaires selon laquelle l'avocate de la défense avait formulé ses questions comme se rapportant uniquement à la mémoire. Bien qu'elle eût pu mieux l'exprimer, l'avocate de la défense tentait manifestement d'établir que le témoignage initial du gardien de sécurité à l'enquête préliminaire était un choix délibéré pour protéger M. Serrano, et non pas une situation de véritable perte de mémoire. C'est ce qui ressort de l'explication fournie par l'avocate de la défense quant à la pertinence des questions, où elle a mentionné que cela démontrait que le gardien de sécurité avait d'abord [TRADUCTION] « refusé d'identifier » qui avait laissé tomber l'arme. C'est également ce qui ressort de l'ensemble de la stratégie de l'avocate de la défense au procès, à savoir établir que le gardien de sécurité livrait un faux témoignage pour aider son ami, M. Serrano.

IV. Prétentions des parties

A. *L'appelant, M. Samaniego*

[112] Monsieur Samaniego prétend que la juge du procès a rendu des décisions erronées en matière de preuve qui l'ont empêché de présenter une défense pleine et entière. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont validé à tort ces décisions en concluant qu'il s'agissait de décisions de gestion de l'instance et qu'elles commandaient la déférence en appel. Il s'agissait plutôt de décisions en matière de preuve. Leur bien-fondé devait être apprécié au regard du droit de la preuve.

[113] La juge du procès a commis deux erreurs dans sa décision sur le témoignage contradictoire quant à la possession. Premièrement, elle a conclu à tort que la déclaration incompatible initiale du gardien de sécurité avait été effacée par son adoption subséquente de la déclaration à la police. Deuxièmement, elle a statué à tort qu'elle était liée par la décision en matière de preuve rendue par le juge de l'enquête préliminaire.

[114] The Court of Appeal erred by saving this ruling on the grounds that no unfairness resulted from this decision. While the trial judge allowed defence counsel to ask the security guard about his lack of memory in general terms, that was not enough for an effective cross-examination. An effective cross-examination needs to refer to specific inconsistencies, not general questions.

B. *Intervener, the Criminal Lawyers' Association (Ontario)*

[115] The Criminal Lawyers' Association (Ontario) ("CLAO") intervenes and asks this Court to provide guidance on the scope of a trial judge's trial management powers. The CLAO is concerned with what it sees as a growing trend, exemplified by the Court of Appeal's majority reasons, to expand trial management powers and blend them with a trial judge's power to make evidentiary rulings. It asks that this Court hold that trial management powers end where the rules of evidence begin.

C. *Respondent, the Crown*

[116] The Crown submits that the trial judge's impugned rulings were all properly grounded in the "undisputed authority of the trial judge to manage the trial" and curtail improper cross-examination: R.F., at para. 25. There were no errors in her reasons. The rulings were based on the record as it was unfolding and on the submissions made by defence counsel, which both the majority and the dissenting judge found confusing and unfocused. The rulings need to be assessed with this context in mind.

[117] There was no error in the trial judge's Inconsistent Possession Testimony ruling. Defence counsel did not clearly articulate that she was trying to highlight inconsistencies in the security guard's testimony with the line of questioning. The trial judge simply

[114] La Cour d'appel a commis une erreur en validant cette décision au motif qu'elle n'avait entraîné aucune iniquité. Bien que la juge du procès ait autorisé l'avocate de la défense à interroger le gardien de sécurité sur son absence de mémoire de manière générale, cela n'était pas suffisant pour lui permettre de mener un contre-interrogatoire efficace. Un contre-interrogatoire efficace doit exposer des contradictions précises, il ne suffit pas de poser des questions générales.

B. *L'intervenante, la Criminal Lawyers' Association (Ontario)*

[115] La Criminal Lawyers' Association (Ontario) (« CLAO ») intervient et demande à notre Cour de préciser l'étendue des pouvoirs de gestion de l'instance dont le juge du procès est investi. La CLAO est préoccupée par ce qu'elle perçoit être une tendance grandissante, illustrée par les motifs des juges majoritaires de la Cour d'appel, d'étendre les pouvoirs de gestion de l'instance et de les amalgamer au pouvoir du juge du procès de rendre des décisions en matière de preuve. Elle demande à notre Cour de statuer que les pouvoirs de gestion de l'instance prennent fin là où commencent les règles de preuve.

C. *L'intimée, la Couronne*

[116] La Couronne prétend que les décisions contestées rendues par la juge du procès étaient toutes adéquatement fondées sur [TRADUCTION] « la compétence incontestée de la juge du procès de gérer l'instance » et de restreindre un contre-interrogatoire inapproprié : m.i., par. 25. Ses motifs n'étaient entachés d'aucune erreur. Les décisions étaient fondées sur le dossier à mesure qu'il évoluait et sur les observations présentées par l'avocate de la défense, lesquelles étaient déroutantes et vagues, tant de l'avis des juges majoritaires que de celui du juge dissident. Les décisions doivent être appréciées en gardant ce contexte en tête.

[117] La décision rendue par la juge du procès en ce qui a trait au témoignage contradictoire quant à la possession ne comportait aucune erreur. L'avocate de la défense n'a pas dit clairement que la ligne de questions visait à mettre en évidence des contradictions

intervened to clarify the record after defence counsel inaccurately summarized the evidence at the preliminary inquiry. The trial judge was entitled to intervene on this basis.

[118] The Crown also rejects the CLAO’s position that trial management powers and evidentiary rulings are separate and distinct concepts. These powers often overlap. For example, trial judges can limit vexatious, abusive, repetitive, misleading, or overly lengthy cross-examination through their trial management powers. These rulings, however, inevitably curtail cross-examination on evidence that would otherwise be admissible. It is therefore impractical to create silos between these two powers. The Crown asks this Court to affirm the current state of the law, which it reads as recognizing some inevitable overlap between trial management powers and evidentiary rulings.

[119] Finally, the Crown submits that this Court does not have jurisdiction to hear this appeal. To engage this Court’s jurisdiction under s. 691(1)(a) of the *Criminal Code*, there must be a disagreement on a “question of law” between the majority and a dissenting judge at a court of appeal that impacted the disposition of the appeal. The dispute between the majority and the dissenting judge at the Court of Appeal in this case does not raise a question of law. Their disagreement revolves around their respective assessment of the factual record underpinning the trial judge’s rulings.

V. Issues on Appeal

[120] The following issues must be considered in this appeal:

- A. Does this appeal raise a question of law such that this Court has jurisdiction to hear the matter?
- B. Did the majority of the Court of Appeal err in finding that the trial judge’s Inconsistent

dans le témoignage du gardien de sécurité. La juge du procès est simplement intervenue pour faire une mise au point après que l’avocate de la défense eut résumé de manière inexacte le témoignage livré à l’enquête préliminaire. La juge du procès avait le droit d’intervenir sur ce fondement.

[118] La Couronne rejette également la prétention de la CLAO selon laquelle les pouvoirs de gestion de l’instance et les décisions en matière de preuve sont des notions séparées et distinctes. Ces pouvoirs se chevauchent souvent. Par exemple, les juges de procès peuvent limiter un contre-interrogatoire vexatoire, abusif, répétitif, trompeur ou trop long au moyen de leurs pouvoirs de gestion de l’instance. Cependant, ces décisions restreignent inévitablement le contre-interrogatoire quant à une preuve qui serait admissible par ailleurs. Il est donc impossible de cloisonner ces deux pouvoirs. La Couronne demande à notre Cour de confirmer l’état actuel du droit qui, selon son interprétation, reconnaît un certain chevauchement inévitable entre les pouvoirs de gestion de l’instance et les décisions en matière de preuve.

[119] Enfin, la Couronne prétend que notre Cour n’a pas juridiction pour entendre le présent pourvoi. Pour faire intervenir la juridiction de la Cour en application de l’al. 691(1)a) du *Code criminel*, il doit y avoir désaccord sur une « question de droit » entre les juges majoritaires et le juge dissident d’une cour d’appel, lequel a eu une incidence sur l’issue de l’appel. Le désaccord entre les juges majoritaires et le juge dissident à la Cour d’appel en l’espèce ne soulève pas de question de droit. Il porte sur leur appréciation respective de la preuve qui sous-tend les décisions de la juge du procès.

V. Questions en litige

[120] Les questions suivantes doivent être examinées dans le présent pourvoi :

- A. Le présent pourvoi soulève-t-il une question de droit de sorte que la Cour a juridiction pour entendre l’affaire?
- B. Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont-elles commis une erreur en concluant que la décision

Possession Testimony ruling was a proper exercise of her trial management powers and subject to deference?

- C. Did the majority of the Court of Appeal err in finding that the impugned ruling did not impact trial fairness, such that a new trial is warranted?

VI. Analysis

- A. *Issue 1: This Court Has Jurisdiction to Hear the Appeal*

[121] This Court has jurisdiction to hear this appeal. The Crown argues that the propriety of judicial interventions in a cross-examination does not raise a question of law alone, and therefore this Court does not have jurisdiction: *Fanjoy v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 233, at pp. 238-39; *R. v. Khanna*, 2016 ONCA 39, at para. 9 (CanLII).

[122] We would reject this submission. In *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381, this Court adopted a generous approach to jurisdiction, holding that the application of a legal standard to the facts of the case raises a question of law: para. 23; see also *R. v. Shepherd*, 2009 SCC 35, [2009] 2 S.C.R. 527, at para. 20. It is of no moment that the issue may be characterized as not being a “question of law alone”.

[123] The case currently before this Court clearly raises issues about the application of legal standards: the overarching dispute in this appeal is whether the trial judge properly applied the standard for the admissibility of evidence and the standard for intervening in the cross-examination of a Crown witness. This Court has jurisdiction.

rendue par la juge du procès en ce qui a trait au témoignage contradictoire quant à la possession constituait un exercice approprié de ses pouvoirs de gestion de l’instance et commandait la déférence?

- C. Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont-elles, en concluant que la décision contestée n’avait pas d’incidence sur l’équité du procès, commis une erreur justifiant la tenue d’un nouveau procès?

VI. Analyse

- A. *Question 1 : La Cour a juridiction pour entendre le pourvoi*

[121] La Cour a juridiction pour entendre le présent pourvoi. La Couronne fait valoir que l’opportunité des interventions judiciaires dans un contre-interrogatoire ne soulève pas une question de droit seulement, et que la Cour n’a donc pas juridiction : *Fanjoy c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 233, p. 238-239; *R. c. Khanna*, 2016 ONCA 39, par. 9 (CanLII).

[122] Nous sommes d’avis de rejeter cet argument. Dans l’arrêt *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381, la Cour a adopté une approche généreuse à l’égard de la juridiction, affirmant que l’application d’une norme juridique aux faits de l’affaire soulève une question de droit : par. 23; voir aussi *R. c. Shepherd*, 2009 CSC 35, [2009] 2 R.C.S. 527, par. 20. Le fait que la question puisse être considérée comme n’étant pas une « question de droit seulement » n’a aucune importance.

[123] L’affaire dont la Cour est saisie en l’espèce soulève clairement des questions concernant l’application de normes juridiques : le présent pourvoi porte essentiellement sur la question de savoir si la juge du procès a appliqué de façon appropriée la norme relative à l’admissibilité de la preuve ainsi que la norme qui permet d’intervenir dans le contre-interrogatoire d’un témoin de la Couronne. La Cour a juridiction.

B. *Issue 2: The Trial Judge's Inconsistent Possession Testimony Ruling Was Not a Trial Management Decision*

(1) Trial Management Powers and the Law of Evidence Must Be Kept Separate and Distinct

[124] As this case illustrates, there is uncertainty about whether a trial judge can exclude relevant and material evidence through their trial management powers. The majority of the Court of Appeal held that each of the impugned trial rulings were “trial management decisions within the discretion of the trial judge” and entitled to appellate deference: para. 1. The dissenting judge disagreed, labelling the rulings as evidentiary decisions. Accordingly, this appeal calls for discussion on the scope of a trial judge’s trial management powers, and its relationship to the law of evidence.

[125] Trial judges have the authority to control the proceeding over which they preside. They should control, direct, and administer the trial in an effective and efficient way: *R. v. John*, 2017 ONCA 622, 350 C.C.C. (3d) 397, at para. 47; *R. v. Potter*, 2020 NSCA 9, 385 C.C.C. (3d) 1, at para. 748. Among other powers, trial management authority allows trial judges to place reasonable limits on oral submissions, direct written submissions, defer rulings, decline to hear frivolous motions after hearing from the parties, and, exceptionally, direct the order in which evidence is called: *R. v. Felderhof* (2003), 68 O.R. (3d) 481 (C.A.), at para. 57; *R. v. Cody*, 2017 SCC 31, [2017] 1 S.C.R. 659, at paras. 38-39; *R. v. Greer*, 2020 ONCA 795, 397 C.C.C. (3d) 40, at para. 110. Appellate courts should defer to proper trial management decisions: *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631, at para. 139.

[126] Trial management authority should not, however, be used to exclude relevant, material,

B. *Question 2 : La décision rendue par la juge du procès en ce qui a trait au témoignage contradictoire quant à la possession n'était pas une décision relative à la gestion de l'instance*

(1) Les pouvoirs de gestion de l'instance et le droit de la preuve doivent demeurer séparés et distincts

[124] Comme l'illustre la présente affaire, une incertitude plane sur la question de savoir si le juge du procès peut exclure une preuve pertinente et substantielle au moyen de ses pouvoirs de gestion de l'instance. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu que les décisions de première instance contestées étaient toutes [TRADUCTION] « des décisions de gestion de l'instance qui relevaient du pouvoir discrétionnaire de la juge du procès » et qui commandaient la déférence en appel : par. 1. Le juge dissident n'était pas de cet avis et a qualifié les décisions en question de décisions en matière de preuve. En conséquence, le présent pourvoi commande une analyse de l'étendue des pouvoirs de gestion de l'instance du juge du procès et de leur lien avec le droit de la preuve.

[125] Les juges de procès sont maîtres de la conduite des procédures qu'ils président. Ils devraient contrôler, diriger et gérer l'instruction de manière efficace et efficiente : *R. c. John*, 2017 ONCA 622, 350 C.C.C. (3d) 397, par. 47; *R. c. Potter*, 2020 NSCA 9, 385 C.C.C. (3d) 1, par. 748. Les pouvoirs de gestion de l'instance permettent notamment aux juges de procès d'imposer des limites raisonnables aux observations orales, d'ordonner des observations écrites, de différer leurs décisions, de refuser d'instruire des requêtes frivoles après avoir entendu les parties et, exceptionnellement, de décider de l'ordre dans lequel les éléments de preuve sont présentés : *R. c. Felderhof* (2003), 68 O.R. (3d) 481 (C.A.), par. 57; *R. c. Cody*, 2017 CSC 31, [2017] 1 R.C.S. 659, par. 38-39; *R. c. Greer*, 2020 ONCA 795, 397 C.C.C. (3d) 40, par. 110. Les tribunaux d'appel devraient faire preuve de déférence à l'égard des décisions appropriées de gestion de l'instance : *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631, par. 139.

[126] Les pouvoirs de gestion de l'instance ne devraient toutefois pas être utilisés pour exclure

and otherwise admissible evidence. Some provincial appellate courts have already recognized that excluding evidence under the guise of trial management powers would be an “unusual exercise” of those powers: *R. v. Horan*, 2008 ONCA 589, 237 C.C.C. (3d) 514, at para. 33; *R. v. Spackman*, 2012 ONCA 905, 295 C.C.C. (3d) 177, at para. 104; see also *R. v. Nield*, 2019 BCCA 27, 372 C.C.C. (3d) 375, at para. 74. We would go a step further. In our view, trial management powers can never be used to exclude relevant and material evidence. Rulings on the admissibility of real or oral evidence, including rulings on permissible lines of cross-examination, are evidentiary decisions. The propriety of those rulings is governed by the rules of evidence, not the court’s trial management authority.

[127] This conclusion is supported by the leading authority on trial management powers, *Felderhof*. *Felderhof* involved a complex prosecution for violations under the *Securities Act*, R.S.O. 1990, c. S.5. After 70 days of trial, counsel for the Ontario Securities Commission (“OSC”) applied to halt the prosecution and have the trial begin anew before another trial judge. Among other issues, the OSC argued that the trial judge erred by directing that the OSC, contrary to its wishes, call its next witness rather than proceed with an omnibus motion on the admissibility of various documents. The trial judge reasoned that hearing from the witness before ruling on the documents would be a more efficient use of court time. On appeal from the order dismissing its application, the OSC argued that the trial judge had no authority to override its right to present its case as it sought fit, absent an abuse of process or breach of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[128] Writing for a unanimous court, Rosenberg J.A. found no error in the trial judge’s order. He held that the power to issue this direction was grounded in the trial court’s inherent jurisdiction to control its own process. It was in this context that Rosenberg J.A.

une preuve pertinente, substantielle et par ailleurs admissible. Certaines cours d’appel provinciales ont déjà reconnu que le fait d’exclure une preuve sous le couvert de tels pouvoirs constituerait un [TRADUCTION] « exercice inhabituel » de ceux-ci : *R. c. Horan*, 2008 ONCA 589, 237 C.C.C. (3d) 514, par. 33; *R. c. Spackman*, 2012 ONCA 905, 295 C.C.C. (3d) 177, par. 104; voir aussi *R. c. Nield*, 2019 BCCA 27, 372 C.C.C. (3d) 375, par. 74. Nous irions même un peu plus loin. À notre avis, les pouvoirs de gestion de l’instance ne peuvent jamais être utilisés pour exclure une preuve pertinente et substantielle. Les décisions sur l’admissibilité d’une preuve matérielle ou testimoniale, notamment les décisions sur les lignes de questions permises en contre-interrogatoire, sont des décisions en matière de preuve. Leur bien-fondé est régi par les règles de preuve, et non par les pouvoirs judiciaires de gestion de l’instance.

[127] Cette conclusion s’appuie sur la décision de principe quant aux pouvoirs de gestion de l’instance, à savoir l’arrêt *Felderhof*. Dans cette affaire, il était question d’une poursuite complexe impliquant des infractions à la *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.O. 1990, c. S.5. Après 70 jours d’instruction, les avocats de la Commission des valeurs mobilières de l’Ontario (« CVMO ») ont demandé un arrêt des procédures et la tenue d’un nouveau procès devant un autre juge. La CVMO a fait valoir entre autres que le juge du procès avait commis une erreur en ordonnant que la CVMO, contrairement à ce qu’elle souhaitait, fasse entendre son prochain témoin plutôt que de présenter une requête sur l’admissibilité de divers documents. Le juge a estimé qu’entendre le témoin avant de se prononcer sur les documents constituerait une utilisation plus efficace du temps dont disposait le tribunal. En appel de la décision rejetant sa demande, la CVMO a soutenu que le juge du procès n’avait pas le pouvoir de passer outre à son droit de présenter sa preuve à son gré, en l’absence d’un abus de procédure ou d’une violation de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[128] S’exprimant au nom d’une cour unanime, le juge Rosenberg n’a constaté aucune erreur dans l’ordonnance du juge du procès. Il a conclu que le pouvoir de donner cette directive reposait sur la compétence inhérente qu’a le tribunal de première

defined the scope of a trial judge's "trial management" powers as follows:

I think something should be said about the trial management power. It is neither necessary nor possible to exhaustively define its content or its limits. But it at least includes the power to place reasonable limits on oral submissions, to direct that submissions be made in writing, to require an offer of proof before embarking on a lengthy *voir dire*, to defer rulings, to direct the manner in which a *voir dire* is conducted, especially whether to do so on the basis of testimony or in some other form, and exceptionally to direct the order in which evidence is called. The latter power is one that must be exercised sparingly because the trial judge does not know counsel's brief. However, a judge would not commit jurisdictional error in exercising that power unless the effect of the ruling was to unfairly or irreparably damage the prosecution. That did not occur here. [para. 57]

[129] Rosenberg J.A. also found no error in the trial judge's order directing the OSC to prepare and disclose a list of documents it intended to present to a witness. Again, this order was authorized by the trial judge's trial management authority and the need to operate the trial efficiently.

[130] We endorse the approach taken in *Felderhof*. That decision correctly reflects the fact that trial management powers were never intended to intrude on the rules of evidence. The trial management powers identified in *Felderhof* allow trial judges to control the court's process by managing how parties *present* their case, not the evidence they can tender to *build* their case. The trial judge's decision to postpone ruling on the admissibility of documents until after the OSC called its next witness, for example, did not prevent the OSC from using those impugned documents to build its case; it simply deferred the admissibility issue to later in the trial and changed the order in which the OSC presented its case. Indeed, none of the trial

instance de contrôler sa propre procédure. C'est dans ce contexte que le juge Rosenberg a défini comme suit l'étendue des pouvoirs [TRADUCTION] « de gestion de l'instance » dont est investi le juge du procès :

[TRADUCTION] Je crois qu'une observation s'impose au sujet du pouvoir de gestion de l'instance. Il n'est ni nécessaire ni possible définir de manière exhaustive son contenu ou ses limites. Cependant, il comprend à tout le moins le pouvoir d'imposer des limites raisonnables aux observations orales, d'ordonner que des observations soient présentées par écrit, d'exiger d'autres preuves éventuelles avant que soit entrepris un long voir-dire, de différer des décisions, de prescrire la manière dont se déroule un voir-dire, en particulier s'il convient d'y procéder sur la base d'un témoignage ou sous une autre forme, et, exceptionnellement, de décider de l'ordre dans lequel les éléments de preuve sont présentés. Ce dernier pouvoir doit être exercé avec circonspection parce que le juge du procès ne connaît pas le dossier des avocats. Cependant, un juge ne commettrait pas une erreur de compétence en exerçant ce pouvoir, à moins que la décision n'ait eu pour effet de causer un tort injuste et irréparable à la poursuite. Cela ne s'est pas produit en l'espèce. [par. 57]

[129] Le juge Rosenberg n'a pas non plus constaté d'erreur dans l'ordonnance du juge du procès intimant à la CVMO de préparer et de communiquer une liste de documents qu'elle entendait soumettre à un témoin. Encore une fois, cette ordonnance était autorisée par les pouvoirs de gestion de l'instance dont disposait le juge et par la nécessité d'une conduite efficace du procès.

[130] Nous souscrivons à l'approche adoptée dans l'arrêt *Felderhof*. Cette décision reflète bien que les pouvoirs de gestion de l'instance n'ont jamais été conçus dans l'optique d'empiéter sur les règles de preuve. Les pouvoirs de gestion de l'instance mis en évidence dans *Felderhof* permettent aux juges de procès de contrôler le déroulement de l'instance en gérant la manière dont les parties *présentent* leur preuve, et non pas les éléments qu'elles peuvent soumettre pour *bâtir* celle-ci. À titre d'exemple, la décision du juge du procès de différer son jugement sur l'admissibilité de documents jusqu'à ce que la CVMO fasse entendre son témoin suivant n'a pas empêché la CVMO d'utiliser ces documents contestés pour bâtir sa cause; elle a simplement eu pour effet

management decisions in *Felderhof* impacted the substantive content of the OSC's case.

[131] Before concluding, we wish to emphasize that this conclusion does not mean that trial management decisions are inconsequential and should be made haphazardly. How parties present their case may be just as important as the substance of their case. Accordingly, these powers should be exercised cautiously: *Felderhof*, at para. 38. Trial judges should generally confine themselves to their own responsibilities, leaving counsel and the jury to their respective functions: *R. v. Murray*, 2017 ONCA 393, 138 O.R. (3d) 500, at para. 39. If trial management decisions render a trial unfair, a new trial will be necessary, even when there are no conflicts with the rules of evidence: *Felderhof*, at paras. 38 and 56; *Potter*, at para. 787; *Murray*, at paras. 96 and 105; *John*, at paras. 50-51.

(2) The Rules of Evidence Are Sensitive to Trial Efficiency Concerns

[132] The Crown argued that separating trial management powers from the rules of evidence in the way outlined above would lead to inefficiency and confusion. In its view, it is impossible to create “silos” between trial management powers and the rules of evidence, particularly in the context of cross-examination. The Crown submits that substantive limits on cross-examination can be justified on both evidentiary and trial management grounds because “[s]ome limitations will be based solely on evidentiary issues such as relevance” while others “will be based on efficiency to encourage focus”: *R.R.F.*, at para. 3.

[133] We disagree. This argument is premised on the incorrect assumption that the law of evidence is blind to trial efficiency concerns. The law of evidence allows courts to weigh the benefits of admitting oral or real

de remettre l'examen de la question de l'admissibilité à plus tard au cours du procès et de changer l'ordre dans lequel la CVMO a présenté sa preuve. En fait, aucune des décisions de gestion de l'instance rendues dans *Felderhof* n'a eu d'incidence sur le contenu substantiel de la preuve de la CVMO.

[131] Avant de conclure, nous tenons à souligner que cette conclusion ne signifie pas que les décisions de gestion de l'instance sont sans conséquence et qu'elles ne devraient pas être rendues de façon méthodique. La façon dont les parties présentent leur preuve peut être tout aussi importante que le contenu de celle-ci. En conséquence, ces pouvoirs devraient être exercés avec prudence : *Felderhof*, par. 38. Les juges de procès devraient en général se limiter à l'exercice de leurs propres responsabilités, et laisser les avocats et le jury s'acquitter de leurs fonctions respectives : *R. c. Murray*, 2017 ONCA 393, 138 O.R. (3d) 500, par. 39. Si les décisions de gestion de l'instance rendent un procès inéquitable, un nouveau procès sera nécessaire, même s'il n'y a aucun conflit avec les règles de preuve : *Felderhof*, par. 38 et 56; *Potter*, par. 787; *Murray*, par. 96 et 105; *John*, par. 50-51.

(2) Les règles de preuve tiennent compte des préoccupations liées à l'efficacité du procès

[132] La Couronne a fait valoir que le fait de séparer les pouvoirs de gestion de l'instance des règles de preuve de la façon précédemment décrite serait source d'inefficacité et de confusion. À son avis, il est impossible de [TRADUCTION] « cloisonner » les pouvoirs de gestion de l'instance et les règles de preuve, en particulier dans le contexte d'un contre-interrogatoire. La Couronne soutient que d'importantes limites au contre-interrogatoire peuvent se justifier tant pour des raisons de preuve que pour des motifs liés à la gestion de l'instance parce que [TRADUCTION] « [c]ertaines limites reposeront uniquement sur des questions de preuve comme la pertinence » alors que d'autres « seront fondées sur l'efficacité afin de favoriser le maintien du cap » : *m.r.i.*, par. 3.

[133] Nous sommes en désaccord. Cet argument repose sur l'hypothèse erronée selon laquelle le droit de la preuve ne tient pas compte des préoccupations liées à l'efficacité du procès. Le droit de la preuve

evidence against the costs to trial efficiency. Courts should exclude technically admissible evidence when the costs to the trial process outweigh the benefits. This is reflected in established exclusionary rules, as well as the general discretionary power to exclude evidence when its probative value is outweighed by its prejudicial effects.

[134] The collateral facts rule, for example, is an established exclusionary rule that prohibits calling evidence solely to contradict a witness on a collateral fact: *R. v. C.F.*, 2017 ONCA 480, 349 C.C.C. (3d) 521, at para. 58. This rule is designed to promote judicial efficiency: D. M. Paciocco, P. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (8th ed. 2020), at p. 4. In most cases, collateral facts are relevant and material, but not very probative of the ultimate issues at trial. Courts thus prevent parties from pursuing collateral facts because the benefit of pursuing the collateral facts to the trial's truth-seeking function is outweighed by the negative effects to the trial process. But when the benefits of the collateral facts outweigh the negative impact on the trial process, exceptions to this general exclusionary rule apply. The established exceptions to the collateral facts rule — such as proof of bias — recognize that when the probative value of a collateral fact outweighs its prejudicial effects to trial efficiency, parties should be allowed to pursue the issue: p. 604.

[135] More generally, trial judges have a residual discretion to exclude technically admissible evidence when the evidence's probative value is outweighed by its prejudicial effects. Evidence is prejudicial when, among other concerns, it would unduly undermine the efficiency of the trial by consuming “an inordinate amount of time which is not commensurate with its value”: *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9, at p. 21; see also *R. v. Handy*, 2002 SCC 56, [2002] 2 S.C.R. 908, at paras. 37 and 83; *R. v. Candir*, 2009 ONCA 915, 250 C.C.C. (3d) 139, at paras. 60-61; *R. v. Hall*, 2018 ONCA

permet aux tribunaux de mettre en balance les avantages de l'admission d'une preuve testimoniale ou matérielle, et ses désavantages quant à l'efficacité du procès. Les tribunaux devraient exclure une preuve en principe admissible lorsque les désavantages pour l'instruction du procès l'emportent sur les avantages. C'est ce qui ressort des règles d'exclusion établies, ainsi que du pouvoir discrétionnaire général d'exclure une preuve lorsque ses effets préjudiciables l'emportent sur sa valeur probante.

[134] La règle relative aux faits incidents, par exemple, est une règle d'exclusion établie qui interdit de présenter une preuve uniquement dans le but de contredire un témoin sur un fait incident : *R. c. C.F.*, 2017 ONCA 480, 349 C.C.C. (3d) 521, par. 58. Cette règle vise à favoriser l'efficacité judiciaire : D. M. Paciocco, P. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (8^e éd. 2020), p. 4. Dans la plupart des cas, les faits incidents sont pertinents et substantiels, mais n'ont pas une grande valeur probante en ce qui concerne les véritables questions en litige. Les tribunaux empêchent donc les parties d'explorer des faits incidents, puisque leurs effets négatifs sur l'instruction du procès l'emportent sur les avantages qu'ils peuvent présenter dans la recherche de la vérité. Cependant, quand les avantages des faits incidents l'emportent sur leur incidence négative sur l'instruction du procès, des exceptions à cette règle générale d'exclusion s'appliquent. Les exceptions établies à la règle relative aux faits incidents — telle une preuve de partialité — reconnaissent que dans le cas où la valeur probante du fait incident l'emporte sur ses effets préjudiciables à l'efficacité du procès, les parties devraient être autorisées à explorer la question : p. 604.

[135] Plus généralement, les juges de procès ont le pouvoir discrétionnaire résiduel d'exclure une preuve en principe admissible quand ses effets préjudiciables l'emportent sur sa valeur probante. Une preuve est notamment préjudiciable lorsqu'elle compromettrait indûment l'efficacité du procès en exigeant « un temps excessivement long qui est sans commune mesure avec sa valeur » : *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, p. 21; voir aussi *R. c. Handy*, 2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908, par. 37 et 83; *R. c. Candir*, 2009 ONCA 915, 250 C.C.C. (3d) 139, par. 60-61; *R. c. Hall*, 2018 ONCA

185, 139 O.R. (3d) 561, at para. 59; *R. v. Podolski*, 2018 BCCA 96, 360 C.C.C. (3d) 1, at paras. 382-89.

[136] Contrary to the Crown's position, limits on cross-examination can and should be understood as applications of these ordinary rules of evidence and, in particular, the trial judge's residual power to exclude overly prejudicial evidence: *R. v. Lyttle*, 2004 SCC 5, [2004] 1 S.C.R. 193, at paras. 44 and 50; *Nield*, at para. 73. The Crown is correct that some courts have labelled a trial judge's ability to curtail cross-examination as an instance of a trial judge's trial management powers. For example, interventions to prevent irrelevant, repetitive, or misleading cross-examination have been labelled by some courts as trial management decisions: see *John*, at para. 52; *R. v. Polanco*, 2018 ONCA 444, at para. 22 (CanLII); *R. v. Evans*, 2019 ONCA 715, 147 O.R. (3d) 577, at para. 104.

[137] But we disagree with these cases and would overturn them on this point. It is more appropriate to label such interventions as evidentiary rulings. A trial judge should prevent counsel from asking irrelevant questions because those questions have no probative value. Similarly, courts should stop repetitious or misleading questioning because the probative value of repeated or misleading questions is minimal while their prejudicial effects to the trial process are significant: see *R. v. Mitchell*, 2008 ONCA 757, at paras. 7 and 19 (CanLII); *Candir*, at paras. 60-63; *Podolski*, at paras. 382-89.

[138] In sum, when considering the admissibility of real or oral evidence, trial judges can and should consider trial efficiency concerns. There is no need to rely on trial management authority when weighing the benefits of evidence against the need for trial expediency.

[139] But there are significant risks with relying on trial management authority when making evidentiary rulings. We focus on two below, namely the risks to

185, 139 O.R. (3d) 561, par. 59; *R. c. Podolski*, 2018 BCCA 96, 360 C.C.C. (3d) 1, par. 382-389.

[136] Contrairement à ce que prétend la Couronne, les limites au contre-interrogatoire peuvent, et devraient, être considérées comme des cas d'application de ces règles ordinaires de preuve et, en particulier, comme des cas d'application du pouvoir résiduel du juge du procès d'exclure une preuve trop préjudiciable : *R. c. Lyttle*, 2004 CSC 5, [2004] 1 R.C.S. 193, par. 44 et 50; *Nield*, par. 73. La Couronne a raison d'affirmer que certains tribunaux ont estimé que la faculté du juge du procès de restreindre un contre-interrogatoire constitue un exercice de ses pouvoirs de gestion de l'instance. À titre d'exemple, certains tribunaux ont qualifié les interventions en vue d'empêcher un contre-interrogatoire non pertinent, répétitif ou trompeur de décisions de gestion de l'instance : voir *John*, par. 52; *R. c. Polanco*, 2018 ONCA 444, par. 22 (CanLII); *R. c. Evans*, 2019 ONCA 715, 147 O.R. (3d) 577, par. 104.

[137] Nous sommes en désaccord avec ce courant jurisprudentiel et nous sommes d'avis de l'écarter sur ce point. Il est plus approprié de qualifier de telles interventions de décisions en matière de preuve. Le juge du procès devrait empêcher les avocats de poser des questions non pertinentes parce que de telles questions n'ont aucune valeur probante. De même, les tribunaux devraient interrompre des interrogatoires répétitifs ou trompeurs parce que la valeur probante de tels interrogatoires est minimale alors que leurs effets préjudiciables sur l'instruction du procès sont importants : voir *R. c. Mitchell*, 2008 ONCA 757, par. 7 et 19 (CanLII); *Candir*, par. 60-63; *Podolski*, par. 382-389.

[138] En somme, dans l'examen de l'admissibilité d'une preuve matérielle ou testimoniale, les juges de procès peuvent, et devraient, prendre en considération les préoccupations liées à l'efficacité du procès. Il n'est pas nécessaire de se fonder sur les pouvoirs de gestion de l'instance pour mettre en balance les avantages de la preuve et le besoin de célérité du procès.

[139] Cependant, le fait de s'appuyer sur les pouvoirs de gestion de l'instance pour rendre des décisions en matière de preuve comporte des risques importants.

(1) trial predictability and consistency, and (2) the accused's right to make full answer and defence.

(a) *The Rules of Evidence Promote Predictability and Consistency*

[140] Most litigation is a truth-seeking exercise. Cases typically turn on a dispute about the facts, not on disagreements about what the law requires. As such, the rules governing how parties can establish the facts to support their case are often just as important as the substantive legal principles governing the dispute.

[141] The rules of evidence dictate how parties can establish the facts needed to build their case. In a predictable manner, it lets parties know what information they can present to support their case, how they can tender this information, and what use they can make of this information once admitted: see *R. v. Youvarajah*, 2013 SCC 41, [2013] 2 S.C.R. 720, at para. 25.

[142] Parties are entitled to present all relevant and material evidence to the trier of fact, absent a clear ground for exclusion: *R. v. Jarvis*, 2002 SCC 73, [2002] 3 S.C.R. 757, at para. 68; C. A. Wright, "The Law of Evidence: Present and Future" (1942), 20 *Can. Bar Rev.* 714, at p. 715; S. N. Lederman, A. W. Bryant and M. K. Fuerst, *Sopinka, Lederman & Bryant: The Law of Evidence in Canada* (5th ed. 2018), at §1.1. A decision that restricts the trier of fact from considering relevant and material evidence in the absence of a clear ground of policy or law justifying exclusion jeopardizes the accused's constitutional right to make full answer and defence. It also undercuts society's interest in getting at the truth: *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 609; *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787, at paras. 47-48.

[143] When the admissibility of oral or real evidence is at issue, trial judges should turn their minds to the rules of evidence, not their trial management

Nous nous attarderons sur les deux suivants, à savoir les risques relatifs (1) à la prévisibilité et l'uniformité des procès, et (2) au droit de l'accusé à une défense pleine et entière.

a) *Les règles de preuve favorisent la prévisibilité et l'uniformité*

[140] La plupart des litiges ont pour objet la recherche de la vérité. Habituellement, les affaires portent sur un différend quant aux faits, et non sur des désaccords quant à ce que prescrit le droit. Ainsi, les règles qui régissent la manière dont les parties peuvent établir les faits à l'appui de leur thèse sont souvent tout aussi importantes que les principes juridiques de fond qui régissent le litige.

[141] Les règles de preuve dictent comment les parties peuvent établir les faits nécessaires pour prouver leur thèse. Cela permet aux parties de savoir quels éléments elles peuvent présenter à l'appui de leur position, comment elles peuvent présenter ces éléments et quelle utilisation elles peuvent en faire une fois qu'ils ont été admis : voir *R. c. Youvarajah*, 2013 CSC 41, [2013] 2 R.C.S. 720, par. 25.

[142] En l'absence de motif clair d'exclusion, les parties sont autorisées à présenter toute preuve pertinente et substantielle au juge des faits : *R. c. Jarvis*, 2002 CSC 73, [2002] 3 R.C.S. 757, par. 68; C. A. Wright, « The Law of Evidence : Present and Future » (1942), 20 *R. du B. can.* 714, p. 715; S. N. Lederman, A. W. Bryant et M. K. Fuerst, *Sopinka, Lederman & Bryant : The Law of Evidence in Canada* (5^e éd. 2018), §1.1. Une décision qui limite le juge des faits dans sa prise en considération d'une preuve pertinente et substantielle, en l'absence d'une raison claire de politique générale ou de droit justifiant l'exclusion, compromet le droit constitutionnel de l'accusé à une défense pleine et entière. Ceci porte aussi atteinte à l'intérêt de la société à ce que la vérité soit découverte : *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, p. 609; *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787, par. 47-48.

[143] Quand l'admissibilité d'une preuve testimoniale ou matérielle est en cause, les juges de procès devraient porter leur attention sur les règles de preuve,

authority. Relying on trial management authority to make evidentiary determinations could create a two-tiered system: some litigants would need to build their case under established evidentiary rules while others would need to build it under the trial judge's more loosely defined and opaque trial management discretion. This would make litigation less predictable, accessible, and fair. It would also stifle development of the law. If appropriate rulings cannot be made under the current rules of evidence, those rules should be modified, not ignored.

(b) *The Rules of Evidence Protect an Accused Person's Right to Make Full Answer and Defence*

[144] The rules of evidence provide special protection to accused persons. Accused persons have a wide right to call evidence: *R. v. Clarke* (1998), 18 C.R. (5th) 219 (Ont. C.A.), at p. 231. Unlike in the case of Crown-led evidence, there is no evidentiary discretion to exclude technically admissible defence evidence simply because its probative value is outweighed by its prejudicial effects. Instead, defence-led evidence should be excluded only when its probative value is *substantially* outweighed by the prejudice it could cause: *Seaboyer*, at pp. 611-12; *R. v. Shearing*, 2002 SCC 58, [2002] 3 S.C.R. 33, at para. 76. This more demanding standard for the exclusion of defence-led evidence is founded in the fundamental tenet of our justice system that it is generally better to produce an inaccurate acquittal than a wrongful conviction.

[145] An accused person's wide right to call evidence includes a wide right to cross-examine the Crown's witnesses, especially when credibility is the central issue at trial: *Lyttle*, at paras. 69-70; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at pp. 663-65. A trial judge should only intervene in a defence-led cross-examination when the prejudice from the

et non pas sur leurs pouvoirs de gestion de l'instance. Recourir aux pouvoirs de gestion de l'instance pour rendre des décisions en matière de preuve pourrait créer un système à deux paliers : certaines parties auraient à bâtir leur cause suivant les règles de preuve établies, alors que d'autres auraient à le faire eu égard au pouvoir discrétionnaire de gestion de l'instance dont est investi le juge du procès, lequel est moins clairement défini et obscur. Les procès seraient alors moins prévisibles, moins accessibles et moins équitables. Cela aurait aussi pour effet de freiner l'évolution du droit. Si des décisions appropriées ne peuvent pas être rendues en application des règles actuelles de preuve, ces règles devraient être modifiées, et non pas ignorées.

b) *Les règles de preuve protègent le droit de la personne accusée de présenter une défense pleine et entière*

[144] Les règles de preuve accordent une protection spéciale aux personnes accusées. Ces dernières possèdent un droit étendu de présenter une preuve : *R. c. Clarke* (1998), 18 C.R. (5th) 219 (C.A. Ont.), p. 231. Contrairement à ce qui se passe dans le cas d'une preuve produite par la Couronne, il n'existe aucun pouvoir discrétionnaire permettant d'exclure une preuve de la défense, en principe admissible, pour le simple motif que ses effets préjudiciables l'emportent sur sa valeur probante. Une preuve présentée par la défense devrait plutôt être exclue uniquement quand le préjudice qu'elle est susceptible de causer l'emporte *substantiellement* sur sa valeur probante : *Seaboyer*, p. 611-612; *R. c. Shearing*, 2002 CSC 58, [2002] 3 R.C.S. 33, par. 76. Cette norme plus exigeante applicable à l'exclusion d'une preuve produite par la défense repose sur le principe fondamental de notre système de justice, selon lequel il vaut généralement mieux prononcer un acquittement inexact qu'une déclaration de culpabilité injustifiée.

[145] Le droit étendu d'une personne accusée de présenter une preuve comprend le droit étendu de contre-interroger les témoins de la Couronne, en particulier lorsque la crédibilité est centrale à l'issue du procès : *Lyttle*, par. 69-70; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, p. 663-665. Le juge du procès ne devrait intervenir dans un contre-interrogatoire mené par la

accused's questioning substantially outweighs the value of the evidence: *Nield*, at para. 73.

[146] If a trial judge curtails defence-led evidence under the guise of their trial management powers, these safeguards may be ignored. The rules of evidence outlined above protect an accused's right to make full answer and defence by ensuring that trial judges do not too readily exclude defence evidence, even when that evidence has minimal probative value or some serious prejudicial effects. Trial management powers do not direct trial judges to be similarly cautious. Relying on trial management authority to curtail a line of cross-examination in the name of trial efficiency, for example, could prevent defence counsel from eliciting relevant and material evidence even when the prejudicial effects of the questions do not *substantially* outweigh their probative value.

[147] This would jeopardize the accused's right to make full answer and defence and increase the chance for wrongful convictions. But this risk can be minimized by ensuring that judges consistently turn their minds to the rules of evidence when asked to determine the admissibility of real or oral evidence, rather than their trial management authority.

[148] Given the trial judge's proximity to the evidence and awareness of the dynamics at trial, the trial judge's considered weighing of probative value and prejudicial effect is entitled to deference on appeal: *R. v. Araya*, 2015 SCC 11, [2015] 1 S.C.R. 581, at para. 31. However, whether the trial judge applied the proper legal test to decide an evidentiary issue is reviewable on a standard of correctness: S. C. Hill, D. M. Tanovich and L. P. Strezos, *McWilliams' Canadian Criminal Evidence* (5th ed. (loose-leaf)), vol. 3, at §37:31; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at para. 8; *R. v. Duong*, 2007 ONCA 68, 84 O.R. (3d) 515, at para. 54; *R. v. C. (K.)*, 2015 ONCA 39, 17 C.R. (7th) 181, at para. 36.

défense que dans le cas où le préjudice causé par les questions de l'accusé l'emporte substantiellement sur la valeur de la preuve : *Nield*, par. 73.

[146] Si le juge du procès, sous le couvert de ses pouvoirs de gestion de l'instance, restreint une preuve présentée par la défense, ces garanties peuvent ne pas être prises en compte. Les règles de preuve énoncées précédemment protègent le droit de l'accusé à une défense pleine et entière en garantissant que les juges de procès n'excluent pas trop facilement une preuve de la défense, même lorsque cette preuve a une valeur probante minimale ou des effets préjudiciables graves. Les pouvoirs de gestion de l'instance n'obligent par les juges de procès à faire preuve de pareille prudence. Recourir à ces pouvoirs pour restreindre une ligne de questions en contre-interrogatoire au nom de l'efficacité du procès pourrait, par exemple, empêcher l'avocat de la défense d'obtenir une preuve pertinente et substantielle, et ce, même lorsque les effets préjudiciables des questions ne l'emportent pas *substantiellement* sur leur valeur probante.

[147] Cela compromettrait le droit de l'accusé à une défense pleine et entière et accroîtrait le risque de déclarations de culpabilité injustifiées. Cependant, ce risque peut être minimisé en veillant à ce que les juges appelés à se prononcer sur l'admissibilité d'une preuve matérielle ou testimoniale portent systématiquement leur attention sur les règles de preuve, plutôt que sur leurs pouvoirs de gestion de l'instance.

[148] Vu la proximité du juge du procès avec la preuve et sa connaissance de la dynamique d'un procès, son évaluation mûrement réfléchie de la valeur probante et de l'effet préjudiciable commande la déférence en appel : *R. c. Araya*, 2015 CSC 11, [2015] 1 R.C.S. 581, par. 31. Cependant, la question de savoir si le juge a appliqué la norme juridique adéquate pour se prononcer sur une question de preuve est susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte : S. C. Hill, D. M. Tanovich et L. P. Strezos, *McWilliams' Canadian Criminal Evidence* (5^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 3, §37 :31; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 8; *R. c. Duong*, 2007 ONCA 68, 84 O.R. (3d) 515, par. 54; *R. c. C. (K.)*, 2015 ONCA 39, 17 C.R. (7th) 181, par. 36.

(3) The Exclusion of Evidence Relating to Who Had Possession of the Gun Was an Erroneous Evidentiary Ruling

[149] The majority of the Court of Appeal held that the trial judge's exclusion of the security guard's preliminary inquiry testimony about who dropped and picked up the gun was a proper exercise of the trial judge's trial management powers and entitled to deference. This was an error. By preventing Mr. Samaniego's counsel from cross-examining the security guard on his inconsistent testimony, the trial judge excluded *prima facie* relevant, material, and otherwise admissible evidence. This was an evidentiary decision and its propriety must be assessed through the law of evidence. As we explain below, this error is sufficient to warrant a new trial. It is therefore unnecessary to comment further on the other three impugned rulings.

[150] We do not dispute that the initial question posed by Mr. Samaniego's counsel was poorly phrased. After reading out the relevant portion of the preliminary inquiry transcript, Mr. Samaniego's counsel asked the security guard: ". . . why did you not tell what you're telling us today or yesterday?" As the majority of the Court of Appeal points out, the trial judge saw this as a potentially misleading question, since the security guard ultimately adopted his police statement at the preliminary inquiry.

[151] The law of evidence provided the trial judge with a number of options to deal with this arguably misleading question. If she thought the question was misleading because it was missing necessary context, she could have asked Mr. Samaniego's counsel to rephrase the question and draw the security guard's attention to the fact that he had also subsequently adopted his police statement at the preliminary inquiry: *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 10(1); Lederman, Bryant and Fuerst, at §16.186. The trial judge could have also simply allowed the

(3) L'exclusion de la preuve sur l'identité de la personne qui avait l'arme à feu en sa possession était une décision erronée en matière de preuve

[149] Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu que l'exclusion par la juge du procès du témoignage qu'avait rendu le gardien de sécurité à l'enquête préliminaire, à propos de l'identité de la personne qui avait laissé tomber et ramassé l'arme à feu, constituait un exercice approprié de ses pouvoirs de gestion de l'instance et commandait la déférence. C'était une erreur. En empêchant l'avocate de M. Samaniego de contre-interroger le gardien de sécurité sur son témoignage contradictoire, la juge du procès a exclu une preuve pertinente *prima facie*, substantielle et par ailleurs admissible. Il s'agissait d'une décision en matière de preuve et son bien-fondé doit être évalué à la lumière du droit de la preuve. Comme nous l'expliquons ci-après, cette erreur est suffisante pour justifier la tenue d'un nouveau procès. Il n'est donc pas nécessaire de traiter davantage des trois autres décisions contestées.

[150] Nous ne contestons pas que la question initiale posée par l'avocate de M. Samaniego était mal formulée. Après avoir lu à haute voix le passage pertinent de la transcription de l'enquête préliminaire, l'avocate de M. Samaniego a posé la question suivante au gardien de sécurité : [TRADUCTION] « . . . pourquoi n'avez-vous pas dit ce que vous nous dites aujourd'hui ou ce que vous nous avez dit hier? » Comme le soulignent les juges majoritaires de la Cour d'appel, la juge du procès a estimé qu'il s'agissait d'une question susceptible d'induire en erreur, puisque le gardien de sécurité avait fini par adopter, à l'enquête préliminaire, sa déclaration à la police.

[151] Le droit de la preuve offrait à la juge du procès plusieurs moyens de traiter de cette question sans doute trompeuse. Si elle croyait que la question était trompeuse parce qu'il lui manquait le contexte nécessaire, elle aurait pu demander à l'avocate de M. Samaniego de reformuler celle-ci et d'attirer l'attention du gardien de sécurité sur le fait qu'il avait en outre subséquentement adopté, à l'enquête préliminaire, sa déclaration à la police : *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, c. C-5, par. 10(1); Lederman, Bryant et Fuerst, §16.186. La juge du procès aurait aussi simplement pu autoriser

question, leaving it for the Crown to raise the security guard's prior consistent police statement in reply: see Hill, Tanovich and Strezos, vol. 2, at §21:91; *Murray*, at paras. 152-54. Either way, the jury could then assess whether the inconsistency was the result of the security guard's genuine memory loss or whether it was illustrative of the security guard testifying falsely at the preliminary inquiry to protect his friend.

[152] Alternatively, if the trial judge thought that defence counsel was baselessly misrepresenting the facts and misleading the jury, she could have restricted that line of questioning under her overarching exclusionary power if the question's probative value was substantially outweighed by its prejudicial effects. Contrary to our colleague's assertion, this would be an evidentiary ruling, not a trial management decision.

[153] The trial judge took none of these steps. She did not determine that the question's probative value was substantially outweighed by its prejudicial effects, nor was there any basis for doing so. Instead, she thought the question was misleading because it was missing some necessary context: the fact that the security guard made a consistent statement in his police statement. But instead of following the correct evidentiary procedures noted above to deal with this, the trial judge prevented Mr. Samaniego's counsel from asking any questions on the specifics about what the security guard said at the preliminary inquiry before he adopted his police statement. The trial judge then instructed the jury that any reference to the security guard's preliminary inquiry testimony related to his uncertainty about who he saw holding the gun was to be disregarded and play no basis in their deliberations.

[154] This was not a trial management decision. It did not impact how Mr. Samaniego could present his case; it directly impacted the substance of Mr. Samaniego's defence and his ability to build his

la question et laisser à la Couronne le soin de soulever en réplique la déclaration antérieure compatible du gardien de sécurité à la police : voir Hill, Tanovich et Strezos, vol. 2, §21 :91; *Murray*, par. 152-154. D'une manière ou d'une autre, le jury aurait alors pu évaluer si la contradiction résultait d'une véritable perte de mémoire chez le gardien de sécurité ou si elle illustrait plutôt le fait que celui-ci avait livré un faux témoignage à l'enquête préliminaire dans le but de protéger son ami.

[152] Subsidièrement, si la juge du procès estimait que l'avocate de la défense dénaturait sans fondement les faits et induisait le jury en erreur, elle aurait pu limiter cette ligne de questions lors du contre-interrogatoire. Son pouvoir général d'exclusion de la preuve le lui permet lorsque les effets préjudiciables de la question l'emportent substantiellement sur sa valeur probante. Contrairement à ce qu'affirme notre collègue, il s'agirait là d'une décision en matière de preuve, et non pas d'une décision relative à la gestion de l'instance.

[153] La juge du procès n'a emprunté aucune de ces avenues. Elle n'a pas conclu que les effets préjudiciables de la question l'emportaient substantiellement sur sa valeur probante, et rien ne permettait non plus de le faire. Elle a plutôt estimé que la question était trompeuse parce qu'il lui manquait un élément de contexte nécessaire, à savoir que le gardien de sécurité avait fait une déclaration compatible dans sa déclaration à la police. Cependant, au lieu de suivre les procédures adéquates en matière de preuve énoncées ci-dessus pour traiter de la situation, la juge du procès a empêché l'avocate de M. Samaniego de poser quelque question que ce soit quant à ce qu'avait dit le gardien de sécurité à l'enquête préliminaire, soit avant d'adopter sa déclaration à la police. Elle a ensuite donné comme directive au jury de faire abstraction et de ne tenir aucunement compte dans ses délibérations de toute mention du témoignage du gardien de sécurité à l'enquête préliminaire en ce qui a trait à son incertitude quant à l'identité de la personne qu'il avait vue tenir l'arme à feu.

[154] Il ne s'agissait pas d'une décision relative à la gestion de l'instance. Cette décision n'a eu aucune incidence sur la manière dont M. Samaniego pouvait présenter sa preuve; au contraire, elle a eu une

defence. It prevented Mr. Samaniego's counsel from adducing oral evidence — that is, testimony from the security guard at trial — that could have undermined the security guard's credibility. It was therefore an evidentiary decision. Its propriety must be assessed through the law of evidence.

[155] There was no sound evidentiary basis justifying the exclusion of this evidence. This evidence was relevant and material. The security guard's initial preliminary inquiry testimony was plainly inconsistent with his trial testimony, as the trial judge herself acknowledged. It was therefore relevant and material to a central issue at trial — the security guard's credibility. To reiterate, the security guard's testimony was the only evidence at trial that linked Mr. Samaniego to the gun. Establishing that the security guard gave inconsistent testimony on the direct issue underlying the charge — who had possession of the gun — could have been highly damaging to the security guard's credibility. It could have also supported Mr. Samaniego's central defence at trial: that the security guard was biased and willing to give misleading testimony to assist his friend, Mr. Serrano.

[156] The impugned evidence was also not subject to any exclusionary rule. The fact that the security guard's police statement was admitted through a hearsay exception at the preliminary inquiry did not erase the earlier inconsistent testimony. The trial judge seems to have misunderstood the effect of the preliminary inquiry ruling. The preliminary inquiry ruling did not bind the trial judge: *R. v. Hynes*, 2001 SCC 82, [2001] 3 S.C.R. 623, at para. 48; R. E. Salhany, *Canadian Criminal Procedure* (6th ed. (loose-leaf)), vol. 1, at §5:5. Nor did it erase the evidence. As Paciocco J.A. correctly points out in dissent, “[l]ater evidence does not eradicate earlier evidence”: para. 125. The trial judge erred in holding otherwise.

incidence directe sur le cœur de sa défense et sur sa capacité à bâtir sa défense. Cette décision a empêché l'avocate de M. Samaniego de présenter une preuve testimoniale — c'est-à-dire le témoignage du gardien de sécurité au procès — qui aurait pu miner la crédibilité du gardien de sécurité. Il s'agissait donc d'une décision en matière de preuve. Son bien-fondé doit être apprécié au regard du droit de la preuve.

[155] Rien ne justifiait l'exclusion de cette preuve. Celle-ci était pertinente et substantielle. Le témoignage initial du gardien de sécurité à l'enquête préliminaire était manifestement incompatible avec son témoignage au procès, comme l'a elle-même reconnu la juge du procès. Cette preuve était donc pertinente et substantielle quant à une question centrale au procès — la crédibilité du gardien de sécurité. Nous le répétons, le témoignage du gardien de sécurité était la seule preuve présentée au procès qui liait M. Samaniego à l'arme à feu. Établir que le gardien de sécurité avait livré un témoignage contradictoire quant à la question fondamentale à la culpabilité de l'accusé — soit celle de savoir qui avait l'arme en sa possession — aurait pu compromettre grandement sa crédibilité. Cela aurait en outre pu étayer la thèse centrale de la défense de M. Samaniego au procès, à savoir que le gardien de sécurité avait un parti pris et qu'il était disposé à livrer un témoignage trompeur dans le but d'aider son ami, M. Serrano.

[156] De plus, la preuve en cause n'était l'objet d'aucune règle d'exclusion. Le fait que la déclaration du gardien de sécurité à la police a été admise à l'enquête préliminaire en vertu d'une exception à la règle du oui-dire n'a pas eu pour effet d'effacer le témoignage incompatible antérieur. La juge du procès semble avoir mal compris l'effet de la décision à l'enquête préliminaire. Cette décision ne liait pas la juge : *R. c. Hynes*, 2001 CSC 82, [2001] 3 R.C.S. 623, par. 48; R. E. Salhany, *Canadian Criminal Procedure* (6^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 1, §5 :5. Elle n'a pas non plus effacé la preuve. Comme le souligne à bon droit le juge Paciocco dans sa dissidence, [TRADUCTION] « [l]e témoignage ultérieur ne supprime pas le témoignage antérieur » : par. 125. La juge du procès a eu tort de conclure autrement.

[157] Finally, the prejudicial effects of the evidence did not substantially outweigh its probative value: *Seaboyer*, at pp. 611-12. As noted above, the probative value of this evidence was extremely high and touched on the central issue at trial. The prejudicial effects, on the other hand, were minimal at best. Indeed, neither the trial judge nor the Crown purported to rely on this basis for the exclusion, as there were clearly no grounds for doing so.

[158] This erroneous evidentiary decision deprived Mr. Samaniego of the right to pursue a highly relevant line of cross-examination. It also usurped the role of the jury. The trial judge may have viewed the inconsistent testimony as an instance of genuine memory loss. But that was not her call to make. The jury, not the trial judge, was entitled to determine whether the inconsistency was the result of genuine memory loss or an instance of the security guard testifying falsely to protect his friend.

C. *Issue 3: The Curative Proviso Cannot Save This Error*

[159] Section 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, known as the curative proviso, permits an appellate court to dismiss an appeal, despite an error of law, when there is “no substantial wrong or miscarriage of justice”.

[160] At the Court of Appeal, the Crown did not raise the application of the curative proviso. The Crown also did not raise the application of the curative proviso in its factum before this Court. It was only in response to a question during oral argument in this Court that the Crown submitted that the curative proviso could be applied if a legal error is found. While we agree that this issue is properly before this Court, in our view, the curative proviso is clearly inapplicable.

[161] The jurisprudence on the application of the curative proviso is clear. The curative proviso can only be applied where there is no “reasonable possibility

[157] Enfin, les effets préjudiciables de la preuve ne l'emportaient pas substantiellement sur sa valeur probante : *Seaboyer*, p. 611-612. Rappelons que la valeur probante de cette preuve était extrêmement élevée et touchait à la question centrale soulevée au procès. Par ailleurs, les effets préjudiciables étaient tout au plus minimales. De fait, ni la juge du procès ni la Couronne n'ont prétendu s'appuyer sur ce fondement pour l'exclusion, puisqu'il n'y avait manifestement aucun motif de le faire.

[158] Cette décision erronée en matière de preuve a privé M. Samaniego du droit de poursuivre une ligne de questions très pertinente lors du contre-interrogatoire. Elle a en outre usurpé le rôle du jury. Il se peut que la juge du procès ait considéré le témoignage contradictoire comme un cas de véritable perte de mémoire. Cependant, cette décision ne lui appartenait pas. C'est le jury, et non la juge du procès, qui était habilité à trancher la question de savoir si la contradiction résultait d'une véritable perte de mémoire ou bien du fait que le gardien de sécurité livrait un faux témoignage dans le but de protéger son ami.

C. *Question 3 : La disposition réparatrice ne peut valider cette erreur*

[159] Le sous-alinéa 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, connu sous le nom de disposition réparatrice, permet à une cour d'appel de rejeter un appel, malgré une erreur de droit, lorsqu'il n'y a « aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ».

[160] Devant la Cour d'appel, la Couronne n'a pas soulevé l'application de la disposition réparatrice. Elle ne l'a pas fait non plus dans son mémoire devant notre Cour. Ce n'est qu'en réponse à une question posée lors des plaidoiries orales devant notre Cour que la Couronne a fait valoir que la disposition réparatrice pouvait être appliquée si une erreur de droit était constatée. Bien que nous soyons d'accord pour dire que notre Cour est saisie, à bon droit, de cette question, nous estimons que la disposition réparatrice est clairement inapplicable.

[161] La jurisprudence sur l'application de la disposition réparatrice est claire. Cette disposition ne peut être appliquée que s'il n'existe aucune « possibilité

that the verdict would have been different had the error . . . not been made”: *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599, at p. 617. There are two situations in which the curative proviso is appropriate: (1) where the error is so harmless or trivial that it could not have had any impact on the verdict; or (2) where the evidence is so overwhelming that the trier of fact would have inevitably convicted (*R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823, at paras. 29-31).

[162] Regardless of which branch of the curative proviso is argued, the Crown bears the burden of showing its application is appropriate: *R. v. Van*, 2009 SCC 22, [2009] 1 S.C.R. 716, at para. 34. This is a heavy burden, reflecting the limited role of an appellate court and the need to safeguard the criminal justice process from the risk of wrongful convictions: see *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239, at para. 82; *R. v. Sarrazin*, 2011 SCC 54, [2011] 3 S.C.R. 505, at para. 28; *R. v. R.V.*, 2019 SCC 41, [2019] 3 S.C.R. 237, at paras. 110 and 127, per Brown and Rowe JJ., dissenting. Where the error of law is the exclusion of exculpatory evidence, any reasonable effect that the excluded evidence could have had on the trier of fact should enure to the benefit of the accused: *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311, at p. 329.

[163] The first branch of the curative proviso has appropriately been applied in cases where it is possible to trace the effect of the error on the verdict. Generally, an error may be characterized as harmless if it is insignificant to the determination of guilt or if it benefits the accused: *Khan*, at para. 30. As this Court stated in *Van*, “[t]he overriding question is whether the error on its face or in its effect was so minor, so irrelevant to the ultimate issue in the trial, or so clearly non-prejudicial, that any reasonable judge or jury could not possibly have rendered a different verdict if the error had not been made”: para. 35.

[164] The second branch of the curative proviso can be appropriately applied when the Crown can demonstrate that the evidence was so overwhelming such that, despite the error, a trier of fact would have

raisonnable que le verdict eût été différent en l’absence de l’erreur » : *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599, p. 617. L’application de la disposition réparatrice est appropriée dans deux situations : (1) lorsque l’erreur est si inoffensive ou négligeable qu’elle n’aurait pu avoir d’incidence sur le verdict, ou (2) lorsque la preuve est à ce point accablante que le juge des faits aurait forcément conclu à la culpabilité (*R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823, par. 29-31).

[162] Sans égard au volet de la disposition réparatrice que l’on invoque, il incombe à la Couronne de démontrer qu’il convient de l’appliquer : *R. c. Van*, 2009 CSC 22, [2009] 1 R.C.S. 716, par. 34. Il s’agit d’un lourd fardeau, en ce qu’il reflète le rôle limité que joue une cour d’appel et le besoin de protéger le processus de justice pénale contre le risque de déclarations de culpabilité injustifiées : voir *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239, par. 82; *R. c. Sarrazin*, 2011 CSC 54, [2011] 3 R.C.S. 505, par. 28; *R. c. R.V.*, 2019 CSC 41, [2019] 3 R.C.S. 237, par. 110 et 127, les juges Brown et Rowe, dissidents. Lorsque l’erreur de droit consiste en l’exclusion d’une preuve disculpatoire, l’accusé doit bénéficier de tout effet raisonnable que la preuve exclue aurait pu avoir sur le juge des faits : *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311, p. 329.

[163] Le premier volet de la disposition réparatrice a été appliqué, à bon droit, dans des affaires où il était possible de déterminer les incidences de l’erreur sur le verdict. En général, une erreur peut être qualifiée d’inoffensive si elle ne revêt pas d’importance quant à la détermination de la culpabilité ou si elle bénéficie à l’accusé : *Khan*, par. 30. Comme notre Cour l’a affirmé dans *Van*, « [l]a question essentielle reste de déterminer si, à première vue ou du fait de son incidence, l’erreur demeurerait si mineure, si dépourvue de lien avec la question au cœur du procès, ou si manifestement dépourvue d’un effet préjudiciable qu’un juge ou un jury raisonnable n’aurait pas pu rendre un verdict différent si l’erreur n’avait pas été commise » : par. 35.

[164] Le second volet de la disposition réparatrice peut être appliqué, à bon droit, lorsque la Couronne est en mesure de démontrer que la preuve était à ce point accablante que, nonobstant l’erreur, le juge des

inevitably convicted: *Khan*, at para. 31. Under the second branch, “[t]he standard applied by an appellate court, namely that the evidence against an accused is so overwhelming that conviction is inevitable or would invariably result, is a substantially higher one than the requirement that the Crown prove its case ‘beyond a reasonable doubt’ at trial”: *Trochym*, at para. 82.

[165] The two branches of the curative proviso are distinct. The assessment of whether an error is harmless is done without reference to the strength of other evidence at trial: *Van*, at para. 35. In *Sarrazin*, this Court explicitly rejected the argument that an error could be characterized as harmless if the Crown could show that, although the error was prejudicial to the accused, it was highly unlikely to have affected the result. *Sarrazin* has not been overruled and the comments of Binnie J. remain apposite:

It seems to me that there is a significant difference between an error of law that can be confidently dismissed as “harmless”, and an assessment that while the error is prejudicial, it is not (in the after-the-fact view of the appellate court) *so* prejudicial as to have affected the outcome. Such delicate assessments are foreign to the purpose of the curative proviso which is to avoid a retrial that would be superfluous and unnecessary but to set high the Crown’s burden of establishing those prerequisites. The same can be said for the other branch of the curative proviso. As a result, the burden of the Crown to demonstrate an “overwhelming” case or a “harmless” error of law should not be relaxed. [Emphasis in original; para. 28.]

[166] Neither branch of the proviso is applicable here. With respect to the first branch, the error was not harmless. The right to cross-examine a Crown witness without significant and unwarranted constraint is an essential element of the right to make full answer and defence, guaranteed by both the common law and the *Charter* under ss. 7 and 11(d): *Lyttle*, at paras. 2 and 41; *Osolin*, at pp. 663-65; *Seaboyer*, at p. 608; *R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475; *R. v.*

faits aurait forcément conclu à la culpabilité : *Khan*, par. 31. Dans le cadre du second volet, « [l]a norme que la juridiction d’appel doit utiliser, à savoir déterminer si la preuve contre un accusé est à ce point accablante qu’une déclaration de culpabilité est inévitable ou serait forcément prononcée, est beaucoup plus élevée que celle voulant que le ministère public prouve ses allégations “hors de tout doute raisonnable” lors du procès » : *Trochym*, par. 82.

[165] Les deux volets de la disposition réparatrice sont distincts. L’appréciation de la question de savoir si une erreur est inoffensive est faite sans que soit évaluée la force probante des autres éléments de preuve au procès : *Van*, par. 35. Dans l’arrêt *Sarrazin*, notre Cour a explicitement rejeté l’argument selon lequel une erreur pouvait être qualifiée d’inoffensive si la Couronne était en mesure de démontrer que, même si l’erreur était préjudiciable à l’accusé, elle risquait fort peu d’avoir influé sur le résultat. L’arrêt *Sarrazin* n’a pas été écarté et les remarques du juge Binnie demeurent pertinentes :

Il me semble y avoir une différence importante entre une erreur de droit que l’on peut écarter en toute confiance parce qu’elle est « inoffensive », et une évaluation selon laquelle l’erreur, bien qu’elle soit préjudiciable, n’est pas (selon l’examen que fait a posteriori la cour d’appel) préjudiciable *au point* d’avoir une incidence sur le résultat. Des évaluations aussi subtiles sont étrangères à l’objet de la disposition réparatrice qui consiste à éviter un nouveau procès qui serait superflu et inutile, tout en imposant un lourd fardeau au ministère public qui doit établir ces conditions préalables. Ce raisonnement vaut aussi pour l’autre élément de la disposition réparatrice. Par conséquent, il ne convient pas d’alléger le fardeau qu’a le ministère public de démontrer que la preuve est « accablante » ou qu’une erreur de droit est « inoffensive ». [En italique dans l’original; par. 28.]

[166] Ni l’un ni l’autre des volets de la disposition réparatrice n’est applicable en l’espèce. Pour ce qui est du premier volet, l’erreur n’était pas inoffensive. Le droit de contre-interroger un témoin de la Couronne, sans se voir imposer d’entraves importantes et injustifiées, est un élément essentiel du droit à une défense pleine et entière, garanti par la common law et par la *Charte* à l’art. 7 et à l’al. 11d) : *Lyttle*, par. 2 et 41; *Osolin*, p. 663-665; *Seaboyer*, p. 608;

N.S., 2012 SCC 72, [2012] 3 S.C.R. 726, at para. 24. Commensurate with its importance, the right of cross-examination must be jealously protected and broadly construed: *Lyttle*, at paras. 43-44.

[167] In this case, the trial judge's interference with defence counsel's cross-examination was both significant and unwarranted. Without any evidentiary basis on which to limit the scope of the cross-examination, the trial judge precluded Mr. Samaniego's counsel from probing the security guard on the inconsistency between his preliminary inquiry testimony and his testimony at trial. While the trial judge permitted Mr. Samaniego's counsel to ask the security guard about his "memory in general terms", that was not enough: *R.R.*, vol. III, at p. 62. Mr. Samaniego's counsel was entitled to explore the specifics of this particular inconsistency. Counsel was also entitled to use this inconsistency as part of her overall challenge to the security guard's credibility. An effective cross-examination often involves a coordinated series of attacks that, cumulatively, undermine the witness's credibility. The right to make full answer and defence therefore entitles an accused to explore all inconsistencies and lines of credibility attack, within the evidentiary limits outlined above.

[168] The significance of this error was compounded by the fact that the inconsistency went to the heart of the indictment: who had possession of the gun. It is important to again stress that the only evidence at trial that linked Mr. Samaniego to possession of the gun was the testimony of the security guard. Although there is no absolute bar against applying the curative proviso to cases turning primarily on credibility, the Crown's burden is especially high in those cases. An appellate court must exercise extra caution before applying the curative proviso in such circumstances: *R. v. Perkins*, 2016 ONCA 588, 352 O.A.C. 149, at para. 32; *R. v. Raghunauth* (2005), 203 O.A.C. 54, at para. 9; *R. v. L.K.W.* (1999), 126 O.A.C. 39, at para. 97.

R. c. Levogiannis, [1993] 4 R.C.S. 475; *R. c. N.S.*, 2012 CSC 72, [2012] 3 R.C.S. 726, par. 24. Vu son importance, le droit de contre-interroger doit être jalousement protégé et être interprété généreusement : *Lyttle*, par. 43-44.

[167] En l'espèce, l'interférence de la juge du procès dans le contre-interrogatoire de l'avocate de la défense était à la fois importante et injustifiée. Sans le moindre fondement probant qui eût pu limiter la portée du contre-interrogatoire, la juge du procès a empêché l'avocate de M. Samaniego de poser au gardien de sécurité des questions sur la contradiction entre son témoignage à l'enquête préliminaire et son témoignage au procès. Bien que la juge du procès ait autorisé l'avocate de M. Samaniego à interroger le gardien de sécurité sur sa [TRADUCTION] « mémoire de manière générale », cela n'était pas suffisant : *d.i.*, vol. III, p. 62. L'avocate de M. Samaniego avait le droit d'explorer les détails de cette contradiction en particulier. Elle avait en outre le droit d'utiliser cette contradiction afin de miner la crédibilité du gardien de sécurité. Un contre-interrogatoire efficace implique souvent une série coordonnée d'attaques qui, cumulativement, minent la crédibilité du témoin. Le droit à une défense pleine et entière permet donc à l'accusé d'explorer toutes les contradictions et tous les moyens de s'en prendre à la crédibilité, dans le respect des limites en matière de preuve énoncées précédemment.

[168] L'importance de cette erreur a été accentuée par le fait que la contradiction allait au cœur de l'acte d'accusation : la question de savoir qui avait l'arme à feu en sa possession. Il importe de rappeler que la seule preuve au procès qui liait M. Samaniego à la possession de l'arme était le témoignage du gardien de sécurité. Bien qu'il n'existe aucune interdiction absolue d'appliquer la disposition réparatrice dans des affaires dont l'issue repose principalement sur la crédibilité, le fardeau de la Couronne est particulièrement lourd dans ces cas. En pareilles circonstances, un tribunal d'appel doit user d'encore plus de prudence avant d'appliquer la disposition réparatrice : *R. c. Perkins*, 2016 ONCA 588, 352 O.A.C. 149, par. 32; *R. c. Raghunauth* (2005), 203 O.A.C. 54, par. 9; *R. c. L.K.W.* (1999), 126 O.A.C. 39, par. 97.

[169] In *Lyttle*, this Court held that unwarranted interference with an accused's cross-examination of a principal Crown witness could not be classified as a harmless error when the credibility of the Crown witness was a central issue at trial. At paras. 69-70, Major and Fish JJ. approvingly quoted two court of appeal decisions that underscored why the curative proviso was inapplicable in the circumstances. This passage remains applicable to the circumstances in this appeal:

In *R. v. Anandmalik* (1984), 6 O.A.C. 143, at p. 144, the Ontario Court of Appeal recognized that the importance of cross-examination becomes even more critical when credibility is the central issue in the trial:

In a case where the guilt or innocence of the [accused] largely turned on credibility, it was a serious error to limit the [accused] of his substantial right to fully cross-examine the principal Crown witness. It would not be appropriate in the circumstances to invoke or apply the curative provisions of s. 613(1)(b)(iii) [now s. 686(1)(b)(iii)].

The Manitoba Court of Appeal echoed these sentiments in *R. v. Wallick* (1990), 69 Man. R. (2d) 310, at p. 311:

Cross-examination is a most powerful weapon of the defence, particularly when the entire case turns on credibility of the witnesses. An accused in a criminal case has the right of cross-examination in the fullest and widest sense of the word as long as he does not abuse that right. Any improper interference with the right is an error which will result in the conviction being quashed. [Text in brackets in original.]

[170] Our colleague suggests that this Court's application of the curative proviso in *R.V.* justifies its application here. We disagree. While *R.V.* demonstrates that there is no categorical rule preventing the application of the proviso when a trial judge erroneously interferes with cross-examination, *R.V.* also stresses that "[b]ecause it is difficult to predict what lines of questioning counsel might pursue and what

[169] Dans l'arrêt *Lyttle*, notre Cour a statué que l'interférence injustifiée dans le contre-interrogatoire par l'accusé d'un témoin principal de la Couronne ne pouvait être qualifiée d'erreur inoffensive lorsque la crédibilité dudit témoin était centrale au procès. Aux paragraphes 69-70, les juges Major et Fish ont cité, en les approuvant, deux arrêts de juridictions d'appel soulignant pourquoi la disposition réparatrice était inapplicable dans les circonstances. Ce passage demeure applicable aux circonstances du présent pourvoi :

Dans l'arrêt *R. c. Anandmalik* (1984), 6 O.A.C. 143, p. 144, la Cour d'appel de l'Ontario a reconnu que le contre-interrogatoire revêt une importance plus cruciale encore lorsque la crédibilité est la question centrale du procès :

[TRADUCTION] Dans une affaire où la culpabilité ou l'innocence de l'[accusé] dépendait largement de la question de la crédibilité, ce fut une grave erreur que de priver l'[accusé] de son droit fondamental de contre-interroger pleinement le principal témoin de la poursuite. Il ne serait pas approprié dans les circonstances d'invoquer ou d'appliquer les dispositions réparatrices du sous-al. 613(1)(b)(iii) [maintenant le sous-al. 686(1)(b)(iii)].

La Cour d'appel du Manitoba a fait écho à cette opinion dans l'arrêt *R. c. Wallick* (1990), 69 Man. R. (2d) 310, p. 311 :

[TRADUCTION] Le contre-interrogatoire est un outil très puissant à la disposition de la défense, particulièrement lorsque toute l'affaire repose sur la crédibilité des témoins. Dans un procès criminel, l'accusé a le droit de contre-interroger les témoins, et ce au sens le plus complet et le plus large du terme, pourvu qu'il n'abuse pas de ce droit. Toute limitation irrégulière de ce droit constitue une erreur susceptible d'entraîner l'annulation de la déclaration de culpabilité. [Texte entre crochets dans l'original.]

[170] Notre collègue suggère que l'application par notre Cour de la disposition réparatrice dans l'arrêt *R.V.* justifie son application en l'espèce. Nous sommes en désaccord. Bien que l'arrêt *R.V.* démontre qu'il n'existe aucune règle catégorique empêchant l'application de cette disposition lorsque le juge du procès interfère à tort dans un contre-interrogatoire, il est également mentionné dans *R.V.* que « [p]arce qu'il est difficile de

evidence may have emerged had cross-examination been permitted, a failure to allow relevant cross-examination will almost always be grounds for a new trial”: para. 86 (emphasis added). Our colleague’s approach effectively reads this direction out of *R.V.* The use of the proviso in *R.V.* should be seen as extraordinary and only justified on the unique facts of that case. In particular, three features distinguish it from this one.

[171] First, in *R.V.*, the proposed cross-examination was highly constrained by s. 276 of the *Criminal Code* because it explored the complainant’s sexual history. This line of cross-examination therefore would have been “tightly controlled” in any event: para. 88. The same was not true for Mr. Samaniego’s cross-examination. He was entitled to fully explore the security guard’s prior inconsistent statement about who dropped and picked up the gun without constraint.

[172] Second, while *R.V.* was improperly constrained in his cross-examination, he was ultimately allowed to explore all the substantive points he wanted to pursue on cross-examination. The majority therefore concluded that “the scope of permissible cross-examination would not have been any broader than the questioning that actually occurred”: para. 96 (emphasis added). At this Court, “counsel for *R.V.* candidly admitted that nothing prevented the defence from further probing the complainant’s testimony about when she began seeing her boyfriend or her motive to lie”: para. 98 (emphasis added). Mr. Samaniego, on the other hand, was denied *altogether* any opportunity to probe the inconsistency in the security guard’s testimony. The trial judge also ensured that the only question Mr. Samaniego’s counsel asked played no role in the jury’s deliberation by instructing the jury to “completely disregar[d]” the testimonial inconsistency.

savoir quelles questions l’avocat aurait posées et quelle preuve serait ressortie si un contre-interrogatoire avait été autorisé, le défaut de permettre un contre-interrogatoire pertinent justifiera presque toujours la tenue d’un nouveau procès » : par. 86 (nous soulignons). L’approche de notre collègue se trouve effectivement à retrancher cette directive de l’arrêt *R.V.* Le recours à la disposition réparatrice dans *R.V.* devrait être considéré comme extraordinaire et comme ne se justifiant qu’en raison des faits particuliers de l’affaire. En particulier, trois caractéristiques permettent de distinguer celle-ci de l’espèce.

[171] Premièrement, dans *R.V.*, le contre-interrogatoire proposé était fortement entravé par l’art. 276 du *Code criminel* en ce qu’il portait sur le comportement sexuel antérieur de la plaignante. Cette avenue de contre-interrogatoire aurait donc été « rigoureusement contrôlé[e] » de toute façon : par. 88. On ne peut en dire autant du contre-interrogatoire de M. Samaniego. Il lui était loisible d’explorer à fond et sans contrainte la déclaration antérieure incompatible du gardien de sécurité à propos de l’identité de la personne qui avait laissé tomber et ramassé l’arme à feu.

[172] Deuxièmement, bien qu’il ait été indûment entravé dans son contre-interrogatoire, *R.V.* a fini par être autorisé à explorer toutes les questions de fond qu’il voulait examiner en contre-interrogatoire. Les juges majoritaires ont donc conclu que « la portée d’un contre-interrogatoire admissible n’aurait pas été plus large que l’interrogatoire qui a effectivement eu lieu » : par. 96 (nous soulignons). Devant la Cour, « le procureur de *R.V.* a admis candidement que rien n’empêchait la défense d’examiner de manière plus approfondie le témoignage de la plaignante quant au moment où elle a commencé à fréquenter son copain ou à son mobile pour mentir » : par. 98 (nous soulignons). En revanche, M. Samaniego s’est vu refuser *complètement* toute occasion de poser des questions sur la contradiction dans le témoignage du gardien de sécurité. De plus, la juge du procès a fait en sorte que la seule question qu’a posée l’avocate de M. Samaniego ne joue aucun rôle dans les délibérations du jury en émettant à ce dernier la directive de [TRADUCTION] « faire complètement abstraction » de la contradiction dans le témoignage.

[173] Third, the proposed cross-examination in *R. V.* had less probative value than Mr. Samaniego's. In *R. V.*, the cross-examination was only intended to show that the complainant was lying about the sexual assault to cover up an unexpected pregnancy with her boyfriend (or another partner). If the trier of fact rejected that defence theory, the cross-examination had no further value. In this case, however, the cross-examination's relevancy was twofold. It supported the main defence theory (that the security guard was willing to lie to protect Mr. Serrano) and it independently undermined the security guard's credibility by providing a clear example of prior inconsistent testimony. Accordingly, unlike in *R. V.*, Mr. Samaniego's cross-examination had relevancy even if the trier of fact rejected the defence's theory of the case, as the jury could have used this inconsistency to conclude that the security guard was an unreliable witness.

[174] *R. V.* is therefore distinguishable. If the trier of fact had any reasonable doubt about the veracity of the security guard's testimony that Mr. Samaniego was at some point in possession of the gun, Mr. Samaniego was entitled to an acquittal. Any inconsistency in the security guard's testimony was therefore highly relevant to the trial. An inconsistency going to who had the gun, however, was the most important type of testimonial inconsistency that defence counsel could hope to explore. This is especially so given the facts of this case, as the security guard's initial unwillingness to incriminate his friend at the preliminary inquiry until he was confronted with a contradictory police statement buttressed Mr. Samaniego's central defence theory.

[175] Contrary to our colleague's assertions, the security guard's account of who dropped and picked up the gun did not serve to incriminate Mr. Serrano at "every step of the way": majority reasons, at para. 73. Despite being "good friends" with Mr. Serrano for 10 years, the security guard did not identify Mr. Serrano by name in the police statement, instead referring to him only as the "second guy with [the]

[173] Troisièmement, le contre-interrogatoire proposé dans *R. V.* avait une valeur probante moindre que celui de M. Samaniego. Dans *R. V.*, le contre-interrogatoire ne visait qu'à établir que la plaignante mentait à propos de l'agression sexuelle afin de dissimuler une grossesse inattendue avec son copain (ou un autre partenaire). Si le juge des faits rejetait cette thèse de la défense, le contre-interrogatoire n'avait plus de valeur. En l'espèce, cependant, le contre-interrogatoire était pertinent à deux égards. Il étayait la principale thèse de la défense (que le gardien de sécurité était disposé à mentir pour protéger M. Serrano) et il minait de façon indépendante la crédibilité du gardien de sécurité en donnant un exemple clair de témoignage antérieur incompatible. Par conséquent, le contre-interrogatoire de M. Samaniego, contrairement à celui dans *R. V.*, était pertinent même si le juge des faits rejetait la thèse de la défense, car le jury aurait pu se servir de cette contradiction pour conclure que le gardien de sécurité n'était pas un témoin fiable.

[174] Une distinction s'impose donc entre le présent pourvoi et *R. V.* Si le juge des faits avait un doute raisonnable quant à la véracité du témoignage du gardien de sécurité selon lequel M. Samaniego s'était à un certain moment trouvé en possession de l'arme à feu, ce dernier avait droit à l'acquiescement. Toute contradiction dans le témoignage du gardien de sécurité revêtait donc une grande importance pour l'issue du procès. Toutefois, une contradiction quant à l'identité de la personne qui possédait l'arme constituait la plus importante contradiction que l'avocate de la défense pouvait espérer explorer. Cela est d'autant plus vrai compte tenu des faits de l'espèce, car la réticence initiale du gardien de sécurité à incriminer son ami à l'enquête préliminaire, et ce, jusqu'à ce qu'il soit confronté à une déclaration contradictoire à la police, étayait la thèse principale de la défense de M. Samaniego.

[175] Contrairement à ce qu'affirme notre collègue, le récit du gardien de sécurité quant à l'identité de la personne qui avait laissé tomber et ramassé l'arme à feu n'a pas servi à incriminer M. Serrano à « chaque étape du processus » : motifs majoritaires, par. 73. Même si M. Serrano et lui étaient « bons amis » depuis 10 ans, le gardien de sécurité n'a pas nommé identifié M. Serrano dans sa déclaration à la police, le

baseball hat”: R.R., vol. I, at p. 3. This vague description of Mr. Serrano continued throughout the preliminary inquiry. Further, after the police statement was admitted and identity was conceded, the security guard’s testimony consistently painted Mr. Serrano in a favourable light. At trial, the security guard testified that Mr. Serrano was a friend who de-escalated a dangerous situation caused by Mr. Samaniego bringing the gun to the nightclub. For example, the security guard agreed with Mr. Serrano’s counsel that before he picked up the gun, Mr. Serrano looked at him in a non-aggressive and non-intimidating way, conveying to him that everything was going to be okay. We therefore cannot agree with the assertion that the trial judge’s error was insignificant because the security guard was plainly willing to incriminate Mr. Serrano at every step.

[176] Although the majority at the Court of Appeal did not discuss the potential application of the curative proviso, they held that, even if the trial judge did err in restricting cross-examination on the security guard’s preliminary inquiry testimony about who dropped and picked up the gun, the trial was not rendered unfair. The majority at the Court of Appeal emphasized that there was no unfairness because (1) Mr. Samaniego’s counsel framed her questions as going to memory and the refusal of the security guard to identify who dropped the gun, (2) the trial judge was concerned about the suggestion that the security guard’s testimony at the preliminary inquiry did not include the police statement, and (3) Mr. Samaniego’s counsel fully explored various inconsistencies in the security guard’s evidence and the suggestion that his testimony was tailored to benefit the co-accused. With respect, none of these factors, on their own or in combination, would justify the application of the curative proviso in these circumstances.

[177] First, as Paciocco J.A. correctly highlighted in dissent, it is clear that Mr. Samaniego’s counsel

désignant plutôt comme le [TRADUCTION] « deuxième type avec la casquette de baseball » : d.i., vol. I, p. 3. Cette vague description de M. Serrano s’est poursuivie tout au long de l’enquête préliminaire. De plus, une fois la déclaration à la police admise et l’identité de l’homme concédée, le témoignage du gardien de sécurité a toujours présenté M. Serrano sous un jour favorable. Au procès, le gardien de sécurité a témoigné que M. Serrano était un ami qui avait désamorcé une situation dangereuse causée par le fait que M. Samaniego avait apporté l’arme à la boîte de nuit. Par exemple, il était d’accord avec l’avocate de M. Serrano pour dire qu’avant d’avoir ramassé l’arme, M. Serrano l’avait regardé d’une façon non agressive et non intimidante, lui faisant comprendre que tout allait bien aller. Nous ne pouvons donc pas souscrire à l’affirmation selon laquelle l’erreur commise par la juge du procès était sans importance du fait que le gardien de sécurité était manifestement disposé à incriminer M. Serrano à chaque étape.

[176] Bien qu’elles ne se soient pas penchées sur l’application possible de la disposition réparatrice, les juges majoritaires de la Cour d’appel ont statué que, même si la juge du procès avait effectivement eu tort de restreindre le contre-interrogatoire sur le témoignage du gardien de sécurité à l’enquête préliminaire à propos à l’identité de la personne qui avait laissé tomber et ramassé l’arme à feu, cela n’avait pas rendu le procès inéquitable. Ces juges ont souligné qu’il n’y avait aucune iniquité parce que (1) l’avocate de M. Samaniego avait formulé ses questions comme se rapportant à la mémoire et au refus du gardien de sécurité d’identifier la personne qui avait laissé tomber l’arme, (2) la juge du procès s’était souciee de la prétention selon laquelle le témoignage du gardien de sécurité à l’enquête préliminaire n’incluait pas la déclaration à la police et (3) l’avocate de M. Samaniego avait exploré à fond les diverses contradictions dans le témoignage du gardien de sécurité et l’affirmation selon laquelle ce témoignage avait été conçu pour profiter au coaccusé. En toute déférence, aucun de ces facteurs, pris isolément ou en combinaison avec d’autres, ne justifierait l’application de la disposition réparatrice en l’espèce.

[177] En premier lieu, comme l’a souligné, à bon droit, le juge Paciocco dans sa dissidence, il est clair

was challenging the credibility of the security guard. This is evident from the defence’s theory of the case — the security guard was lying to protect his friend. It is also evident from the initial question that drew the objection, in which Mr. Samaniego’s counsel asked the security guard: “. . . why did you not tell what you’re telling us today or yesterday?” Finally, it is evident from counsel’s response to the trial judge’s questions, where she explained that the question was relevant because it showed that the security guard “refused to identify the — who the person who dropped the gun but now he’s able to recall directly”. Mr. Samaniego’s counsel only framed her challenge in terms of memory after the trial judge ruled that “[t]he decision was made at the preliminary inquiry that he couldn’t remember. . . . [Y]ou can’t go back to what preceded this *voir dire* ruling”: R.R., vol. III, at pp. 60–61. Accordingly, this error cannot be characterized as harmless due to the way defence counsel framed the question. The prior inconsistent testimony was clearly being proffered to undermine the credibility of the security guard.

[178] Second, as explained above, the trial judge’s concern that the initial question to the security guard was unfair did not justify or mitigate the significant curtailment of Mr. Samaniego’s cross-examination of the key Crown witness. The trial judge had a number of options to deal with what she viewed as a potentially misleading question, none of which required preventing defence counsel from entirely pursuing this line of questioning.

[179] Third, the notion that this error was harmless because Mr. Samaniego was able to effectively put his theory of the case to the jury fundamentally misunderstands and degrades the constitutionally protected right to make full answer and defence. The right to full answer and defence entails more than simply the right to put one’s position before

que l’avocate de M. Samaniego tentait de miner la crédibilité du gardien de sécurité. C’est ce qui ressort de la thèse de la défense en l’espèce — le gardien de sécurité mentait afin de protéger son ami. C’est ce qui ressort également de la question initiale qui a suscité l’objection, où l’avocate de M. Samaniego a demandé au gardien de sécurité : [TRADUCTION] « . . . pourquoi n’avez-vous pas dit ce que vous nous dites aujourd’hui ou ce que vous nous avez dit hier? » Enfin, c’est ce qui ressort de la réponse de l’avocate aux questions de la juge du procès, lorsqu’elle lui a expliqué que la question était pertinente parce qu’elle démontrait que le gardien de sécurité avait [TRADUCTION] « refusé d’identifier le — la personne qui avait laissé tomber l’arme à feu, mais que maintenant, il pouvait s’en rappeler immédiatement ». L’avocate de M. Samaniego n’a formulé sa contestation comme se rapportant à la mémoire qu’après que la juge du procès a statué [TRADUCTION] « [qu’i]l a été décidé à l’enquête préliminaire qu’il ne s’en rappelait plus. [. . .] [V]ous ne pouvez pas revenir sur ce qui a précédé la décision sur le voir-dire » : d.i., vol. III, p. 60–61. Par conséquent, cette erreur ne saurait être qualifiée d’inoffensive en raison de la façon dont l’avocate de la défense a formulé la question. Il est clair que le témoignage antérieur incompatible a été présenté pour miner la crédibilité du gardien de sécurité.

[178] En deuxième lieu, comme nous l’avons expliqué précédemment, la crainte de la juge du procès que la question initiale au gardien de sécurité soit injuste ne justifiait pas ni n’atténuait la restriction importante apportée au contre-interrogatoire du témoin clé de la Couronne mené par l’avocate de M. Samaniego. La juge du procès disposait de plusieurs moyens de traiter de ce qu’elle considérait être une question susceptible d’induire en erreur, mais aucun n’exigeait d’empêcher complètement l’avocate de la défense de poursuivre cette ligne de questions.

[179] En troisième lieu, l’idée selon laquelle cette erreur était inoffensive parce que M. Samaniego a été en mesure de présenter sa thèse au jury constitue une interprétation fondamentalement erronée du droit constitutionnel à une défense pleine et entière et dégrade aussi fondamentalement celui-ci. Ce droit ne se limite pas au droit de présenter sa thèse au jury — il

the jury — it entails the right to marshal all relevant and material evidence not subject to an exclusionary rule and whose probative value is not substantially outweighed by its prejudicial effect. In *Seaboyer*, McLachlin J. explained: “The right of the innocent not to be convicted is dependent on the right to present full answer and defence. This, in turn, depends on being able to call the evidence necessary to establish a defence and to challenge the evidence called by the prosecution” (p. 608 (emphasis added)).

[180] The unfairness flowing from the trial judge’s erroneous ruling was also not minimized by the fact that Mr. Samaniego could explore other inconsistencies in the security guard’s testimony and generally allude to the security guard’s motive to lie. As Paciocco J.A. noted, “[t]here is a world of difference between establishing a relationship that could bias a witness and presenting evidence capable of satisfying jurors that the witness may have given biased testimony in the same proceedings in favour of his friend”: para. 99.

[181] Finally, the potential impact of the trial judge’s error was compounded by her mid-trial charge to the jury, which was repeated in the final charge to the jury. The trial judge instructed the jury that “any reference” to the alleged inconsistency must be “completely disregarded” and “must have no part in your consideration or deliberation about this case”. Accordingly, not only did the trial judge unduly preclude defence counsel from cross-examining the security guard on the prior inconsistent statement, her charge also negated any potential impact that the earlier cross-examination on this issue could have had in undermining the security guard’s credibility.

[182] In sum, the trial judge’s error cannot be characterized as harmless. Our colleague emphasizes that our reasons focus only on one issue. Indeed, we do not believe it is necessary to address the other

comprend également le droit de rassembler tous les éléments de preuve pertinents et substantiels qui ne font pas l’objet d’une règle d’exclusion et dont l’effet préjudiciable ne l’emporte pas substantiellement sur leur valeur probante. Dans l’arrêt *Seaboyer*, la juge McLachlin expliquait que « [l]e droit de l’innocent de ne pas être déclaré coupable est lié à son droit de présenter une défense pleine et entière. Il doit donc pouvoir présenter les éléments de preuve qui lui permettront d’établir sa défense ou de contester la preuve présentée par la poursuite » : p. 608 (nous soulignons).

[180] L’iniquité découlant de la décision erronée de la juge du procès n’a pas non plus été minimisée par le fait que M. Samaniego pouvait explorer d’autres contradictions dans le témoignage du gardien de sécurité et pouvait également faire allusion aux raisons qu’avait le gardien de sécurité de mentir. Comme l’a souligné le juge Paciocco, [TRADUCTION] « [i]l y a une énorme différence entre établir une relation susceptible de faire en sorte qu’un témoin soit partial et présenter une preuve capable de convaincre les jurés que le témoin a pu livrer un témoignage partial au cours de la même instance, en faveur de son ami » : par. 99.

[181] Enfin, l’incidence possible de l’erreur de la juge du procès a été accentuée par sa directive de mi-procès au jury, laquelle a été répétée dans son exposé final à celui-ci. La juge a donné la directive au jury de [TRADUCTION] « faire complètement abstraction » et de « ne tenir aucunement compte dans votre examen ou vos délibérations en l’espèce de toute mention » de la contradiction reprochée. Par conséquent, non seulement la juge du procès a indûment empêché l’avocate de la défense de contre-interroger le gardien de sécurité sur sa déclaration antérieure incompatible, mais en plus elle a donné comme directive au jury d’écarter toute incidence possible que le contre-interrogatoire antérieur sur cette question aurait pu avoir pour miner la crédibilité du gardien de sécurité.

[182] En somme, l’erreur de la juge du procès ne saurait être qualifiée d’inoffensive. Notre collègue souligne que nos motifs ne portent que sur une seule question. De fait, nous ne croyons pas qu’il soit

impugned rulings in light of the seriousness and central importance to trial fairness of the legal error that we have highlighted.

[183] In our view, our colleague’s reliance on *R.V.* is misguided. It warrants repetition that cross-examination is central to the truth-seeking function, which is why this Court stressed in *R.V.* that “a failure to allow relevant cross-examination will almost always be grounds for a new trial”. Given this general rule, the application of the curative proviso in *R.V.* must be seen as extraordinary and only justified on the unique circumstances of that case. To the extent that the curative proviso can be applied more generally where cross-examination has been curtailed contrary to the rules of evidence, this is a matter of considerable concern. While the right to cross-examination is not unlimited, any such limitations should be confined to carefully defined circumstances where there is a sufficient countervailing consideration to justify the limitation. Only in rare and exceptional circumstances can unwarranted interference with cross-examination be appropriately categorized as a harmless error. In the circumstances of this case, the error cannot be said to be harmless.

[184] Similarly, the trial judge’s error cannot be justified under the second branch of the curative proviso. The evidence was far from overwhelming — the only evidence linking Mr. Samaniego to possession of the gun was the testimony of one witness who had a motive to lie and whose testimony at trial about who he saw drop the gun was, at times, manifestly inconsistent with his testimony at the preliminary inquiry. In light of the foregoing, the application of the curative proviso is inappropriate in the circumstances of this case.

VII. Conclusion

[185] For the foregoing reasons, we would allow the appeal, set aside the conviction, and order a new trial.

nécessaire d’examiner les autres décisions contestées vu la gravité et l’importance capitale, à l’égard de l’équité du procès, que revêt l’erreur de droit que nous avons mise en évidence.

[183] À notre avis, notre collègue a tort de s’appuyer sur l’arrêt *R.V.* Il convient de rappeler que le contre-interrogatoire est au cœur même de la fonction de recherche de la vérité, ce qui explique pourquoi notre Cour a souligné dans *R.V.* que « le défaut de permettre un contre-interrogatoire pertinent justifiera presque toujours la tenue d’un nouveau procès ». Vu cette règle générale, l’application de la disposition réparatrice dans *R.V.* doit être considérée comme extraordinaire et comme ne se justifiant qu’en raison des circonstances particulières de l’affaire. Il y a lieu de s’inquiéter considérablement si la disposition réparatrice peut être appliquée plus généralement dans le cas où le contre-interrogatoire a été restreint en contravention des règles de preuve. Bien que le droit de contre-interroger ne soit pas illimité, toute restriction à celui-ci devrait se limiter à des circonstances soigneusement définies où il existe une considération qui fait suffisamment contrepoids pour justifier la restriction. Ce n’est qu’en des circonstances rares et exceptionnelles qu’une interférence injustifiée dans le contre-interrogatoire peut, à bon droit, être qualifiée d’erreur inoffensive. Dans les circonstances de l’espèce, l’erreur ne saurait être considérée comme telle.

[184] De même, l’erreur de la juge du procès ne saurait être justifiée au regard du second volet de la disposition réparatrice. La preuve était loin d’être accablante — la seule preuve liant M. Samaniego à la possession de l’arme à feu était le témoignage d’une personne qui avait des raisons de mentir et dont le témoignage au procès à propos de l’identité de la personne qu’elle avait vue laisser tomber l’arme était, parfois, manifestement incompatible avec sa déposition à l’enquête préliminaire. Vu ce qui précède, il ne convient pas d’appliquer la disposition réparatrice dans les circonstances de ce dossier.

VII. Conclusion

[185] Pour les motifs qui précèdent, nous sommes d’avis d’accueillir le pourvoi, d’annuler la déclaration de culpabilité et d’ordonner la tenue d’un nouveau procès.

Appeal dismissed, CÔTÉ, BROWN and ROWE JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Rusonik, O'Connor, Robbins, Ross & Angelini, Toronto.

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

Solicitors for the intervener: Louis P. Strezos & Associate, Toronto; Greenspan Humphrey Weinstein, Toronto.

Pourvoi rejeté, les juges CÔTÉ, BROWN et ROWE sont dissidents.

Procureurs de l'appelant : Rusonik, O'Connor, Robbins, Ross & Angelini, Toronto.

Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intervenante : Louis P. Strezos & Associate, Toronto; Greenspan Humphrey Weinstein, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Richard Vallières *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario and
Association québécoise des avocats et
avocates de la défense** *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. VALLIÈRES

2022 SCC 10

File No.: 39162.

2021: November 12; 2022: March 31.

Present: Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Côté,
Brown, Rowe, Martin, Kasirer and Jamal JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC**

Criminal law — Sentencing — Fine in lieu of order for forfeiture of property that is proceeds of crime — Discretion of court — Amount of fine — Whether court has discretion to limit amount of fine in lieu to profit made by offender from their criminal activities — Whether value of property that is proceeds of crime may be apportioned between co-accused — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 462.37(3).

In 2016, V was convicted of fraud, trafficking and theft in respect of maple syrup. The stolen maple syrup, which had a market value of over \$18,000,000, passed through the hands of several individuals before it was resold by V, who collected the income and paid his various accomplices. By V's own admission, he earned \$10,000,000 in income from the resale of the syrup obtained by theft or fraud and made a personal profit of nearly \$1,000,000, minus certain transportation costs.

Under s. 462.37(3) of the *Criminal Code*, the trial judge imposed a fine on V in lieu of an order for forfeiture of property that was proceeds of crime ("fine in lieu"). Because the trial judge was of the opinion that he had no choice but to impose a fine equal to the value of the

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Richard Vallières *Intimé*

et

**Procureur général de l'Ontario et
Association québécoise des avocats et
avocates de la défense** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. VALLIÈRES

2022 CSC 10

N° du greffe : 39162.

2021 : 12 novembre; 2022 : 31 mars.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges
Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin,
Kasirer et Jamal.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Détermination de la peine — Amende en remplacement d'une ordonnance de confiscation de biens qui constituent des produits de la criminalité — Pouvoir discrétionnaire du tribunal — Montant de l'amende — Un tribunal possède-t-il la discrétion de limiter le montant d'une amende compensatoire aux seuls profits tirés par un contrevenant de ses activités criminelles? — La valeur du bien qui constitue un produit de la criminalité peut-elle être répartie entre des coaccusés? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 462.37(3).

En 2016, V est reconnu coupable d'infractions de fraude, de trafic et de vol en rapport avec du sirop d'érable. Le sirop d'érable volé, dont la valeur marchande dépasse 18 000 000 \$, circule entre les mains de plusieurs individus jusqu'à sa revente par V, qui encaisse les revenus et paye ses différents complices. De l'aveu même de V, ce dernier aurait tiré 10 000 000 \$ de revenus de la revente du sirop obtenu par vol ou par fraude, et réalisé un profit personnel de près de 1 000 000 \$, moins certaines dépenses de transport.

En vertu du par. 462.37(3) du *Code criminel*, le juge de première instance inflige à V une amende en remplacement d'une ordonnance de confiscation d'un bien qui constitue un produit de la criminalité (« amende compensatoire »). Étant d'avis qu'il n'a d'autre choix que d'infliger une amende

property that was proceeds of crime and that had been in V's possession or under his control, he ordered V to pay a fine corresponding to the resale value of the maple syrup obtained by theft or fraud, that is, \$10,000,000, minus the amount of a restitution order. However, the Court of Appeal reduced that amount to the profit made by V, \$1,000,000, minus the amount of the restitution order. It held that courts have the discretion to impose a fine that reflects the profit made from a criminal activity, provided that this penalty meets the dual objective of deprivation of proceeds and deterrence. It was of the view that the fine imposed on V by the trial judge was clearly disproportionate to the objectives of the scheme governing this type of fine and that it created a situation of double recovery in light of the fines imposed on V's accomplices.

Held: The appeal should be allowed.

V must be required to pay a fine equal to the value of the property that was in his possession or under his control, that is, \$10,000,000, as the trial judge found. This amount is warranted in light of the scheme for the forfeiture of proceeds of crime, under which a fine must, in principle, be equal to the value of the property of which an offender had possession or control at some point in time. Because a court does not have the discretion to limit the amount of a fine in lieu to the profit made by an offender from their criminal activities, the Court of Appeal assumed a discretion it did not have when it reduced V's fine. Moreover, V did not prove either at trial or on appeal that there was a risk of double recovery of the \$10,000,000.

A fine in lieu differs from the sentence imposed for the commission of a designated offence in that its purpose is to replace the proceeds of crime rather than to punish the offender. It is therefore in the nature of a forfeiture order. The imposition of a fine in lieu may be considered where forfeiture of the property that is proceeds of crime has become impracticable. In such a case, a court may, instead of ordering the forfeiture of the property, order the offender to pay a fine equal to the value of the property, as provided for in s. 462.37(3) *Cr. C.*

The use of the word "may" in s. 462.37(3) *Cr. C.* indicates that Parliament intended courts to have some discretion, but this discretion does not allow them to limit the amount of a fine in lieu to the profit made from a criminal activity. The discretion applies only to the decision

dont le montant équivaut à la valeur du bien qui constitue un produit de la criminalité et dont V a eu la possession ou le contrôle, le juge de première instance lui impose une amende correspondant à la valeur de revente du sirop d'érable obtenu par vol ou par fraude, soit 10 000 000 \$, moins le montant d'une ordonnance de restitution. La Cour d'appel réduit toutefois cette somme aux profits réalisés par V, soit 1 000 000 \$, moins le montant de l'ordonnance de restitution. Selon elle, les tribunaux possèdent le pouvoir discrétionnaire d'infliger une amende qui reflète le profit tiré d'une activité criminelle, pourvu que cette sanction satisfasse au double objectif de privation du gain et de dissuasion. Elle est d'avis que l'amende infligée à V par le juge de première instance est manifestement disproportionnée par rapport aux objectifs visés par le régime gouvernant ce type d'amende et qu'elle crée une situation de double recouvrement, compte tenu des amendes infligées aux complices de V.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

V doit être tenu au paiement d'une amende égale à la valeur du bien qui était en sa possession ou sous son contrôle, soit 10 000 000 \$, tel que l'a conclu le juge de première instance. Ce montant s'impose à la lumière du régime sur la confiscation des produits de la criminalité, qui prescrit que l'amende doit en principe être équivalente à la valeur du bien qu'a possédé ou contrôlé le contrevenant à un quelconque moment. Puisqu'un tribunal ne possède pas la discrétion de limiter le montant d'une amende compensatoire aux seuls profits tirés par un contrevenant de ses activités criminelles, la Cour d'appel s'est arrogée un pouvoir discrétionnaire qu'elle ne possédait pas en réduisant l'amende de V. De plus, V n'a pas prouvé en première instance ni en appel qu'il existait un risque de double recouvrement à l'égard de la somme de 10 000 000 \$.

L'amende compensatoire se distingue de la peine infligée pour la commission d'une infraction désignée en ce qu'elle a pour but de remplacer le produit de la criminalité plutôt que de punir le contrevenant. Elle tient donc de la nature d'une ordonnance de confiscation. L'infligence d'une amende compensatoire peut être envisagée lorsque la confiscation du bien qui constitue un produit de la criminalité est devenue irréalisable. Le tribunal peut alors, en remplacement de l'ordonnance de confiscation, infliger au contrevenant une amende égale à la valeur du bien, comme le prévoit le par. 462.37(3) *C. cr.*

La présence du terme « peut » au par. 462.37(3) *C. cr.* signale l'intention du législateur de conférer un certain pouvoir discrétionnaire aux tribunaux, mais ce pouvoir ne leur permet pas de limiter le montant de l'amende compensatoire aux profits tirés d'une activité criminelle. Ce

whether or not to impose a fine and to the determination of the value of the property.

First of all, the wording of s. 462.37(3) *Cr. C.* is categorical with respect to the amount of the fine: it is equal to the value of the property that is proceeds of crime. The definition of the term “property” in s. 2 *Cr. C.* is broad enough to capture gross income derived from the sale of property obtained by crime. Furthermore, a court that limited the scope of a fine to the profit made by an offender from their criminal activities would be disregarding the nature of this order, which serves as a substitute where forfeiture of the property has become impracticable. Equivalency between the amount of the fine and the value of the property is inherent in the notion of substitution. Lastly, limiting a fine in lieu to an offender’s profit undermines and disregards what Parliament intended. The dual objective of such an order is to deprive an offender of the proceeds of their crime and to deter them, as well as potential accomplices and criminal organizations, from reoffending. Through the severity of the proceeds of crime provisions, Parliament is sending a clear message that crime does not pay and is thus attempting to discourage individuals from organizing themselves and committing profit-driven crimes. Parliament’s decision that the fine must correspond to the value of the property is therefore deliberately harsh.

At the step of determining the value of the property, the Crown’s burden is only to show that the offender had possession or control of property that is proceeds of crime and to establish the value of that property. The determination of the property’s value must be based on the evidence and not on a purely hypothetical calculation. In a situation involving the resale of property obtained by crime, the proceeds of crime are, in principle, the sum obtained in exchange for the property originally in the offender’s possession or under their control, in keeping with the definition of the word “property” in s. 2 *Cr. C.* An offender’s ability to pay must not be considered in determining the amount of a fine in lieu, any more than in deciding whether or not to impose such a fine.

In situations involving co-accused who had possession or control of the same property that constitutes proceeds of crime, courts may divide the value of the property between the co-accused if there is a risk of double recovery, if apportionment is requested by the offender and if the evidence allows this determination to be made. The onus is on the offender to make the request and to satisfy the court that it is appropriate to apportion the value of the property between co-accused. The exercise of the court’s discretion to apportion will depend on the circumstances of each case.

pouvoir s’applique uniquement à la décision d’infliger ou non une amende, puis à la détermination de la valeur du bien.

D’abord, le texte du par. 462.37(3) *C. cr.* est catégorique en ce qui concerne le montant de l’amende : il est égal à la valeur du bien qui constitue un produit de la criminalité. La définition du terme « biens » à l’art. 2 *C. cr.* est suffisamment large pour viser les revenus bruts tirés de la vente de biens obtenus criminellement. De plus, le tribunal qui limiterait la portée d’une amende aux profits tirés par un contrevenant de ses activités criminelles ferait fi de la nature de cette ordonnance, qui vaut à titre de substitution lorsque la confiscation du bien est devenue irréalisable. L’équivalence entre le montant de l’amende et la valeur du bien est inhérente à la notion de remplacement. Enfin, le fait de limiter une amende compensatoire aux profits du contrevenant sape et occulte l’intention du législateur. Cette ordonnance a comme double objectif de priver le contrevenant des produits de son crime et de le dissuader, ainsi que ses complices potentiels et les organisations criminelles, de récidiver. Par la sévérité des dispositions sur les produits de la criminalité, le législateur envoie le message clair que le crime ne paie pas et tente ainsi de décourager les individus de s’organiser et de commettre des crimes motivés par l’appât du gain. C’est donc à dessein que le législateur recourt à une mesure très sévère en prescrivant que l’amende doit correspondre à la valeur du bien.

À l’étape de la détermination de la valeur du bien, le fardeau qui incombe au ministère public se limite à démontrer que le contrevenant a possédé ou contrôlé un bien qui constitue un produit de la criminalité et à en établir la valeur. La détermination de la valeur du bien doit s’appuyer sur la preuve et non sur un calcul purement théorique. Dans une situation impliquant la revente d’un bien obtenu criminellement, le produit de la criminalité est, en principe, la somme obtenue en échange du bien originellement en la possession ou sous le contrôle du contrevenant, conformément à la définition du mot « biens » prévue à l’art. 2 *C. cr.* La capacité de payer du contrevenant ne doit pas être considérée dans la détermination du montant de l’amende compensatoire, pas plus qu’elle ne doit l’être dans le cadre de la décision d’infliger ou non une telle amende.

Dans les situations impliquant des coaccusés qui ont possédé ou contrôlé le même bien constituant un produit de la criminalité, les tribunaux peuvent diviser la valeur du bien entre ceux-ci dès lors qu’il existe un risque de double recouvrement, qu’une demande en ce sens est formulée par le contrevenant et que la preuve permet d’en décider. Il incombe au contrevenant de demander et de convaincre le tribunal que la répartition de la valeur du bien entre des coaccusés est indiquée. L’exercice du pouvoir discrétionnaire de répartition du tribunal dépendra des circonstances

Where the conditions giving rise to a possibility of double recovery are met, the court must apportion the value of the property between the co-accused in order to reflect the nature of a fine in lieu, which replaces the property that cannot be forfeited, nothing more and nothing less. However, given the approximate nature of the exercise, the court retains some flexibility in deciding how the value of the property will be apportioned between the co-accused.

While the offender bears the burden of raising apportionment and establishing its appropriateness, the Crown should, to the extent possible and where the available evidence allows, mitigate the risk of double recovery by apportioning, on its own initiative, the value of the property that is proceeds of crime between the co-accused. The Crown should discharge this duty in every case, but especially where the co-accused are tried separately, because it has an overview of the various proceedings and can limit up front the amount it seeks as a fine in lieu in each proceeding in order to ensure that the total of the fines imposed on the co-accused corresponds to the value of the property that is proceeds of crime.

Cases Cited

Applied: *R. v. Lavigne*, 2006 SCC 10, [2006] 1 S.C.R. 392; **considered:** *R. v. Dieckmann*, 2017 ONCA 575, 355 C.C.C. (3d) 216; *R. v. Devloo and Ong*, 2018 MBQB 140; **referred to:** *R. v. Craig*, 2009 SCC 23, [2009] 1 S.C.R. 762; *R. v. Ouellette*, 2009 SCC 24, [2009] 1 S.C.R. 818; *R. v. Nguyen*, 2009 SCC 25, [2009] 1 S.C.R. 826; *R. v. Dwyer*, 2013 ONCA 34, 296 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Rafilovich*, 2019 SCC 51, [2019] 3 S.C.R. 838; *R. v. Way*, 2017 ONCA 754, 140 O.R. (3d) 309; *R. v. Angelis*, 2016 ONCA 675, 133 O.R. (3d) 575; *R. v. Ford*, 2013 NBCA 63, 412 N.B.R. (2d) 196; *R. v. Devloo*, 2020 MBCA 3, 384 C.C.C. (3d) 288; *R. v. Banayos and Banayos*, 2018 MBCA 86, 365 C.C.C. (3d) 528; *Quebec (Attorney General) v. Laroche*, 2002 SCC 72, [2002] 3 S.C.R. 708; *R. v. Schoer*, 2019 ONCA 105, 371 C.C.C. (3d) 292; *R. v. Dritsas*, 2015 MBCA 19, 315 Man. R. (2d) 205; *R. v. Khatchatourov*, 2014 ONCA 464, 313 C.C.C. (3d) 94; *R. v. Piccinini*, 2015 ONCA 446; *R. v. Siddiqi*, 2015 ONCA 374; *R. v. Dow*, 2014 NBCA 15, 418 N.B.R. (2d) 222; *R. v. S. (A.)*, 2010 ONCA 441, 258 C.C.C. (3d) 13; *R. v. Grenier*, 2017 QCCA 57; *R. v. Lawrence*, 2018 ONCA 676; *R. v. Lawlor*, 2021 ONCA 692; *R. v. Chung*, 2021 ONCA 188, 402 C.C.C. (3d) 145; *R. v. Sam* (1998), 163 Sask. R. 314; *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297; *R. v. Mian*, 2014 SCC 54, [2014] 2 S.C.R. 689.

de chaque affaire. Lorsque les conditions créant une possibilité de double recouvrement sont réunies, le tribunal doit procéder à la répartition de la valeur du bien entre les coaccusés afin de respecter la nature de l’amende compensatoire, laquelle remplace le bien non confiscable, ni plus ni moins. Le tribunal conserve cependant une certaine souplesse dans la manière de répartir la valeur du bien entre les coaccusés, vu le caractère approximatif de l’exercice.

Bien que le contrevenant ait le fardeau de soulever et d’établir que la répartition est indiquée, le ministère public devrait, dans la mesure du possible et lorsque la preuve à sa disposition le permet, mitiger le risque de double recouvrement en répartissant de son propre chef la valeur du bien qui constitue un produit de la criminalité entre les coaccusés. Le ministère public devrait s’acquitter de ce devoir en tout temps, mais à plus forte raison lorsque les coaccusés subissent des procès séparés, puisqu’il possède une vue d’ensemble des différentes instances et peut, en amont, limiter le montant qu’il réclame à titre d’amende compensatoire dans chacune des procédures, afin que le total des amendes infligées aux coaccusés corresponde à la valeur du bien qui constitue un produit de la criminalité.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *R. c. Lavigne*, 2006 CSC 10, [2006] 1 R.C.S. 392; **arrêts examinés :** *R. c. Dieckmann*, 2017 ONCA 575, 355 C.C.C. (3d) 216; *R. c. Devloo and Ong*, 2018 MBQB 140; **arrêts mentionnés :** *R. c. Craig*, 2009 CSC 23, [2009] 1 R.C.S. 762; *R. c. Ouellette*, 2009 CSC 24, [2009] 1 R.C.S. 818; *R. c. Nguyen*, 2009 CSC 25, [2009] 1 R.C.S. 826; *R. c. Dwyer*, 2013 ONCA 34, 296 C.C.C. (3d) 193; *R. c. Rafilovich*, 2019 CSC 51, [2019] 3 R.C.S. 838; *R. c. Way*, 2017 ONCA 754, 140 O.R. (3d) 309; *R. c. Angelis*, 2016 ONCA 675, 133 O.R. (3d) 575; *R. c. Ford*, 2013 NBCA 63, 412 R.N.-B. (2e) 196; *R. c. Devloo*, 2020 MBCA 3, 384 C.C.C. (3d) 288; *R. c. Banayos and Banayos*, 2018 MBCA 86, 365 C.C.C. (3d) 528; *Québec (Procureur général) c. Laroche*, 2002 CSC 72, [2002] 3 R.C.S. 708; *R. c. Schoer*, 2019 ONCA 105, 371 C.C.C. (3d) 292; *R. c. Dritsas*, 2015 MBCA 19, 315 Man. R. (2d) 205; *R. c. Khatchatourov*, 2014 ONCA 464, 313 C.C.C. (3d) 94; *R. c. Piccinini*, 2015 ONCA 446; *R. c. Siddiqi*, 2015 ONCA 374; *R. c. Dow*, 2014 NBCA 15, 418 R.N.-B. (2e) 222; *R. c. S. (A.)*, 2010 ONCA 441, 258 C.C.C. (3d) 13; *R. c. Grenier*, 2017 QCCA 57; *R. c. Lawrence*, 2018 ONCA 676; *R. c. Lawlor*, 2021 ONCA 692; *R. c. Chung*, 2021 ONCA 188, 402 C.C.C. (3d) 145; *R. c. Sam* (1998), 163 Sask. R. 314; *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297; *R. c. Mian*, 2014 CSC 54, [2014] 2 R.C.S. 689.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 2 “property”, 121(1), 123(1), Part XII.2, 462.3(1) “designated offence”, “proceeds of crime”, 462.37(3), 673 “sentence”.

Authors Cited

German, Peter M. *Proceeds of Crime and Money Laundering: Includes Analysis of Civil Forfeiture and Terrorist Financing Legislation*. Toronto: Carswell, 2021 (loose-leaf updated March 2022, release 1).

Hubbard, Robert W., et al. *Money Laundering & Proceeds of Crime*. Toronto: Irwin Law, 2004.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Hilton, Bouchard and Beaupré JJ.A.), 2020 QCCA 372, [2020] AZ-51674438, [2020] J.Q. n° 1390 (QL), 2020 CarswellQue 1307 (WL), setting aside in part a decision of Pronovost J., 2017 QCCS 1687, [2017] AZ-51387603, [2017] J.Q. n° 4686 (QL), 2017 CarswellQue 3212 (WL). Appeal allowed.

Julien Beauchamp-Laliberté and *Éric Bernier*, for the appellant.

Julie Giroux, for the respondent.

Melissa Adams and *Vallery Bayly*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Jessy Héroux, for the intervener Association québécoise des avocats et avocates de la défense.

English version of the judgment of the Court delivered by

[1] THE CHIEF JUSTICE — This appeal gives the Court an opportunity to clarify the scope of judicial discretion when determining the amount of a fine to impose on an offender under s. 462.37(3) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (“*Cr. C.*”), in lieu of an order for forfeiture of property that is proceeds of crime (“fine in lieu”). In particular, this Court must determine whether a court has the discretion to limit the amount of a fine in lieu to the profit made by an offender from their criminal

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 2 « biens », 121(1), 123(1), partie XII.2, 462.3(1) « infraction désignée », « produits de la criminalité », 462.37(3), 673 « peine ».

Doctrine et autres documents cités

German, Peter M. *Proceeds of Crime and Money Laundering: Includes Analysis of Civil Forfeiture and Terrorist Financing Legislation*, Toronto, Carswell, 2021 (loose-leaf updated March 2022, release 1).

Hubbard, Robert W., et al. *Money Laundering & Proceeds of Crime*, Toronto, Irwin Law, 2004.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges Hilton, Bouchard et Beaupré), 2020 QCCA 372, [2020] AZ-51674438, [2020] J.Q. n° 1390 (QL), 2020 CarswellQue 1307 (WL), qui a infirmé en partie une décision du juge Pronovost, 2017 QCCS 1687, [2017] AZ-51387603, [2017] J.Q. n° 4686 (QL), 2017 CarswellQue 3212 (WL). Pourvoi accueilli.

Julien Beauchamp-Laliberté et *Éric Bernier*, pour l’appelante.

Julie Giroux, pour l’intimé.

Melissa Adams et *Vallery Bayly*, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Jessy Héroux, pour l’intervenante l’Association québécoise des avocats et avocates de la défense.

Le jugement de la Cour a été rendu par

[1] LE JUGE EN CHEF — Le présent pourvoi offre à notre Cour l’occasion de préciser l’étendue du pouvoir discrétionnaire dont disposent les tribunaux dans l’établissement du montant de l’amende qu’ils infligent à un contrevenant, en vertu du par. 462.37(3) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46 (« *C. cr.* »), en remplacement d’une ordonnance de confiscation d’un bien qui constitue un produit de la criminalité (« amende compensatoire »). En particulier, notre Cour doit déterminer si un tribunal possède la discrétion de limiter le

activities and must delineate the circumstances in which a court may apportion between co-accused the value of property that is proceeds of crime. This appeal serves, incidentally, as an occasion for this Court to reaffirm that a fine in lieu is ordered as a substitute for forfeiture and not as a punishment for the commission of an offence, although the fine is part of the sentencing process.

[2] The backdrop to this case is a large-scale theft and fraud scheme targeting maple syrup, a scheme in which the respondent, Richard Vallières, was one of the major players. At trial, Mr. Vallières was convicted of fraud, trafficking and theft in respect of maple syrup belonging to the Fédération des producteurs acéricoles du Québec (“Federation”). The Crown’s appeal is limited to the fine in lieu imposed on Mr. Vallières at sentencing. The trial judge imposed a fine in lieu corresponding to the resale value of the maple syrup obtained by theft or fraud, but the Quebec Court of Appeal reduced that amount to the profit made by Mr. Vallières. In both cases, the amount of a restitution order was subtracted from the fine. For the reasons that follow, I am of the view that the Court of Appeal erred.

I. Background

[3] In June 2011, Mr. Vallières met his principal accomplice, Avik Caron. Together, they planned to steal maple syrup from one of the Federation’s warehouses and resell it on the black market.

[4] Essentially, Mr. Caron was in charge of the maple syrup theft operations at the Federation’s warehouse in the municipality of Saint-Louis-de-Blandford. Mr. Caron and his accomplices surreptitiously took barrels of maple syrup, emptied them and filled them with water. The maple syrup thereby stolen from the Federation was then transferred to other barrels or plastic containers, which were transported in 53-foot tractor-trailers. The transport operations were overseen by another accomplice, Sébastien

montant d’une amende compensatoire aux seuls profits tirés par un contrevenant de ses activités criminelles, ainsi que les circonstances dans lesquelles un tribunal peut répartir entre des coaccusés la valeur du bien qui constitue un produit de la criminalité. Accessoirement, ce pourvoi permet à notre Cour de réaffirmer que l’amende compensatoire constitue une ordonnance de remplacement et non une sanction pour la commission d’une infraction, bien que l’amende s’inscrive dans le processus de détermination de la peine.

[2] La toile de fond de la présente affaire est un stratagème de grande envergure de vol et de fraude visant du sirop d’érable, stratagème dont l’intimé, Richard Vallières, était l’un des principaux protagonistes. Au terme de son procès, M. Vallières a été reconnu coupable d’infractions de fraude, de trafic et de vol en rapport avec du sirop d’érable appartenant à la Fédération des producteurs acéricoles du Québec (« Fédération »). L’appel interjeté par le ministère public concerne uniquement l’amende compensatoire infligée à M. Vallières lors de la détermination de sa peine. Le premier juge a infligé une amende compensatoire correspondant à la valeur de revente du sirop d’érable obtenu par vol ou par fraude, alors que la Cour d’appel du Québec a réduit cette somme aux profits réalisés par M. Vallières, déduction faite dans les deux cas du montant de l’ordonnance de restitution. Pour les raisons qui suivent, je suis d’avis que la Cour d’appel a fait erreur.

I. Le contexte

[3] En juin 2011, M. Vallières rencontre son principal complice, Avik Caron. Ensemble, ils planifient de dérober du sirop d’érable se trouvant dans l’un des entrepôts de la Fédération pour le revendre sur le marché noir.

[4] Pour l’essentiel, M. Caron se charge des opérations de vol du sirop d’érable à l’entrepôt de la Fédération situé dans la municipalité de Saint-Louis-de-Blandford. Monsieur Caron et ses complices s’emparent subrepticement de barils de sirop d’érable, qu’ils vident de leur contenu puis remplissent d’eau. Le sirop d’érable ainsi volé à la Fédération est ensuite transvidé dans d’autres barils ou dans des contenants en plastique, lesquels sont transportés dans des camions-remorques de 53 pieds. Les opérations

Jutras. Mr. Vallières purchased the syrup directly from Mr. Caron and exported it outside Quebec, including to New Brunswick, where his co-accused Étienne St-Pierre carried on business.

[5] The stolen maple syrup therefore passed through the hands of several individuals before it was resold by Mr. Vallières, who collected the income and paid his various accomplices. In this regard, 6 of his 16 accomplices were ordered to pay fines in lieu, in amounts ranging from \$9,840 to \$1,200,000.

[6] This criminal enterprise, which spanned a period of about a year, led to the largest deployment of resources in the history of the Sûreté du Québec for an investigation concerning stolen tangible property. That massive police operation uncovered a theft of 9,571 barrels of maple syrup belonging to the Federation with a market value of over \$18,000,000.

[7] In addition to trafficking in the stolen syrup, Mr. Vallières purchased maple syrup in fraud of the Federation's rights by going directly through Quebec maple syrup producers without being an authorized buyer or paying the contribution provided for in the provincial syrup marketing regulations.

[8] By Mr. Vallières's own admission, he earned \$10,000,000 in income from the resale of the syrup obtained by theft or fraud and made a personal profit of nearly \$1,000,000, minus certain transportation costs.

II. Procedural History

A. *Quebec Superior Court, 2017 QCCS 1687 (Pronovost J.)*

[9] In 2016, a jury found Mr. Vallières guilty of theft, fraud and trafficking in property obtained by crime, offences that all concerned property with a value of more than \$5,000. At the sentencing stage,

de transport sont dirigées par un autre complice, Sébastien Jutras. Monsieur Vallières achète le sirop directement de M. Caron puis l'exporte à l'extérieur du Québec, dont au Nouveau-Brunswick, où son coaccusé Étienne St-Pierre exploite une entreprise.

[5] Le sirop d'érable volé circule donc entre les mains de plusieurs individus jusqu'à sa revente par M. Vallières, qui encaisse les revenus et paye ses différents complices. À ce propos, 6 des 16 complices de M. Vallières ont été condamnés au paiement d'une amende compensatoire, dont le montant respectif varie entre 9 840 \$ et 1 200 000 \$.

[6] Cette entreprise criminelle, qui s'est échelonnée sur une période d'environ un an, a donné lieu au plus grand déploiement de ressources de l'histoire de la Sûreté du Québec dans le cadre d'une enquête portant sur des biens tangibles volés. Cette vaste opération policière a permis de mettre en lumière un vol de 9 571 barils de sirop d'érable appartenant à la Fédération et dont la valeur marchande dépasse 18 000 000 \$.

[7] En plus de se livrer au trafic du sirop volé, M. Vallières se procure également du sirop d'érable en fraude des droits de la Fédération, en passant directement par des producteurs acéricoles québécois sans être un acheteur autorisé ni acquitter la cotisation prévue dans la réglementation provinciale de mise en marché du sirop.

[8] De l'aveu même de M. Vallières, ce dernier aurait tiré 10 000 000 \$ de revenus de la revente du sirop obtenu par vol ou par fraude, et réalisé un profit personnel de près de 1 000 000 \$, moins certaines dépenses de transport.

II. Historique procédural

A. *Cour supérieure du Québec, 2017 QCCS 1687 (le juge Pronovost)*

[9] En 2016, un jury déclare M. Vallières coupable d'infractions de vol, de fraude, ainsi que de trafic de biens obtenus criminellement, le tout en rapport avec des biens dont la valeur dépasse 5 000 \$. Au

the Crown sought, among other things, a fine in lieu of \$9,393,498.44 payable within 8 years.

[10] The trial judge began by considering whether it was appropriate to impose such a fine on Mr. Vallières. Finding that Mr. Vallières had profited from the crimes he had committed with other individuals, which had taken place over a lengthy period of time, the trial judge concluded that a fine in lieu therefore had to be imposed on him. Although the evidence established that the Federation had incurred a financial loss exceeding \$18,000,000, the judge, relying on the admission made by Mr. Vallières, determined that he had had in his possession at least \$10,000,000 from the resale of the syrup obtained by theft or fraud.

[11] The judge noted that his discretion to determine the amount of the fine in lieu was limited: the fine had to be equal to the value of the property that was proceeds of crime and that had been in Mr. Vallières's possession or under his control. Because the evidence showed beyond a reasonable doubt that Mr. Vallières had received \$10,000,000 from the theft, fraud and trafficking he had committed, the judge found that he had no choice but to order the payment of that amount as a fine in lieu. From the \$10,000,000, he subtracted \$606,501.56, which was the amount of a restitution order.¹ Mr. Vallières was subject to a 6-year term of imprisonment if he failed to pay the fine in lieu within 10 years.

B. *Quebec Court of Appeal, 2020 QCCA 372 (Hilton, Bouchard and Beaupré J.J.A.)*

[12] On appeal, Mr. Vallières essentially argued that the trial judge had exercised his discretion improperly by ordering him to pay a fine in lieu, the terms and amount of which were not challenged.

¹ Because the \$606,501.56 was in U.S. currency, it should have been converted to \$828,602.43 in Canadian currency based on the conversion rate suggested by the Crown. That error was corrected on appeal.

stade de la détermination de la peine, le ministère public réclame notamment l'infliction d'une amende compensatoire de 9 393 498,44 \$, payable dans un délai de 8 ans.

[10] Le juge de première instance se penche d'abord sur l'opportunité d'infliger une telle amende à M. Vallières. Estimant que ce dernier a profité des crimes qu'il a commis avec d'autres individus, crimes qui ont été perpétrés sur une longue période, il conclut en conséquence qu'une amende compensatoire doit lui être infligée. Même si la preuve établit que la Fédération a subi une perte financière dépassant 18 000 000 \$, le juge détermine, en se fondant sur l'admission de M. Vallières, que celui-ci a eu en sa possession au moins 10 000 000 \$ provenant de la revente du sirop obtenu par vol ou par fraude.

[11] En ce qui concerne la détermination du montant de l'amende compensatoire, le juge souligne que sa discrétion est limitée : l'amende doit être égale à la valeur du bien qui constitue un produit de la criminalité et dont M. Vallières a eu la possession ou le contrôle. La preuve révélant hors de tout doute raisonnable que M. Vallières a perçu 10 000 000 \$ de ses infractions de vol, de fraude et de trafic, le juge estime n'avoir d'autre choix que d'ordonner le paiement de ce montant à titre d'amende compensatoire, duquel il déduit la somme de 606 501,56 \$ faisant l'objet d'une ordonnance de restitution¹. Monsieur Vallières s'expose à une peine d'emprisonnement de 6 ans en cas de défaut de payer l'amende compensatoire dans un délai de 10 ans.

B. *Cour d'appel du Québec, 2020 QCCA 372 (les juges Hilton, Bouchard et Beaupré)*

[12] En appel, M. Vallières reproche essentiellement au premier juge d'avoir mal exercé son pouvoir discrétionnaire en lui infligeant une amende compensatoire, dont les modalités et le montant ne sont nullement contestés.

¹ Comme la somme de 606 501,56 \$ était en devise américaine, elle aurait dû être convertie à 828 602,43 \$ en devise canadienne, conformément au taux de conversion suggéré par le ministère public. Cette erreur a été corrigée en appel.

[13] The Court of Appeal rejected that argument and upheld the trial judge's imposition of a fine in lieu. In its view, the syrup sold by Mr. Vallières during the offence period had been obtained either by theft from the Federation or in fraud of its rights, designated offences of which he had been convicted. All of the income generated by Mr. Vallières during that period — \$10,000,000, which he admitted — was therefore proceeds of crime.

[14] Despite that finding, and without requesting further arguments from the parties, the Court of Appeal continued its analysis and intervened on its own initiative to reduce the amount of the fine in lieu.

[15] Based on its interpretation of *R. v. Dieckmann*, 2017 ONCA 575, 355 C.C.C. (3d) 216, the Court of Appeal held that courts have the discretion to impose a fine that reflects the profit made by an offender from criminal activity, provided that this penalty meets the dual objective of deprivation of proceeds and deterrence. The trial judge had therefore erred in finding that he had no choice but to impose a fine in lieu of \$10,000,000, minus the amount of the restitution order.

[16] The Court of Appeal further noted that the imposition of that fine created a clear situation of double recovery in light of the fines imposed on Mr. Vallières's accomplices, which were also related to profits derived from his resale of the syrup.

[17] In the Court of Appeal's view, the \$10,000,000 fine in lieu imposed in this case was clearly disproportionate to the objectives of the scheme governing this type of fine. Imposing a fine that reflected Mr. Vallières's profit margin of \$1,000,000 was more in keeping with the objective of deprivation of proceeds and with the maxim that "crime does not pay".

[18] The Court of Appeal accordingly allowed the appeal on this ground and reduced the fine in lieu to \$1,000,000, minus the amount of the restitution order

[13] La Cour d'appel rejette la prétention de M. Vallières et maintient l'infliction de l'amende compensatoire ordonnée par le juge de première instance. De l'avis de la Cour d'appel, le sirop vendu par M. Vallières durant la période infractionnelle avait été soit volé à la Fédération, soit obtenu en fraude des droits de celle-ci, des infractions désignées dont il a été reconnu coupable. La totalité des revenus générés par M. Vallières durant cette période, c'est-à-dire la somme de 10 000 000 \$, admise par ce dernier, constituait donc un produit de la criminalité.

[14] En dépit de cette conclusion, la Cour d'appel, sans requérir de plus amples arguments des parties, poursuit son analyse et intervient de son propre chef pour réduire le montant de l'amende compensatoire.

[15] S'appuyant sur son interprétation de l'arrêt *R. c. Dieckmann*, 2017 ONCA 575, 355 C.C.C. (3d) 216, la Cour d'appel conclut que les tribunaux possèdent le pouvoir discrétionnaire d'infliger une amende qui reflète le profit que le contrevenant a tiré de son activité criminelle, pourvu que cette sanction satisfasse au double objectif de privation du gain et de dissuasion. Le juge de première instance a donc fait erreur en estimant qu'il n'avait d'autre choix que d'infliger une amende compensatoire de 10 000 000 \$, moins le montant de l'ordonnance de restitution.

[16] La Cour d'appel souligne par ailleurs que l'infliction de cette amende crée une situation claire de double recouvrement, compte tenu des amendes infligées aux complices de M. Vallières, lesquelles portent également sur des profits tirés de la revente du sirop par ce dernier.

[17] En l'espèce, selon la Cour d'appel, l'amende compensatoire de 10 000 000 \$ est manifestement disproportionnée par rapport aux objectifs visés par le régime gouvernant ce type d'amende. L'infliction d'une amende reflétant la marge de profit de M. Vallières, en l'occurrence 1 000 000 \$, s'accorde davantage avec l'objectif de privation du gain et avec la maxime selon laquelle « le crime ne paie pas ».

[18] En conséquence, la Cour d'appel accueille l'appel sur ce moyen et réduit le montant de l'amende compensatoire à 1 000 000 \$, moins le montant de

(\$828,602.43 in Canadian currency), resulting in a total fine in lieu of \$171,397.57. It also reduced the term of imprisonment in default of payment of the fine from six to three years.

III. Issues

[19] The issues raised by this appeal are as follows:

1. Did the Quebec Court of Appeal err in reducing the amount of the fine in lieu imposed on Mr. Vallières?
2. Did the Court of Appeal err in failing to allow the parties to be heard regarding the change to the amount of the fine in lieu, given that this question had not been raised on appeal?

[20] The analysis of the first issue is sufficient to decide this appeal. I will therefore deal only very briefly with the second issue concerning the Crown's right to be heard on a question that had not been argued in the Court of Appeal.

IV. Parties' Arguments

[21] The Crown submits that the Court of Appeal could not reduce the amount of the fine in lieu so that it corresponded to the profit made by Mr. Vallières from his criminal activities. According to the Crown, the amount of the fine had to be equal to the value of the property that was proceeds of crime, that is, the sum of \$10,000,000 derived from the resale of the syrup obtained by theft or fraud. The Crown contends incidentally that the Court of Appeal erred in modifying the amount of the fine in lieu without giving the parties an opportunity to argue this question, which had not been raised by Mr. Vallières on appeal.

[22] Mr. Vallières argues that the Court of Appeal was justified in intervening because the trial judge had erred in exercising his discretion by stating that he had no choice but to impose a fine in lieu of \$10,000,000, minus the amount of the restitution

l'ordonnance de restitution (828 602,43 \$ en devise canadienne), ce qui se traduit par une amende compensatoire totale de 171 397,57 \$. En outre, la Cour d'appel réduit de six ans à trois ans la peine d'incarcération applicable en cas de défaut de paiement de l'amende.

III. Questions en litige

[19] Les questions en litige que soulève le présent pourvoi sont les suivantes :

1. La Cour d'appel du Québec a-t-elle fait erreur en réduisant le montant de l'amende compensatoire infligée à M. Vallières?
2. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en omettant de permettre aux parties de se faire entendre sur la modification du montant de l'amende compensatoire, alors que cette question n'était pas soulevée en appel?

[20] L'analyse de la première question en litige suffit pour trancher le présent pourvoi. En conséquence, je ne traiterai que très brièvement de la deuxième question en litige portant sur le droit du ministère public d'être entendu sur une question non débattue devant la Cour d'appel.

IV. Prétentions des parties

[21] Le ministère public soutient que la Cour d'appel ne pouvait réduire le montant de l'amende compensatoire pour qu'elle corresponde aux profits tirés par M. Vallières de ses activités criminelles. Selon le ministère public, le montant de l'amende devait être égal à la valeur du bien qui constitue un produit de la criminalité, en l'occurrence la somme de 10 000 000 \$ liée à la revente du sirop obtenu par vol ou par fraude. Accessoirement, le ministère public prétend que la Cour d'appel a fait erreur en modifiant le montant de l'amende compensatoire sans offrir aux parties l'occasion de débattre de cette question, laquelle n'a pas été soulevée par M. Vallières en appel.

[22] Monsieur Vallières plaide que l'intervention de la Cour d'appel était justifiée, puisque le premier juge a erronément exercé son pouvoir discrétionnaire en affirmant qu'il n'avait d'autre choix que d'imposer une amende compensatoire de 10 000 000 \$,

order. Mr. Vallières adds that the Court of Appeal had no obligation to give the parties an opportunity to make submissions concerning the amount of the fine, since this point necessarily arose from the issues submitted by the parties. He further argues that the Court of Appeal had the requisite factual background to decide this question.

V. Analysis

A. *Did the Quebec Court of Appeal Err in Reducing the Amount of the Fine in Lieu Imposed on Mr. Vallières?*

[23] Answering this question first requires determining whether courts have the discretion to limit the amount of a fine in lieu to the profit made from a criminal activity where this penalty meets the dual objective of deprivation of proceeds and deterrence. This appeal also provides an opportunity to clarify the circumstances in which courts may apportion the value of property that is proceeds of crime between co-accused who had possession or control of that same property or of part of it.

(1) Nature of a Fine in Lieu

[24] Before beginning my analysis, I should emphasize the special nature of a fine in lieu as a separate component of sentencing. Although a fine in lieu is technically part of a sentence pursuant to s. 673 *Cr. C.*, such an order differs from the sentence imposed for the commission of a designated offence in that its purpose is to replace the proceeds of crime rather than to punish the offender (*R. v. Lavigne*, 2006 SCC 10, [2006] 1 S.C.R. 392, at para. 25). A fine in lieu is therefore, first and foremost, in the nature of a forfeiture order. It has consistently been held that the forfeiture inquiry is independent of the broader inquiry undertaken with respect to sentencing and the principles related thereto (*Lavigne*, at paras. 25-26; *R. v. Craig*, 2009 SCC 23, [2009] 1 S.C.R. 762, at paras. 34-37; *R. v. Ouellette*, 2009 SCC 24, [2009]

déduction faite du montant de l'ordonnance de restitution. Monsieur Vallières ajoute que la Cour d'appel n'avait pas l'obligation d'offrir aux parties l'occasion de présenter des observations sur le montant de l'amende, car ce point découlait nécessairement des questions en litige soumises par les parties. Au surplus, il avance que la Cour d'appel disposait de tous les éléments factuels nécessaires pour trancher cette question.

V. Analyse

A. *La Cour d'appel du Québec a-t-elle fait erreur en réduisant le montant de l'amende compensatoire infligée à M. Vallières?*

[23] Pour répondre à cette question, il faut d'abord décider si les tribunaux possèdent le pouvoir discrétionnaire de limiter le montant d'une amende compensatoire aux profits qui ont été tirés d'une activité criminelle, lorsque cette sanction permet de satisfaire au double objectif de privation du gain et de dissuasion. En outre, le présent pourvoi est l'occasion de préciser les circonstances dans lesquelles les tribunaux peuvent répartir entre des coaccusés la valeur d'un bien qui constitue un produit de la criminalité, lorsque ce même bien ou une partie de celui-ci a été en la possession ou sous le contrôle de ceux-ci.

(1) La nature de l'amende compensatoire

[24] Avant de débiter l'analyse, il convient d'insister sur la nature particulière de l'amende compensatoire comme volet autonome de la détermination de la peine. Même si l'amende compensatoire fait techniquement partie de la peine en vertu de l'art. 673 *C. cr.*, une telle ordonnance se distingue de la peine infligée pour la commission d'une infraction désignée en ce qu'elle a pour but de remplacer le produit de la criminalité plutôt que de punir le contrevenant (*R. c. Lavigne*, 2006 CSC 10, [2006] 1 R.C.S. 392, par. 25). L'amende compensatoire tient donc, d'abord et avant tout, de la nature d'une ordonnance de confiscation. Il est de jurisprudence constante que la confiscation fait l'objet d'une analyse qui est indépendante de l'examen plus large réalisé à l'égard de la question de la détermination de la peine, ainsi que des principes

1 S.C.R. 818, at para. 2; *R. v. Nguyen*, 2009 SCC 25, [2009] 1 S.C.R. 826, at para. 2). It is therefore imperative that, when calculating the amount of a fine in lieu, courts put aside the general principles of sentencing that are incompatible with the nature of this order.

(2) Discretion to Limit the Amount of a Fine in Lieu to the Profit Made From a Criminal Activity

[25] In order to clearly understand the nature of a fine in lieu, it is important to situate it in the more general context of Part XII.2 of the *Criminal Code*, entitled “Proceeds of Crime”. This term is defined broadly (*R. v. Dwyer*, 2013 ONCA 34, 296 C.C.C. (3d) 193, at para. 21). It means “any property, benefit or advantage . . . obtained or derived directly or indirectly as a result of . . . the commission . . . of a designated offence” (s. 462.3(1) *Cr. C.*). A “designated offence” is “any offence that may be prosecuted as an indictable offence under [the *Criminal Code*] or any other Act of Parliament, other than an indictable offence prescribed by regulation” (s. 462.3(1) *Cr. C.*). In this case, the designated offences of which Mr. Vallières was convicted are theft, fraud and trafficking in property obtained by crime, all of which concerned property with a value of more than \$5,000.

[26] The imposition of a fine in lieu may be considered where forfeiture of the property that is proceeds of crime has become impracticable. In such a case, a court may, instead of ordering the forfeiture of the property, order the offender to pay a fine equal to the value of the property (s. 462.37(3) *Cr. C.*). Although the use of the word “may” indicates that Parliament intended courts to have some discretion, I am of the view that this discretion does not allow them to limit the amount of a fine in lieu to the profit made from a criminal activity, even in cases where this would be consistent with the dual objective of deprivation of proceeds and deterrence. I will explain why.

qui y sont associés (*Lavigne*, par. 25-26; *R. c. Craig*, 2009 CSC 23, [2009] 1 R.C.S. 762, par. 34-37; *R. c. Ouellette*, 2009 CSC 24, [2009] 1 R.C.S. 818, par. 2; *R. c. Nguyen*, 2009 CSC 25, [2009] 1 R.C.S. 826, par. 2). Pour cette raison, lors du calcul du montant de l’amende compensatoire, les tribunaux doivent impérativement mettre de côté les principes généraux en matière de détermination de la peine qui sont incompatibles avec la nature de cette ordonnance.

(2) Le pouvoir discrétionnaire de limiter le montant d’une amende compensatoire aux profits tirés d’une activité criminelle

[25] Pour bien cerner la nature de l’amende compensatoire, il importe de la situer dans le contexte plus général de la partie XII.2 du *Code criminel* intitulée « Produits de la criminalité ». Ce terme est défini largement (*R. c. Dwyer*, 2013 ONCA 34, 296 C.C.C. (3d) 193, par. 21). Il s’entend de tout « [b]ien, bénéfique ou avantage qui est obtenu ou qui provient [. . .] directement ou indirectement de la perpétration d’une infraction désignée » (par. 462.3(1) *C. cr.*). Constitue une « infraction désignée [. . .] toute infraction prévue par [le *Code criminel*] ou une autre loi fédérale et pouvant être poursuivie par mise en accusation, à l’exception de tout acte criminel désigné par règlement » (par. 462.3(1) *C. cr.*). Dans la présente affaire, les infractions désignées pour lesquelles M. Vallières a été reconnu coupable sont des chefs de vol, de fraude, ainsi que de trafic de biens obtenus criminellement, le tout en rapport avec des biens dont la valeur dépasse 5 000 \$.

[26] L’infliction d’une amende compensatoire peut être envisagée lorsque la confiscation du bien qui constitue un produit de la criminalité est devenue irréalisable. Dans un tel cas, le tribunal peut, en remplacement de l’ordonnance de confiscation, infliger au contrevenant une amende égale à la valeur du bien (par. 462.37(3) *C. cr.*). Même si la présence du terme « peut » signale l’intention du législateur de conférer un certain pouvoir discrétionnaire aux tribunaux, je suis d’avis que ce pouvoir ne leur permet pas pour autant de limiter le montant de l’amende compensatoire aux profits tirés d’une activité criminelle, même dans les cas où une telle limitation respecterait le double objectif de privation du gain et de dissuasion. Voici pourquoi.

[27] First, the wording of s. 462.37(3) *Cr. C.* is categorical with respect to the amount of the fine. As this Court stated in *Lavigne*, “[t]he words are crystal clear. Parliament has itself determined the amount of the fine” (para. 34). The fine is “equal to the value of the property” that is proceeds of crime (para. 35; *R. v. Rafilovich*, 2019 SCC 51, [2019] 3 S.C.R. 838, at para. 33).

[28] It is true that the term “proceeds of crime” encompasses not only property but also any “benefit” or “advantage” (s. 462.3(1) *Cr. C.*). The inclusion of these words in the definition of “proceeds of crime” can be explained by the fact that certain designated offences, such as fraud on the government (s. 121(1) *Cr. C.*) and municipal corruption (s. 123(1) *Cr. C.*), involve, among other things, the offer or acceptance of an “advantage” or “benefit”. However, the fine in lieu provision is limited to the concept of “property”, and the value of the property in question dictates the amount of the fine.

[29] The term “property” as defined in the *Criminal Code* includes “property originally in the possession or under the control of any person, and any property into or for which it has been converted or exchanged and anything acquired at any time by the conversion or exchange” (s. 2 *Cr. C.*). This definition is broad enough to capture gross income derived from the sale of property obtained by crime (see *R. v. Way*, 2017 ONCA 754, 140 O.R. (3d) 309, at paras. 4-7). In the words of R. W. Hubbard et al., “[t]he concept should clearly encompass all proceeds of crime not just those remaining after deducting expenses” (*Money Laundering & Proceeds of Crime* (2004), at p. 442). Moreover, distinguishing between an offender’s income and expenses in order to determine the offender’s profit margin would essentially amount to legitimating criminal activity. But Parliament specifically enacted s. 462.37(3) *Cr. C.* to deprive offenders of the fruits of their crimes and to take away any motivation for them to pursue their criminal purposes.

[30] Second, a court that limited the scope of a fine to the profit made by an offender from their

[27] En premier lieu, le texte du par. 462.37(3) *C. cr.* est catégorique en ce qui concerne le montant de l’amende. Comme l’indique notre Cour dans l’arrêt *Lavigne*, « [l]e texte est limpide. Le législateur a lui-même déterminé le montant de l’amende » (par. 34). L’amende est « égale à la valeur du bien » qui constitue un produit de la criminalité (par. 35; *R. c. Rafilovich*, 2019 CSC 51, [2019] 3 R.C.S. 838, par. 33).

[28] Il est vrai que le terme « produits de la criminalité » englobe non seulement les biens, mais aussi tout « bénéfice » ou « avantage » (par. 462.3(1) *C. cr.*). L’inclusion de ces termes dans la définition de « produits de la criminalité » s’explique par le fait que certaines infractions désignées, telles que la fraude envers le gouvernement (par. 121(1) *C. cr.*) ou les actes de corruption dans les affaires municipales (par. 123(1) *C. cr.*), visent notamment l’offre ou l’acceptation d’un « avantage » ou d’un « bénéfice ». Mais la disposition portant sur l’amende compensatoire se limite à la notion de « bien », la valeur du bien en question dictant le montant de l’amende.

[29] Le terme « biens », au sens du *Code criminel*, comprend les « biens originairement en la possession ou sous le contrôle d’une personne, et tous biens en lesquels ou contre lesquels ils ont été convertis ou échangés et tout ce qui a été acquis au moyen de cette conversion ou de cet échange » (art. 2 *C. cr.*). Cette définition est suffisamment large pour viser les revenus bruts tirés de la vente de biens obtenus criminellement (voir *R. c. Way*, 2017 ONCA 754, 140 O.R. (3d) 309, par. 4-7). Pour reprendre les termes des auteurs R. W. Hubbard et autres, [TRADUCTION] « [l]e concept devrait clairement comprendre tous les produits de la criminalité, et non pas seulement ceux qui restent après déduction des dépenses » (*Money Laundering & Proceeds of Crime* (2004), p. 442). Du reste, le fait de départager les revenus et les dépenses du contrevenant dans le but d’établir sa marge de profits reviendrait essentiellement à légitimer l’activité criminelle. Or, le législateur a justement adopté le par. 462.37(3) *C. cr.* pour priver les contrevenants des fruits de leur crime et leur retirer toute motivation de poursuivre leurs desseins criminels.

[30] En deuxième lieu, le tribunal qui limiterait la portée d’une amende aux profits tirés par un

criminal activities would be disregarding the nature of this order. It is only where forfeiture of property is impracticable that a fine may be ordered as a substitute (*R. v. Angelis*, 2016 ONCA 675, 133 O.R. (3d) 575, at para. 72; *R. v. Ford*, 2013 NBCA 63, 412 N.B.R. (2d) 196, at para. 5). Equivalency between the amount of the fine and the value of the property is inherent in the notion of substitution (*Lavigne*, at para. 35).

[31] Although this case involves maple syrup, the hierarchy among the various accomplices is not unlike that of a drug ring. By way of analogy, in *R. v. Devloo and Ong*, 2018 MBQB 140, at paras. 49-51 (CanLII), the offender was ordered to pay a fine in lieu of \$212,000, which corresponded to the amounts received in exchange for drugs. The offender's profit was only \$4,000, as the balance had been redistributed to other members of the criminal organization. The trial court nonetheless refused to limit the amount of the fine to \$4,000 in the absence of evidence establishing an allocation of benefits between the offender and his co-accused, and that decision was correctly affirmed by the Manitoba Court of Appeal (*R. v. Devloo*, 2020 MBCA 3, 384 C.C.C. (3d) 288, at para. 92).

[32] In this regard, P. M. German notes that “[t]he arrest of one player resembles ‘spin the bottle’, with the bottle facing a person who ends up being responsible for the gross value of the drugs, while other persons in the organization, not arrested, do not share the burden” (*Proceeds of Crime and Money Laundering: Includes Analysis of Civil Forfeiture and Terrorist Financing Legislation* (loose-leaf), at § 15:28). This seemingly harsh result stems from the nature of a fine in lieu: if the drugs had been found in the offender's hands, they would have been forfeited in their entirety (§ 15:28).

[33] Lastly, limiting a fine in lieu to the profit made by an offender from their criminal activities undermines and disregards what Parliament intended (*R. v. Banayos and Banayos*, 2018 MBCA 86, 365 C.C.C.

contrevenant de ses activités criminelles ferait fi de la nature de cette ordonnance. En effet, c'est uniquement lorsque la confiscation du bien est irréalisable que l'amende peut être ordonnée à titre de sanction de substitution (*R. c. Angelis*, 2016 ONCA 675, 133 O.R. (3d) 575, par. 72; *R. c. Ford*, 2013 NBCA 63, 412 R.N.-B. (2e) 196, par. 5). L'équivalence entre le montant de l'amende et la valeur du bien est inhérente à la notion de remplacement (*Lavigne*, par. 35).

[31] En l'espèce, bien que du sirop d'érable soit en cause, la hiérarchie entre les différents complices n'est pas sans rappeler celle d'un réseau de trafiquants de drogues. Par analogie, dans l'affaire *R. c. Devloo and Ong*, 2018 MBQB 140, par. 49-51 (CanLII), le contrevenant a été condamné à payer une amende compensatoire de 212 000 \$, montant qui correspondait aux sommes reçues en échange de stupéfiants. Les profits du contrevenant se limitaient à 4 000 \$, le reste ayant été redistribué à d'autres membres de l'organisation criminelle. Le tribunal de première instance a néanmoins refusé de limiter à 4 000 \$ le montant de l'amende en l'absence de preuve établissant un partage des profits entre le contrevenant et ses coaccusés, décision qu'a, à juste titre, confirmée la Cour d'appel du Manitoba (*R. c. Devloo*, 2020 MBCA 3, 384 C.C.C. (3d) 288, par. 92).

[32] À cet égard, l'auteur P. M. German souligne que [TRADUCTION] « [l]'arrestation d'un participant fait penser à une version du jeu “Fais tourner la bouteille” (“*spin the bottle*”) où la bouteille s'arrête devant une personne qui se retrouve en fin de compte responsable de la valeur brute des drogues, alors que d'autres personnes au sein de l'organisation, qui n'ont pas été arrêtées, n'assument aucune part de ce fardeau » (*Proceeds of Crime and Money Laundering: Includes Analysis of Civil Forfeiture and Terrorist Financing Legislation* (feuilles mobiles), § 15:28). Ce résultat en apparence sévère s'explique par la nature de l'amende compensatoire : si la drogue s'était retrouvée entre les mains du contrevenant, elle aurait été confisquée dans son entièreté (§ 15:28).

[33] En dernier lieu, le fait de limiter une amende compensatoire aux profits tirés par le contrevenant de ses activités criminelles sape et occulte l'intention du législateur (*R. c. Banayos and Banayos*, 2018 MBCA

(3d) 528, at para. 64). As this Court stated in *Quebec (Attorney General) v. Laroche*, 2002 SCC 72, [2002] 3 S.C.R. 708, “[t]he legislative objective of Part XII.2 plainly goes beyond mere punishment of crime” (para. 25; see also *Lavigne*, at para. 25; *Dieckmann*, at para. 88). A fine in lieu is not part of the global sentence imposed on an offender for the commission of a designated offence (*Lavigne*, at paras. 25-26; *R. v. Schoer*, 2019 ONCA 105, 371 C.C.C. (3d) 292, at para. 93; *Angelis*, at para. 44; *R. v. Dritsas*, 2015 MBCA 19, 315 Man. R. (2d) 205, at para. 56; *R. v. Khatchatourov*, 2014 ONCA 464, 313 C.C.C. (3d) 94, at para. 55). It follows that the amount of the fine does not vary based on an offender’s degree of moral blameworthiness or the circumstances of the offence. Rather, the dual objective of the fine is to deprive an offender of the proceeds of their crime and to deter them from reoffending. But the objective of deterrence is not focused only on the actual offender: it also applies to potential accomplices and criminal organizations (*Lavigne*, at para. 23).

[34] Through the severity of the proceeds of crime provisions, Parliament is sending a clear message that “crime does not pay” and is thus attempting to discourage individuals from organizing themselves and committing profit-driven crimes. In *Lavigne*, Deschamps J. noted that “[t]he effectiveness of the adopted methods depends largely on the severity of the new provisions and on their deterrent effect” (para. 9). Parliament’s decision that the fine must correspond to the value of the property is therefore deliberately harsh. Reducing a fine to the profit made by an offender from their criminal activities would clearly be contrary to this objective.

[35] In summary, the discretion conferred on courts by s. 462.37(3) *Cr. C.* does not allow them to limit the amount of a fine in lieu to the profit made from criminal activity. In accordance with the principles set out in *Lavigne*, judicial discretion applies first to the decision whether or not to impose a fine and second to the determination of the value of the property (para. 35).

86, 365 C.C.C. (3d) 528, par. 64). Comme l’a affirmé notre Cour dans l’arrêt *Québec (Procureur général) c. Laroche*, 2002 CSC 72, [2002] 3 R.C.S. 708, « [l]’objectif législatif poursuivi par la partie XII.2 dépasse visiblement la simple punition du crime » (par. 25; voir aussi *Lavigne*, par. 25; *Dieckmann*, par. 88). L’amende ne fait pas partie de la peine globale infligée au contrevenant pour la commission de l’infraction désignée (*Lavigne*, par. 25-26; *R. c. Schoer*, 2019 ONCA 105, 371 C.C.C. (3d) 292, par. 93; *Angelis*, par. 44; *R. c. Dritsas*, 2015 MBCA 19, 315 Man. R. (2d) 205, par. 56; *R. c. Khatchatourov*, 2014 ONCA 464, 313 C.C.C. (3d) 94, par. 55). En ce sens, le montant de l’amende ne varie pas en fonction du degré de culpabilité morale du contrevenant ni des circonstances de l’infraction. L’amende a plutôt comme double objectif de priver le contrevenant des produits de son crime et de le dissuader de récidiver. Mais l’objectif de dissuasion ne vise pas que le contrevenant lui-même : il cible également ses complices potentiels et les organisations criminelles (*Lavigne*, par. 23).

[34] Par la sévérité des dispositions sur les produits de la criminalité, le législateur envoie le message clair que « le crime ne paie pas » et tente ainsi de décourager les individus de s’organiser et de commettre des crimes motivés par l’appât du gain. Dans l’arrêt *Lavigne*, la juge Deschamps souligne que « [l]’efficacité des moyens mis en œuvre dépend largement de la rigueur des nouvelles dispositions et de leur effet dissuasif » (par. 9). C’est donc à dessein que le législateur recourt à une mesure très sévère en prescrivant que l’amende doit correspondre à la valeur du bien. Réduire une amende aux seuls profits tirés par le contrevenant de ses activités criminelles irait clairement à l’encontre de cet objectif.

[35] En somme, le pouvoir discrétionnaire conféré aux tribunaux par le par. 462.37(3) *C. cr.* ne leur permet pas de limiter le montant de l’amende compensatoire aux profits tirés de l’activité criminelle. Conformément aux enseignements de l’arrêt *Lavigne*, ce pouvoir discrétionnaire s’applique d’abord à la décision d’infliger ou non une amende, puis à la détermination de la valeur du bien (par. 35).

[36] At this second step, the Crown’s burden is only to show that the offender had possession or control of property that is proceeds of crime and to establish the value of that property (*Angelis*, at para. 35; *Dwyer*, at paras. 24-27). The Crown does not have to prove that the offender personally benefited from the proceeds of crime (*R. v. Piccinini*, 2015 ONCA 446, at para. 19 (CanLII); *R. v. Siddiqi*, 2015 ONCA 374, at para. 6 (CanLII)). Nor does the court have to consider the offender’s subsequent use of the property, such as how cash was spent by the offender (*Schoer*, at para. 105; *R. v. Dow*, 2014 NBCA 15, 418 N.B.R. (2d) 222, at para. 37; *R. v. S. (A.)*, 2010 ONCA 441, 258 C.C.C. (3d) 13, at para. 14).

[37] The determination of the value of the property must be based on the evidence and not on [TRANSLATION] “a purely hypothetical calculation that does not correspond to reality” (*R. v. Grenier*, 2017 QCCA 57, at para. 33 (CanLII)). In a situation involving the resale of property obtained by crime, as in this case, the proceeds of crime are, in principle, the sum obtained in exchange for the property originally in the offender’s possession or under their control, in keeping with the definition of the word “property” in s. 2 *Cr. C.* That sum is not necessarily equal to the market value of the property sold by the offender. It must be kept in mind that the purpose of a fine in lieu is to deprive an offender of the proceeds of their crime, not to compensate for the victim’s loss, which is the function of a restitution order (*R. v. Lawrence*, 2018 ONCA 676, at paras. 14-15 (CanLII)). Finally, an offender’s ability to pay must not be considered in determining the amount of a fine in lieu, any more than in deciding whether or not to impose a fine (*Rafilovich*, at para. 32; *Lavigne*, at para. 37).

(3) Discretion to Apportion the Value of Property Between Co-accused

[38] Having outlined the general principles governing the determination of the amount of a fine in lieu, I now turn to situations involving co-accused, which raise particular issues. This Court has not previously considered whether, on an exceptional basis,

[36] À cette seconde étape, le fardeau qui incombe au ministère public se limite à démontrer que le contrevenant a possédé ou contrôlé un bien qui constitue un produit de la criminalité et à en établir la valeur (*Angelis*, par. 35; *Dwyer*, par. 24-27). Le ministère public n’a pas à prouver que le contrevenant a profité personnellement des produits de la criminalité (*R. c. Piccinini*, 2015 ONCA 446, par. 19 (CanLII); *R. c. Siddiqi*, 2015 ONCA 374, par. 6 (CanLII)). Le tribunal n’a pas non plus à s’interroger sur l’utilisation subséquente du bien par le contrevenant, par exemple la manière dont il a dépensé de l’argent liquide (*Schoer*, par. 105; *R. c. Dow*, 2014 NBCA 15, 418 R.N.-B. (2e) 222, par. 37; *R. c. S. (A.)*, 2010 ONCA 441, 258 C.C.C. (3d) 13, par. 14).

[37] La détermination de la valeur du bien doit s’appuyer sur la preuve et non sur « un calcul purement théorique qui ne correspond pas à la réalité » (*R. c. Grenier*, 2017 QCCA 57, par. 33 (CanLII)). Dans une situation impliquant la revente d’un bien obtenu criminellement, comme c’est le cas en l’espèce, le produit de la criminalité est, en principe, la somme obtenue en échange du bien originellement en la possession ou sous le contrôle du contrevenant, conformément à la définition du mot « biens » prévue à l’art. 2 *C. cr.*, somme qui n’est pas nécessairement égale à la valeur marchande du bien vendu. Il faut garder à l’esprit que l’amende compensatoire vise à priver le contrevenant des produits de son crime et non à compenser la perte de la victime, ce qui est le propre d’une ordonnance de restitution (*R. c. Lawrence*, 2018 ONCA 676, par. 14-15 (CanLII)). Finalement, la capacité de payer du contrevenant ne doit pas être considérée dans la détermination du montant de l’amende compensatoire, pas plus qu’elle ne doit l’être dans le cadre de la décision d’infliger ou non une amende (*Rafilovich*, par. 32; *Lavigne*, par. 37).

(3) Le pouvoir discrétionnaire de répartir la valeur du bien entre des coaccusés

[38] Les principes généraux sur la détermination du montant d’une amende compensatoire étant exposés, il convient maintenant de se pencher sur les situations impliquant des coaccusés, lesquelles soulèvent des enjeux particuliers. Notre Cour ne s’est pas encore

an offender may be ordered to pay less than the total value of the property that was in their possession or under their control where several co-accused had possession or control of the same property that constitutes proceeds of crime. More specifically, this case involves successive possession of the same property, namely the \$10,000,000 that was in Mr. Vallières's possession and under his control, only part of which he ultimately kept following a redistribution to his accomplices.

[39] In my opinion, courts may divide the value of property among several co-accused in order to avoid a risk of double recovery. This risk arises where the Crown seeks to have a fine in lieu imposed on more than one offender in relation to the same proceeds of crime. At the stage of imposing a fine in lieu, one can speak only of a "risk" of double recovery, for it may well be that this scenario will never materialize given the fact that some co-accused might be unable to pay their fine within the time allotted. However, this possibility does not prevent a court from apportioning the fine between co-accused if there is a risk of double recovery, if apportionment is requested by the offender and if the evidence allows this determination to be made.

[40] The onus is on the offender to make the request and to satisfy the court that it is appropriate to apportion the value of the property between co-accused, since apportionment is an exception to the general principle that the amount of the fine must correspond to the value of the property that was in the offender's possession or under their control.

[41] This discretion to apportion, the exercise of which is governed by the guiding principle that double recovery should be avoided, is in keeping with the objective of s. 462.37(3) *Cr. C.* and with the nature of the order (*Lavigne*, at para. 27).

[42] First of all, apportioning the value of the property between co-accused is consistent with the dual objective of deprivation of proceeds and deterrence. Each co-accused is deprived of the fruits of their

prononcée sur la question de savoir si, exceptionnellement, un contrevenant peut être condamné à payer moins que la valeur totale du bien qui était en sa possession ou sous son contrôle, lorsque plusieurs coaccusés ont possédé ou contrôlé le même bien constituant un produit de la criminalité. Plus précisément, la présente affaire implique une possession successive d'un même bien, en l'occurrence la somme de 10 000 000 \$ possédée et contrôlée par M. Vallières, dont il n'a en définitive conservé qu'une partie, après redistribution à ses complices.

[39] À mon avis, les tribunaux peuvent diviser la valeur du bien entre plusieurs coaccusés pour éviter un risque de double recouvrement. Ce risque se manifeste lorsque le ministère public réclame l'infliction d'amendes compensatoires contre plus d'un contrevenant à l'égard des mêmes produits de la criminalité. À l'étape de l'infliction de l'amende compensatoire, on ne peut qu'évoquer un « risque » de double recouvrement, parce qu'il se peut fort bien que ce scénario ne se concrétise jamais, dans la mesure où certains coaccusés pourraient se retrouver dans l'incapacité d'acquitter leur amende dans le délai imparti. Cependant, cette éventualité n'empêche pas le tribunal de répartir l'amende entre des coaccusés, dès lors qu'il existe un risque de double recouvrement, qu'une demande en ce sens est formulée par le contrevenant et que la preuve permet d'en décider.

[40] Il incombe au contrevenant de demander et de convaincre le tribunal que la répartition de la valeur du bien entre des coaccusés est indiquée, car il s'agit d'une exception au principe général selon lequel le montant de l'amende doit correspondre à la valeur du bien qui était en sa possession ou sous son contrôle.

[41] Ce pouvoir discrétionnaire de répartition, dont l'exercice est guidé par le principe directeur consistant à éviter un double recouvrement, est conforme à l'objectif du par. 462.37(3) *C. cr.* et à la nature de l'ordonnance (*Lavigne*, par. 27).

[42] D'une part, la répartition de la valeur du bien entre des coaccusés respecte le double objectif de privation du gain et de dissuasion. Chacun des coaccusés est privé des fruits qu'il a tirés de l'activité

criminal activity and, at the same time, the total value of the property remains recoverable. Second, such apportionment is consistent with the nature of an order substituting a fine for forfeiture. The imposition of a fine that exceeds the total value of the property, or of several fines that together do so, is incompatible with the idea that the fine is imposed instead of forfeiture. If the property had been available, it would have been forfeited just once.

(a) *Principles Guiding the Exercise of the Discretion to Apportion*

[43] The exercise of a court’s discretion is limited by the circumstances in which an order is made (*Lavigne*, at para. 27). The conditions under which a court may exercise its discretion to apportion are as follows.

[44] First, it is not enough for an offender to argue that they transferred the property to a third party in order to be entitled to apportionment. For the offender to raise a risk of double recovery, that third party must have been charged as well (*Siddiqi*, at para. 6). The issue of double recovery obviously does not arise where the offender is the only person who stands trial (*Schoer*, at para. 95, fn. 2).

[45] In this regard, *Dieckmann* is a unique case. There could be no actual risk of double recovery because the accomplices had died, but apportionment of the total amount of the fraud between the offender and her accomplices was nonetheless justified in the circumstances. The evidence showed that the proceeds of the fraud had been divided, the deceased accomplices were clearly guilty of the alleged offence and, above all, the Crown conceded that it would have apportioned the value of the property among the accomplices if they had stood trial.

[46] Second, the evidence must show that several co-accused had possession or control of the same property, or part of it, at some point in time (*R. v. Lawlor*, 2021 ONCA 692, at para. 27 (CanLII)). In *Dieckmann*, the Ontario Court of Appeal correctly stated that “if there is evidence before the court that establishes or admits of an allocation of benefit, it is

criminelle et, du même coup, la valeur totale du bien demeure susceptible de recouvrement. D’autre part, cette répartition est conforme à la nature d’une ordonnance de substitution. L’infliction d’une ou de plusieurs amendes qui, ensemble, excèdent la valeur totale du bien est incompatible avec la notion de remplacement. En effet, si le bien avait été disponible, il n’aurait été confisqué qu’une seule fois.

a) *Les principes guidant l’exercice du pouvoir discrétionnaire de répartition*

[43] L’exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal est limité par les circonstances dans lesquelles l’ordonnance doit être rendue (*Lavigne*, par. 27). Les conditions donnant ouverture au pouvoir discrétionnaire de répartition du tribunal sont les suivantes.

[44] Dans un premier temps, un contrevenant ne peut se contenter de plaider qu’il a transféré le bien à un tiers pour avoir droit à une répartition. Encore faut-il que ce tiers soit lui aussi inculpé pour que le contrevenant puisse invoquer un risque de double recouvrement (*Siddiqi*, par. 6). Il va de soi que le problème du double recouvrement ne se pose pas lorsque le contrevenant fait face seul à la justice (*Schoer*, par. 95, note 2).

[45] À cet égard, l’affaire *Dieckmann* représente un cas de figure particulier. Il ne pouvait exister un risque réel de double recouvrement en raison du décès des complices, mais la répartition du montant total de la fraude entre la contrevenante et ses complices décédés était néanmoins justifiée dans les circonstances. La preuve démontrait qu’il y avait eu partage des produits de la fraude, les complices décédés étaient clairement coupables de l’infraction reprochée, mais aussi, et surtout, le ministère public a concédé qu’il aurait réparti la valeur du bien entre les complices si leur procès avait eu lieu.

[46] Dans un deuxième temps, la preuve doit démontrer que plusieurs coaccusés ont possédé ou contrôlé un même bien ou une partie de celui-ci à un moment ou à un autre (*R. c. Lawlor*, 2021 ONCA 692, par. 27 (CanLII)). Dans l’arrêt *Dieckmann*, la Cour d’appel de l’Ontario énonce à bon droit que [TRADUCTION] « s’il y a devant le tribunal des éléments de preuve établissant

open to the court to exercise its discretion to adjust the quantum of the fine” (para. 100).

[47] In *R. v. Chung*, 2021 ONCA 188, 402 C.C.C. (3d) 145, the Ontario Court of Appeal, interpreting its own decision in *Dieckmann*, also stated the following:

Where there are multiple offenders before the court, however, and the property passed through the hands of one offender to another without the first offender retaining the benefit of the full value of the property, the sentencing judge may allocate a portion of the fine less than the full value of the property that had been under the offender’s possession and control, so long as the balance of the total value of the proceeds of crime are distributed to the other offenders before the court . . . [Emphasis added; para. 101.]

[48] I agree with this statement. In principle, an offender’s fine may be reduced only in proportion to the amount of the fines imposed on the offender’s co-accused who are sentenced in the same proceeding, such that the total value of the property remains recoverable. This discretionary exercise is approximate in nature and is entitled to deference. For example, in *R. v. Sam* (1998), 163 Sask. R. 314, the Saskatchewan Court of Appeal chose to allocate the total value of illicit substances equally between two co-accused who had run a drug trafficking operation together (paras. 15-17).

[49] The apportionment exercise presents special difficulties where an offender’s co-accused are tried in separate proceedings. In such a situation, the court may consider the fines already imposed on the co-accused if it is satisfied that they create a risk of double recovery of the same property. That being said, the fact that some co-accused have not yet stood trial at the time an offender is sentenced should not deprive the offender of the benefit of apportionment. The court cannot foresee whether fines will be imposed on the offender’s co-accused in the other proceedings or what their amount might be. To overcome this problem, the court need only find that the available evidence would have allowed

l’existence d’une répartition des profits ou permettant de conclure en ce sens, il est loisible au tribunal d’exercer son pouvoir discrétionnaire et d’ajuster le montant de l’amende en conséquence » (par. 100).

[47] Dans l’arrêt *R. c. Chung*, 2021 ONCA 188, 402 C.C.C. (3d) 145, la Cour d’appel de l’Ontario, interprétant sa propre décision dans *Dieckmann*, précise également ce qui suit :

[TRADUCTION] Toutefois, lorsqu’il y a de nombreux contrevenants devant le tribunal et qu’ils ont tous eu à tour de rôle le bien entre les mains sans que le premier contrevenant ne conserve la pleine valeur du bien en question, le juge chargé de la détermination de la peine peut assigner à celui-ci une portion de l’amende inférieure à la pleine valeur du bien qu’il a eu en sa possession et sous son contrôle, pour autant que le reste de la valeur totale des produits du crime soit réparti entre les autres contrevenants devant le tribunal . . . [Je souligne; par. 101.]

[48] Je souscris à cette affirmation. En principe, l’amende d’un contrevenant ne peut être réduite que proportionnellement au montant des amendes infligées à ses coaccusés qui reçoivent leur peine dans la même instance, afin que la valeur totale du bien demeure susceptible de recouvrement. Cette opération discrétionnaire présente un caractère approximatif et mérite déférence. À titre d’exemple, dans l’affaire *R. c. Sam* (1998), 163 Sask. R. 314, la Cour d’appel de la Saskatchewan a choisi d’assigner en parts égales la valeur totale de substances illicites entre deux coaccusés, lesquels dirigeaient ensemble une opération de trafic de drogues (par. 15-17).

[49] L’opération de répartition soulève des difficultés particulières lorsque les coaccusés du contrevenant sont jugés dans des instances distinctes. Dans un tel cas, il est loisible au tribunal de prendre en considération les amendes déjà infligées aux coaccusés, s’il est convaincu qu’elles créent un risque de double recouvrement du même bien. Cela dit, le fait que certains coaccusés n’aient pas encore subi leur procès au moment où un contrevenant reçoit sa peine ne devrait pas priver ce dernier du bénéfice de la répartition. Un tribunal ne peut prévoir si des amendes seront infligées ou non aux coaccusés du contrevenant dans les autres instances, ni leur montant. Pour parer à ce problème, il suffit au tribunal de conclure que la preuve dont il

it to impose a fine on the co-accused if they had been before it, thereby justifying apportionment based on the risk of double recovery. In the end, the manner in which this discretion is exercised will depend on the circumstances of each case.

[50] Where the conditions giving rise to a possibility of double recovery are met, the court must apportion the value of the property between the co-accused in order to prevent this risk from materializing. The court has no choice but to proceed in this manner, because it must exercise its discretion in keeping with the nature of a fine in lieu, which replaces the property that cannot be forfeited, nothing more and nothing less. However, given the approximate nature of the exercise, the court retains some flexibility in deciding how the value of the property will be apportioned between the co-accused.

(b) *Duty Owed by the Crown*

[51] While the burden of raising apportionment and establishing its appropriateness rests on the offender, this does not mean that the Crown is relieved of all responsibility in this regard.

[52] To mitigate the risk of double recovery, the Crown should, to the extent possible and on its own initiative, apportion the value of the property that is proceeds of crime between the co-accused where it has evidence indicating that they had simultaneous or successive possession or control of that same property or of part of it. This is a duty that is part of the Crown's "Minister of Justice" role, which excludes any notion of winning or losing (*R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297, at para. 65).

[53] The Crown should discharge this duty in every case, but especially where the co-accused are tried separately. The Crown has an overview of the various proceedings and can limit up front the amount it seeks as a fine in lieu in each proceeding in order to ensure that the total of the fines imposed on the co-accused corresponds to the value of the property that is proceeds of crime.

dispose lui aurait permis d'infliger une amende aux coaccusés, si ces derniers s'étaient retrouvés devant lui, justifiant ainsi une répartition fondée sur le risque de double recouvrement. En définitive, la manière d'exercer ce pouvoir discrétionnaire dépendra des circonstances de chaque affaire.

[50] Lorsque les conditions créant une possibilité de double recouvrement sont réunies, le tribunal doit procéder à la répartition de la valeur du bien entre les coaccusés afin d'éviter que ce risque ne se concrétise. Le tribunal n'a d'autre choix que de procéder ainsi, car l'exercice de son pouvoir discrétionnaire doit être conforme à la nature de l'amende compensatoire, laquelle remplace le bien non confiscable, ni plus ni moins. Le tribunal conserve cependant une certaine souplesse dans la manière de répartir la valeur du bien entre les coaccusés, vu le caractère approximatif de l'exercice.

b) *Le devoir qui incombe au ministère public*

[51] Bien que le fardeau de soulever et d'établir que la répartition est indiquée incombe au contrevenant, le ministère public n'est pas pour autant déchargé de toute responsabilité à cet égard.

[52] Pour mitiger les risques de double recouvrement, le ministère public devrait, dans la mesure du possible, répartir de son propre chef entre les coaccusés la valeur du bien qui constitue un produit de la criminalité, lorsqu'il dispose d'une preuve indiquant que ce même bien ou une partie de celui-ci a été simultanément ou successivement en la possession ou sous le contrôle de ces derniers. Il s'agit d'un devoir qui incombe au ministère public dans le cadre de son rôle de « représentant de la justice », lequel exclut toute notion de gain ou de perte (*R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297, par. 65).

[53] Le ministère public devrait s'acquitter de ce devoir en tout temps, mais à plus forte raison lorsque les coaccusés subissent des procès séparés. En effet, le ministère public possède une vue d'ensemble des différentes instances et il peut, en amont, limiter le montant qu'il réclame à titre d'amende compensatoire dans chacune des procédures, afin que le total des amendes infligées aux coaccusés corresponde à la valeur du bien qui constitue un produit de la criminalité.

[54] As an illustration, if the Crown has evidence that an offender had control over a total of \$100,000 derived from fraud and then distributed \$50,000 to their co-accused, the Crown should seek only \$50,000 in each proceeding rather than deliberately creating a risk of double recovery by seeking \$100,000 from the first offender.

[55] Of course, the Crown remains free to forgo seeking a fine in lieu or to limit the amount of the fine as part of a joint submission on the sentence of one of the co-accused. Where the Crown forgoes seeking a fine or a portion thereof, there is clearly no possibility of double recovery in respect of the amount the offender has been exempted from paying. As a result, the offender's co-accused may not rely on that amount to limit their own fines. As stated above, only where there is a possibility of double recovery can a court exercise its discretion to apportion, in keeping with the nature of a fine in lieu as a substitute for forfeiture. The amount of the fine is determined on the basis of the value of the property that can no longer be forfeited, not on the basis of considerations relating to fairness or an offender's ability to pay.

(c) *Conclusion*

[56] In summary, a fine in lieu must, in principle, be equal to the value of the property of which an offender had possession or control at some point in time. The exception to this principle, whereby an offender may be ordered to pay less than the total value of the property that was in their possession or under their control, is justified by a concern for avoiding double recovery of the value of the same property from a number of co-accused.

(4) Application to the Facts of the Case

[57] In this case, the Court of Appeal reduced the fine imposed on Mr. Vallières on the ground that a court can set a fine that reflects an offender's profit margin, provided that this penalty meets the dual objective of deprivation of proceeds and deterrence (para. 245 (CanLII)). In doing so, the Court of Appeal

[54] À titre d'illustration, si le ministère public détient la preuve qu'un contrevenant a eu sous son contrôle une somme totale de 100 000 \$ provenant d'une fraude, et qu'il a ensuite distribué la somme de 50 000 \$ à son coaccusé, le ministère public devrait limiter sa demande à 50 000 \$ dans chacune des instances, plutôt que de créer délibérément un risque de double recouvrement en réclamant 100 000 \$ au premier contrevenant.

[55] Bien entendu, le ministère public demeure libre de renoncer à réclamer une amende compensatoire ou d'en limiter le montant dans le cadre d'une suggestion commune sur la peine de l'un des coaccusés. Lorsque l'État renonce à réclamer une amende ou une partie de celle-ci, il n'existe évidemment aucune possibilité de double recouvrement en rapport avec la somme que le contrevenant est ainsi dispensé de payer. En conséquence, les coaccusés du contrevenant ne peuvent invoquer la somme faisant l'objet de la dispense pour limiter leur propre amende. Je le répète, seule la possibilité d'un double recouvrement donne ouverture à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de répartition du tribunal, afin de respecter la nature substitutive de l'amende compensatoire. Le montant de l'amende est déterminé en fonction de la valeur du bien qui n'est plus confiscable et non des considérations relatives à l'équité ou à la capacité de payer du contrevenant.

c) *Conclusion*

[56] En résumé, l'amende doit en principe être équivalente à la valeur du bien qu'a possédé ou contrôlé le contrevenant à un quelconque moment. L'exception à ce principe, suivant laquelle le contrevenant peut être condamné au paiement d'une somme inférieure à la valeur totale du bien en sa possession ou sous son contrôle, se justifie par le souci d'éviter qu'il y ait double recouvrement de la valeur d'un même bien auprès de plusieurs coaccusés.

(4) Application aux faits de l'espèce

[57] En l'espèce, la Cour d'appel a réduit l'amende de M. Vallières au motif qu'un tribunal peut fixer une amende qui reflète la marge de profit du contrevenant, pourvu que cette sanction satisfasse au double objectif de privation du gain et de dissuasion (par. 245 (CanLII)). Ce faisant, la Cour d'appel s'est fondée sur

relied on a misreading of *Dieckmann* and thereby assumed a discretion it did not have.

[58] *Dieckmann* is not a departure from the principle that the fine must be equal to the value of the property; rather, that decision states that the value of the property may be apportioned between co-accused where the evidence shows that they had possession or control of it at some point. The decision does not establish a new approach based on the profit made by an offender.

[59] With regard to the dual objective of deprivation of proceeds and deterrence, Parliament has clearly specified the means chosen to achieve its end: the fine must be equal to the value of the property. On this point, the Court of Appeal erred in stating that [TRANSLATION] “[t]he eight-year term of imprisonment, combined with a \$1,000,000 fine in lieu, fully meets [the objective of deterrence]” (para. 249). The eight-year term of imprisonment was the punishment imposed on Mr. Vallières for the commission of the designated offences, whereas the fine was intended to replace the property whose forfeiture had become impracticable. The purpose of ordering a fine in lieu is not to punish an offender for the commission of an offence. The overall deterrent effect of a fine and a term of imprisonment therefore plays no role in determining the appropriate amount, which has been set by Parliament.

[60] Moreover, contrary to what the Court of Appeal stated, *Lavigne* does not stand for the proposition that a fine in lieu can be limited to the profit made by an offender from their criminal activities (paras. 243-44). That decision clearly indicates that the fine must correspond to the value of the property (*Lavigne*, at para. 35). In that case, this Court ordered the offender to pay the \$150,000 fine in lieu sought by the Crown because the evidence established beyond a reasonable doubt that the offender had made at least that much from drug trafficking. The value of the property could not be determined otherwise.

[61] The Court of Appeal also erred in finding that Mr. Vallières had never had \$10,000,000 in his

une lecture erronée de l’arrêt *Dieckmann*, s’arrogeant par le fait même un pouvoir discrétionnaire qu’elle ne possédait pas.

[58] L’arrêt *Dieckmann* ne s’écarte pas du principe selon lequel l’amende doit être égale à la valeur du bien; cet arrêt énonce plutôt que la valeur du bien peut être répartie entre des coaccusés lorsque la preuve démontre que ces derniers ont possédé ou contrôlé ce même bien à un moment ou à un autre. Cette décision n’établit pas une nouvelle approche fondée sur les profits tirés par le contrevenant.

[59] En ce qui concerne le double objectif de privation du gain et de dissuasion, le législateur a clairement énoncé le moyen choisi pour parvenir à sa fin : l’amende doit être égale à la valeur du bien. Sur ce point, la Cour d’appel a eu tort d’affirmer que « [l]a peine d’emprisonnement de huit ans combinée à une amende compensatoire de 1 000 000 \$ satisfait amplement à [l’objectif de dissuasion] » (par. 249). La peine d’emprisonnement de huit ans constitue le châtement infligé à M. Vallières pour la commission des infractions désignées, tandis que l’amende vise à remplacer le bien dont la confiscation est devenue irréalisable. Cette dernière ordonnance n’a pas pour objet de punir le contrevenant pour la perpétration d’une infraction. Le caractère dissuasif global de l’amende et de la peine d’emprisonnement ne joue donc aucun rôle dans la détermination du montant approprié, lequel a été fixé par le législateur.

[60] De plus, contrairement à ce qu’a affirmé la Cour d’appel, l’arrêt *Lavigne* n’appuie pas la proposition voulant que l’amende compensatoire puisse se limiter aux profits tirés par le contrevenant de ses activités criminelles (par. 243-244). Cette décision indique clairement que l’amende doit correspondre à la valeur du bien (*Lavigne*, par. 35). Dans cette affaire, la Cour a condamné le contrevenant à l’amende compensatoire de 150 000 \$ que réclamait le ministère public, étant donné que la preuve établissait hors de tout doute raisonnable que le contrevenant avait tiré au moins une telle somme du trafic de drogues. La valeur du bien ne pouvait être déterminée autrement.

[61] La Cour d’appel a également fait erreur en concluant que M. Vallières n’a jamais eu 10 000 000 \$

possession while at the same time stating that the money in question had served as an input that allowed him to purchase more syrup for resale (para. 250). By his own admission, Mr. Vallières had control over that amount, which was in his hands or in his bank accounts at some point. From that moment on, the proceeds of crime provisions applied. The manner in which Mr. Vallières subsequently used the money, namely to buy more maple syrup, was not relevant to the analysis.

[62] Furthermore, in this Court and for the first time, Mr. Vallières takes issue with the trial judge's failure to apportion the \$10,000,000 between his co-accused and him. It is sufficient to note that Mr. Vallières did not prove at trial, or on appeal for that matter, that there was a risk of double recovery of that amount, which meant that the trial judge in fact had no choice but to order him to pay a fine equal to that amount.

[63] Nor can the Crown be reproached for not discharging its duty in this case. At the time of the trial, the Crown's theory was that Mr. Vallières had paid only his co-accused Sylvain Bourassa, Martin Vallières and Yves Lapierre, his other accomplices having had possession or control of proceeds of crime from other sources. From the Crown's perspective, the fine imposed on Mr. Vallières gave rise to a possibility of double recovery only with respect to the fines imposed on Sylvain Bourassa, Martin Vallières and Yves Lapierre, which totalled \$204,400.

[64] However, in light of the evidence available to the Crown, that possibility of double recovery was non-existent. Considering, as a guide, that the value of the stolen syrup was over \$18,000,000, the Crown could reasonably infer that Mr. Vallières, as the directing mind of the operation, had controlled an amount much greater than \$10,204,400. Indeed, the evidence shows that Mr. Vallières had [TRANSLATION] "at least \$10,000,000" under his control (C.A. reasons, at para. 176). The Crown could therefore legitimately

en sa possession, tout en affirmant du même coup que l'argent en question avait servi d'intrants qui lui permettaient de se procurer davantage de sirop destiné à la revente (par. 250). De son propre aveu, M. Vallières a eu le contrôle sur cette somme, qui s'est retrouvée entre ses mains ou dans ses comptes de banque à un moment quelconque. Dès lors, les dispositions sur les produits de la criminalité trouvaient application. La manière dont M. Vallières a utilisé l'argent par la suite, en l'occurrence pour se procurer davantage de sirop d'érable, n'était pas pertinente pour les besoins de l'analyse.

[62] Par ailleurs, c'est devant notre Cour que M. Vallières se plaint pour la première fois du défaut du premier juge de répartir la somme de 10 000 000 \$ entre ses coaccusés et lui. Il suffit de constater que M. Vallières n'a pas prouvé en première instance, ni en appel d'ailleurs, qu'il existait un risque de double recouvrement à l'égard de cette somme, de telle sorte que le juge de première instance n'avait effectivement d'autre choix que de lui infliger une amende à hauteur de ce montant.

[63] De surcroît, on ne saurait reprocher au ministère public d'avoir failli à son devoir en l'espèce. Au moment de l'audience en première instance, la thèse du ministère public était que M. Vallières payait uniquement ses coaccusés Sylvain Bourassa, Martin Vallières et Yves Lapierre, ses autres complices ayant possédé ou contrôlé des produits de la criminalité provenant d'autres sources. Selon le point de vue du ministère public, l'amende imposée à M. Vallières ne soulevait qu'une possibilité de double recouvrement en rapport avec les amendes infligées à Sylvain Bourassa, Martin Vallières et Yves Lapierre, lesquelles totalisent 204 400 \$.

[64] Or, compte tenu de la preuve dont disposait le ministère public, cette possibilité de double recouvrement était inexistante. En effet, si l'on considère, à titre indicatif, que la valeur du sirop volé dépassait 18 000 000 \$, le ministère public pouvait raisonnablement inférer que M. Vallières a contrôlé une somme bien supérieure à 10 204 400 \$, vu sa position de tête dirigeante de l'opération. La preuve établit d'ailleurs que M. Vallières a eu sous son contrôle « au moins 10 000 000 \$ » (motifs de la C.A., par. 176). Le

seek such an amount from him without deliberately creating a risk of double recovery.

[65] Moreover, even with account taken of all the fines ultimately imposed on Mr. Vallières's co-accused in connection with the criminal enterprise involving the theft of maple syrup, which together amounted to about \$2,000,000, the possibility of double recovery remained negligible from the Crown's perspective, insofar as it could reasonably assume that Mr. Vallières had actually exercised control over an amount close to the value of the stolen syrup.

[66] In the end, Mr. Vallières did not meet his burden, and he must therefore be required to pay a fine equal to the value of the property that was in his possession or under his control, that is, \$10,000,000. Even though the amount of the fine in lieu may seem high, it is warranted in light of the scheme for the forfeiture of proceeds of crime.

B. *Did the Court of Appeal Err in Failing to Allow the Parties to Be Heard Regarding the Change to the Amount of the Fine in Lieu, Given That This Question Had Not Been Raised on Appeal?*

[67] Given my answer to the first question, it is unnecessary to decide the second issue in order to dispose of the appeal. Suffice it to say that the determination of the amount of a fine in lieu involves different legal and factual considerations than the question of whether such a fine should be imposed on an offender, as this case shows. In such circumstances, a court should provide the parties with an opportunity to make submissions before deciding a question on which they have not had a chance to comment (*R. v. Mian*, 2014 SCC 54, [2014] 2 S.C.R. 689).

VI. Disposition

[68] For these reasons, the appeal is allowed. The fine imposed on Mr. Vallières is set at \$9,171,397.57,

ministère public pouvait donc légitimement réclamer une telle somme à M. Vallières, sans créer délibérément un risque de double recouvrement.

[65] Du reste, même en considérant toutes les amendes ultimement infligées aux coaccusés de M. Vallières en rapport avec l'entreprise criminelle de vol de sirop d'érable, amendes qui représentent environ 2 000 000 \$, la possibilité de double recouvrement demeurerait négligeable du point de vue du ministère public, dans la mesure où ce dernier pouvait raisonnablement présumer que M. Vallières avait, en réalité, exercé un contrôle sur une somme s'approchant de la valeur du sirop volé.

[66] En définitive, M. Vallières n'a pas satisfait au fardeau qui lui incombait et il doit, en conséquence, être tenu au paiement d'une amende égale à la valeur du bien qui était en sa possession ou sous son contrôle, soit 10 000 000 \$. Bien que le montant de l'amende compensatoire puisse paraître élevé, il s'impose à la lumière du régime sur la confiscation des produits de la criminalité.

B. *La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en omettant de permettre aux parties de se faire entendre sur la modification du montant de l'amende compensatoire, alors que cette question n'était pas soulevée en appel?*

[67] Vu ma réponse à la première question, il n'est pas nécessaire de trancher la deuxième question en litige pour régler le sort du pourvoi. Qu'il suffise de rappeler que la détermination du montant d'une amende compensatoire implique des considérations juridiques et factuelles différentes de la question de savoir si une telle amende doit être infligée ou non à un contrevenant, comme en témoigne la présente affaire. En pareilles circonstances, un tribunal devrait offrir aux parties l'occasion de soumettre des observations avant de trancher une question sur laquelle les parties n'ont pas eu la chance de se prononcer (*R. c. Mian*, 2014 CSC 54, [2014] 2 R.C.S. 689).

VI. Dispositif

[68] Pour ces motifs, l'appel est accueilli. L'amende infligée à M. Vallières est établie à 9 171 397,57 \$, ce

that is, \$10,000,000 minus the amount of the restitution order, \$828,602.43. Mr. Vallières has 10 years to pay this fine, in default of which he is subject to imprisonment for 6 years consecutive to any other term of imprisonment.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Director of Criminal and Penal Prosecutions, Trois-Rivières.

Solicitors for the respondent: Labelle, Côté, Tabah & Associés, Saint-Jérôme.

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

Solicitors for the intervener Association québécoise des avocats et avocates de la défense: Battista Turcot Israel, Montréal.

qui correspond au montant de 10 000 000 \$ déduction faite de la somme de 828 602,43 \$ faisant l'objet de l'ordonnance de restitution. Monsieur Vallières dispose d'un délai de 10 ans pour payer cette amende, à défaut de quoi il s'expose à un emprisonnement d'une durée de 6 ans consécutif à toute autre peine d'emprisonnement.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante : Directeur des poursuites criminelles et pénales, Trois-Rivières.

Procureurs de l'intimé : Labelle, Côté, Tabah & Associés, Saint-Jérôme.

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

Procureurs de l'intervenante l'Association québécoise des avocats et avocates de la défense : Battista Turcot Israel, Montréal.

Matthew Stairs *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario
and Canadian Civil Liberties
Association** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. STAIRS

2022 SCC 11

File No.: 39416.

2021: November 2; 2022: April 8.

Present: Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin, Kasirer and Jamal JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Search incident to arrest — Police arresting accused in basement of his home following report of domestic violence — Police conducting clearing search of basement living room after arrest and finding methamphetamine — Accused convicted of possession of controlled substance for purpose of trafficking — Whether common law standard for search incident to arrest should be modified when search conducted in home — Whether clearing search of basement living room was lawful search incident to arrest — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

A call was placed to 9-1-1 to report a man repeatedly hitting a woman in a car. Police officers located the car parked in the driveway of a house. They knocked on the front door and loudly announced their presence, but no one answered. Fearing for the woman's safety, they entered the house. A woman with fresh injuries to her face came up a flight of stairs leading from the basement. The accused then ran past the bottom of the staircase and barricaded himself in the basement laundry room, where he was arrested a short time later. After the arrest, the police conducted a visual clearing search of the basement living room area,

Matthew Stairs *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Procureur général de l'Ontario et
Association canadienne des libertés
civiles** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. STAIRS

2022 CSC 11

N° du greffe : 39416.

2021 : 2 novembre; 2022 : 8 avril.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin, Kasirer et Jamal.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Fouille accessoire à l'arrestation — Accusé arrêté par les policiers dans le sous-sol de sa maison à la suite d'un signalement de violence conjugale — Exécution par les policiers dans la salle de séjour du sous-sol d'une fouille de sécurité menant à la découverte de méthamphetamine — Accusé déclaré coupable de possession d'une substance désignée en vue d'en faire le trafic — La norme de common law relative aux fouilles accessoires à une arrestation devrait-elle être modifiée lorsque la fouille est effectuée dans un domicile? — La fouille de sécurité dans la salle de séjour du sous-sol était-elle une fouille légale effectuée accessoirement à l'arrestation? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

Une personne a appelé au 9-1-1 pour signaler un homme frappant à plusieurs reprises une femme dans une voiture. Les policiers ont retrouvé la voiture stationnée dans l'entrée d'une maison. Ils ont frappé à la porte avant de la maison et ont annoncé leur présence d'une voix forte, mais personne n'est venu répondre. Craignant pour la sécurité de la femme, ils sont entrés dans la maison. Une femme présentant des blessures récentes au visage est montée de l'escalier du sous-sol. L'accusé a ensuite couru du pied de l'escalier jusqu'à la salle de lavage du sous-sol, où il s'est barricadé et où il a été arrêté peu de temps après. Après l'arrestation, les policiers ont

from which the accused and the woman had just emerged. During the search, the police saw a clear container and a plastic bag in plain view containing methamphetamine. The accused was charged with possession of a controlled substance for the purpose of trafficking, and with assault and breach of probation.

The accused brought a pre-trial application alleging, among other things, violations of his right against unreasonable search and seizure protected by s. 8 of the *Charter*. The trial judge found no breach of s. 8 and no basis to exclude the methamphetamine. She held that it was reasonable for the officers to do a quick scan of the basement living room after the accused was arrested, that the search had a valid objective, and that the search and resulting seizure were lawful. The accused was convicted of all charges. He appealed his conviction for the drug offence on the basis that the drug evidence was improperly admitted. A majority of the Court of Appeal upheld the conviction, holding that the search and subsequent seizure of the methamphetamine did not breach the accused's s. 8 *Charter* rights. The majority was of the view that the search was a search incident to a lawful arrest, that the common law standard for search incident to arrest applied, and that the search of the basement living room met this standard.

Held (Karakatsanis, Brown and Martin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Wagner C.J. and Moldaver, Rowe, Kasirer and Jamal JJ.: The basic common law standard for search incident to arrest continues to apply when the police search an area of the arrested person's home that is within that person's physical control. The common law standard permits the police to search a lawfully arrested person and to seize anything in their possession or the surrounding area of the arrest to guarantee the safety of the police and the arrested person, prevent the person's escape, or provide evidence against them. Specifically, it permits a search of the person arrested and the surrounding area of the arrest when (1) the arrest is lawful; (2) the search is incidental to the arrest, such that there is some reasonable basis for the search connected to the arrest and the search is for a valid law enforcement purpose, including safety, evidence preservation, or evidence discovery; and (3) the nature and extent of the search are reasonable.

effectué une inspection visuelle à des fins sécuritaires de la salle de séjour du sous-sol, d'où venaient d'arriver l'accusé et la femme. Lors de l'inspection, ils ont aperçu un contenant transparent et un sac de plastique bien en vue renfermant de la méthamphétamine. L'accusé a été inculpé de possession d'une substance désignée en vue d'en faire le trafic, de voies de fait et de défaut de se conformer à une ordonnance de probation.

L'accusé a présenté une demande préalable au procès où il alléguait, notamment, des violations de son droit à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte*. Le juge du procès n'a constaté aucune violation de l'art. 8 et aucune raison d'écarter la méthamphétamine. Elle a conclu qu'il n'y avait rien d'abusif à ce que les policiers inspectent rapidement du regard la salle de séjour du sous-sol après l'arrestation de l'accusé, que la fouille avait un objectif valable et que la fouille et la saisie subséquente étaient légales. L'accusé a été déclaré coupable de toutes les accusations. Il a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité pour l'infraction liée aux drogues, faisant valoir que les éléments de preuve relatifs à celles-ci avaient été admis à tort. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont confirmé la déclaration de culpabilité, concluant que la fouille et la saisie subséquente de la méthamphétamine n'avaient pas porté atteinte aux droits que l'art. 8 de la *Charte* garantit à l'accusé. Les juges majoritaires étaient d'avis que la fouille était une fouille accessoire à une arrestation légale, que la norme de common law relative à de telles fouilles s'appliquait et que la fouille de la salle de séjour du sous-sol satisfaisait à cette norme.

Arrêt (les juges Karakatsanis, Brown et Martin sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Rowe, Kasirer et Jamal : La norme fondamentale de common law relative aux fouilles accessoires à une arrestation continue de s'appliquer lorsque les policiers effectuent une fouille dans un espace du domicile de la personne arrêtée qui relève du contrôle physique de celle-ci. La norme de common law permet aux policiers de fouiller la personne légalement mise en état d'arrestation et de saisir les objets en sa possession ou se trouvant dans l'espace environnant l'arrestation dans le but d'assurer la sécurité des policiers et de la personne en état d'arrestation, d'empêcher l'évasion de cette dernière ou encore de constituer une preuve contre elle. Plus particulièrement, elle permet la fouille de la personne arrêtée et de l'espace environnant l'arrestation lorsque : (1) l'arrestation est légale; (2) la fouille est accessoire à l'arrestation, de sorte qu'il y a un fondement raisonnable à la fouille qui est lié à l'arrestation, et celle-ci vise un objectif valable d'application de la loi, notamment la sécurité, ou la préservation ou la découverte d'éléments de preuve; et (3) la nature et l'étendue de la fouille sont raisonnables.

However, where the area searched in the arrested person's home is outside that person's physical control at the time of the arrest — but the area is sufficiently proximate to the arrest — the common law standard for search incident to arrest must be modified to pass constitutional muster under s. 8 of the *Charter*. The purpose of the distinction between the areas within and outside of the arrested person's physical control is to recognize that the more extensive the warrantless search in a home, the greater the potential for violating privacy. The key question in determining whether an area is sufficiently proximate to the arrest is whether there is a link between the location and purpose of the search and the grounds for the arrest. The inquiry is highly contextual; the determination must be made using a purposive approach to ensure that the police can adequately respond to the wide variety of factual situations that may arise. Depending on the circumstances, the surrounding area may be wider or narrower.

Specifically, where the area searched incident to arrest in a home is outside the arrested person's physical control at the time of the arrest, the common law standard for search incident to arrest must be modified in two ways that make the standard stricter. First, the police must have reason to suspect that there is a safety risk to the police, the arrested person, or the public which would be addressed by a search. Reasonable suspicion is a higher standard than the common law standard for search incident to arrest. The police require a constellation of objectively discernible facts assessed against the totality of the circumstances giving rise to the suspicion of the risk. Relevant considerations include (a) the need for a search; (b) the nature of the apprehended risk; (c) the potential consequences of not taking protective measures; (d) the availability of alternative measures; and (e) the likelihood that the contemplated risk actually exists. Moreover, when assessing police conduct, the reviewing judge must be alive to the volatility and uncertainty that police officers face — the police must expect the unexpected.

Second, the police must carefully tailor their searches incident to arrest in a home to ensure that they respect the heightened privacy interests implicated. The search incident to arrest power only permits police to search the surrounding area of the arrest. The nature of the search must be tailored to its specific purpose, the circumstances of the arrest, and the nature of the offence. The search should be

Cependant, lorsque l'espace du domicile de la personne arrêtée visé par la fouille est hors du contrôle physique de celle-ci au moment de l'arrestation — mais que l'espace est suffisamment lié à l'arrestation — la norme de common law relative aux fouilles accessoires à l'arrestation doit être modifiée pour être constitutionnelle au titre de l'art. 8 de la *Charte*. La distinction entre les espaces du domicile relevant du contrôle physique de la personne arrêtée et ceux se trouvant hors du contrôle physique de celle-ci vise la reconnaissance du fait que plus la fouille sans mandat dans un domicile est vaste, plus grande est la possibilité qu'il y ait violation de la vie privée. La question clé pour déterminer si un espace a un lien suffisant avec l'arrestation est de savoir s'il y a un lien entre le lieu et l'objet de la fouille et les motifs de l'arrestation. L'analyse est hautement contextuelle; la décision doit être prise en fonction d'une démarche téléologique afin que les policiers puissent répondre adéquatement à une grande variété de situations factuelles pouvant survenir. Selon les circonstances, l'espace environnant peut être plus ou moins vaste.

Plus particulièrement, lorsque l'espace du domicile visé par la fouille accessoire à l'arrestation est hors du contrôle physique de la personne arrêtée au moment de l'arrestation, la norme de common law relative aux fouilles accessoires à l'arrestation doit être modifiée de deux façons qui la rendent plus rigoureuse. D'abord, les policiers doivent avoir des raisons de soupçonner qu'il y a un risque pour leur sécurité ou celle de la personne arrêtée ou du public, qu'une fouille permettrait d'éviter. La norme des soupçons raisonnables est plus rigoureuse que la norme de common law relative aux fouilles accessoires à une arrestation. Les policiers ont besoin d'un ensemble de faits objectivement discernables appréciés à la lumière de toutes les circonstances donnant lieu au risque soupçonné. Les considérations suivantes pourraient être pertinentes : a) la nécessité d'une fouille; b) la nature du risque appréhendé; c) les conséquences potentielles de l'absence de prise de mesures de protection; d) l'existence d'autres mesures; et e) la probabilité que le risque envisagé existe réellement. De plus, lorsque le juge chargé de la révision évalue la conduite des policiers, il doit être conscient de l'instabilité et de l'incertitude auxquelles ceux-ci font face — les policiers doivent s'attendre à l'inattendu.

Ensuite, les policiers doivent adapter soigneusement les fouilles qu'ils effectuent dans un domicile accessoirement à une arrestation aux intérêts accrus en matière de respect de la vie privée qui s'y rattachent. Le pouvoir de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation permet seulement aux policiers de le faire dans l'espace environnant l'arrestation. La nature de la fouille doit être adaptée

no more intrusive than is necessary to resolve the police's reasonable suspicion.

In the present case, the basement living room search met the standard for reasonable suspicion, both in terms of its subjective and objective components. It was open to the trial judge to conclude that the police subjectively believed there was a safety risk that would be addressed by conducting a clearing search of the living room, which was a valid law enforcement purpose. It was equally open to the trial judge to find that it was objectively reasonable for the police to clear the area for hazards and other occupants. The dynamic before and during the arrest and the nature of the offence for which the accused was arrested were factors that figured prominently in the reason-to-suspect analysis. The situation was volatile and rapidly changing, and the arrest was for domestic assault. In domestic violence cases, the police are not only concerned with the privacy and autonomy of the person arrested; they must also be alert to the safety of all members of the household, including both known and potential victims. In addition, the search was conducted reasonably. It took place right after the arrest and the police merely conducted a visual scan of the living room area to ensure that no one else was present and that there were no weapons or hazards. The spatial scope of the search was appropriate: the living room was part of the surrounding area of the arrest, it appeared to be a common living room space, and the police engaged in the most cursory of searches, which was the least invasive possible.

The search of the living room incident to arrest did not violate the accused's s. 8 *Charter* right, and the evidence from the living room search was therefore properly admitted at trial.

Per Karakatsanis, Brown and Martin JJ. (dissenting): The appeal should be allowed, the accused's conviction for possession of a controlled substance for the purpose of trafficking set aside and an acquittal entered. The police's warrantless search and seizures did not comply with s. 8 of the *Charter*. The evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter* in that its admission would bring the administration of justice into disrepute.

à son objectif précis, aux circonstances de l'arrestation et à la nature de l'infraction. La fouille ne devrait pas être plus attentatoire que nécessaire pour écarter les soupçons raisonnables des policiers.

En l'espèce, la fouille dans la salle de séjour du sous-sol respectait la norme des soupçons raisonnables, tant pour ce qui est de son élément subjectif que de son élément objectif. Le juge du procès pouvait conclure que les policiers avaient subjectivement cru qu'il y avait un risque pour la sécurité qui pouvait être écarté en effectuant une fouille dans la salle de séjour, qui était un objectif valable d'application de la loi. Le juge du procès pouvait aussi conclure qu'il était objectivement raisonnable que les policiers vérifient que l'endroit ne contenait aucun risque ou autre occupant. La dynamique avant et pendant l'arrestation et la nature de l'infraction pour laquelle l'accusé a été arrêté étaient des facteurs qui occupaient une place importante dans l'analyse des raisons de soupçonner. La situation était instable et évoluait rapidement, et l'accusé a été arrêté pour voies de fait contre sa conjointe. Dans les cas de violence familiale, les policiers se soucient non seulement du respect de la vie privée et de l'autonomie de la personne arrêtée, mais ils doivent aussi être vigilants quant à la sécurité de tous les membres du ménage, y compris les victimes connues et les victimes potentielles. De plus, la fouille n'a pas été effectuée d'une manière abusive. Elle a eu lieu tout de suite après l'arrestation et les policiers ont simplement effectué une inspection visuelle de la salle de séjour afin de s'assurer qu'il n'y avait personne d'autre dans la pièce et qu'il n'y avait pas d'armes ou de dangers. L'étendue spatiale de la fouille était juste : la salle de séjour faisait partie de l'espace environnant l'arrestation, elle semblait être un espace commun de séjour, et les policiers ont procédé à une fouille des plus sommaires, qui était la moins attentatoire possible.

La fouille dans la salle de séjour effectuée accessoirement à l'arrestation ne violait pas le droit que l'art. 8 de la *Charte* garantit à l'accusé, et les éléments de preuve trouvés lors de la fouille dans la salle de séjour ont donc été dûment admis au procès.

Les juges Karakatsanis, Brown et Martin (dissidents) : Le pourvoi devrait être accueilli, la déclaration de culpabilité de l'accusé pour possession d'une substance désignée en vue d'en faire le trafic devrait être annulée et un verdict d'acquiescement devrait être inscrit. La fouille et les saisies sans mandat effectuées par les policiers ne respectaient pas l'art. 8 de la *Charte*. La preuve devrait être exclue en application du par. 24(2) de la *Charte*, en ce que l'admission de celle-ci est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

The warrant requirement is a foundational check on police powers, and a cornerstone of Canada's constitutional order. Any exceptions should be exceedingly rare. Still, some exceptions exist, including the common law power of search incident to arrest. In some cases, the Court has modified or tailored the common law framework to account for particularly compelling individual interests. The strong privacy interests in a home call for modifying the common law standard in a search incident to arrest. A home is the setting of individuals' innermost lives: at once a shield from the outside world and a biographical record, its sanctity is indispensable. However, while privacy interests in a home are significant, so too are the interests in protecting police and public safety. Police must be able to address the hazards that may arise in unfamiliar, and potentially hostile, environments, not least when investigating volatile offences like domestic violence. Weighing the privacy and law enforcement interests under s. 8, the balance is best struck by authorizing police to conduct a search incident to arrest inside a home when they reasonably suspect there is an imminent threat to the safety of police or the public. Contrary to the standard set by the majority, the threat must be imminent. The safety risks that arise from an arrest in a home, for which a warrant cannot feasibly be procured, will generally be imminent. And imminence is a useful concept because it defines those circumstances where obtaining a warrant is not feasible. It signals that if police can get a warrant before searching a home, they should do so.

While reasonable suspicion is a relatively low threshold, it still requires the officers to articulate some basis to suspect safety may be at risk. As in other searches incident to arrest, they must have both subjective and objective grounds for the search. The court's task is to examine the evidence of the actual reasons for the search — and not whether reasonable suspicion could have justified the search. Ultimately, the task for the courts is, in each case, to apply the standard in light of the specific evidence before them, focusing on the reasons actually relied on by the officer. The issue is whether the search was constitutional at the time it was carried out.

L'exigence de mandat est un contrepois fondamental aux pouvoirs des policiers, et une pierre angulaire de l'ordre constitutionnel du Canada. Toute exception devrait être extrêmement rare. Toutefois, certaines exceptions existent, notamment le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation. Dans certains cas, la Cour a modifié ou adapté le cadre d'analyse de common law pour tenir compte d'intérêts individuels particulièrement impérieux. Les intérêts considérables au respect de la vie privée dans une habitation commandent la modification de la norme de common law relative aux fouilles accessoires à l'arrestation. Le domicile est le lieu où se déroulent les activités les plus intimes des gens : il est à la fois un abri contre le monde extérieur et un dossier biographique, et son caractère sacré est indispensable. Toutefois, bien que les intérêts au respect de la vie privée dans une habitation soient importants, les intérêts à la protection de la sécurité des policiers et du public le sont tout autant. Les policiers doivent pouvoir parer aux risques susceptibles de se présenter dans des environnements inconnus et potentiellement hostiles, surtout lorsqu'ils enquêtent sur des infractions survenant dans des contextes instables, comme la violence familiale. Si l'on soupèse les intérêts au respect de la vie privée et les objectifs des autorités d'application de la loi eu égard à l'art. 8, l'équilibre est établi en autorisant les policiers à effectuer une fouille accessoire à l'arrestation dans un domicile lorsqu'ils soupçonnent raisonnablement qu'il y a une menace imminente pour la sécurité des policiers ou du public. Contrairement à ce que prévoit la norme établie par les juges majoritaires, la menace doit être imminente. Les risques pour la sécurité qui se présentent lors d'une arrestation dans une habitation, pour laquelle un mandat ne peut être obtenu, seront généralement imminents. Et l'imminence est un concept utile parce qu'elle définit les circonstances où l'obtention d'un mandat n'est pas faisable. Elle indique que si les policiers peuvent obtenir un mandat avant de procéder à une fouille dans une habitation, ils devraient le faire.

Bien que la norme des soupçons raisonnables soit une norme relativement peu exigeante, elle exige néanmoins que les policiers aient certaines raisons de soupçonner qu'il pourrait y avoir un risque pour la sécurité. Comme pour les autres fouilles accessoires à l'arrestation, ils doivent avoir à la fois des motifs subjectifs et objectifs pour procéder à une fouille. La tâche du tribunal est d'examiner la preuve des motifs réels justifiant la fouille — et non de se demander si des soupçons raisonnables auraient pu justifier la fouille. En fin de compte, la tâche des tribunaux consiste, dans chaque cas, à appliquer la norme eu égard à la preuve précise dont ils sont saisis, en se concentrant sur les raisons invoquées par le policier. Il faut se demander si la fouille était constitutionnelle au moment où elle a été effectuée.

Alongside the reasonable suspicion standard, the permissible scope of a search serves as another limitation on the police's ability to conduct a search incident to arrest inside a home. This constrains searches in two ways: by the nature of the concerns animating the arrest, and by the need for temporal and spatial proximity between the search and the arrest. Just as the authority for a search incident to arrest derives from the arrest itself, a search is only justifiable if the purpose of the search is related to the purpose of the arrest. An arrest that only gives rise to safety concerns cannot, without more, authorize a search for matters unrelated to safety. There must be a purposive link to the nature of the arrest. A search that falls within those parameters must also be spatially and temporally proximate to the arrest.

In the instant case, the search and seizures were not justified. The police only searched the basement once the accused had been handcuffed and the victim had gone upstairs. There were no particularized facts to justify a safety search, only generalized uncertainty about the presence of weapons or other people. The searching officer gave no basis to ground a reasonable suspicion that anybody's safety was at risk following the accused's arrest. The search and seizures were therefore unlawful and violated the accused's s. 8 *Charter* rights.

The evidence ought to be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. The state conduct in this case falls on the higher end of the spectrum and favours exclusion. It was well known that private homes attract a high privacy interest and generally cannot be searched without a warrant. The accused's privacy interests inside the home were significant and the unlawful search and seizures were a major incursion on his *Charter*-protected interests, which strongly favours exclusion. The drugs were, however, highly reliable evidence that was central to the Crown's case, which strongly favours inclusion. Weighing all three inquiries, the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. The evidence is therefore inadmissible.

Per Côté J.: There is agreement with Karakatsanis J. on the reasonable suspicion standard for searches incident to arrest inside a home, with her application of the standard to the facts of the case and with her conclusion that the search and seizure of the evidence infringed S's rights

En parallèle à la norme des soupçons raisonnables, l'étendue acceptable d'une fouille représente une autre limite à la capacité des policiers de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation dans une habitation. Elle limite les fouilles de deux façons : par la nature des préoccupations qui sous-tendent l'arrestation, et par la nécessité qu'il y ait une proximité sur les plans temporel et spatial entre la fouille et l'arrestation. Tout comme le pouvoir d'effectuer une fouille accessoire à l'arrestation découle de l'arrestation elle-même, une fouille ne peut se justifier que si son but est lié à celui de l'arrestation. Une arrestation qui ne donne lieu qu'à des préoccupations liées à la sécurité ne peut, sans plus, autoriser une fouille pour des questions non liées à la sécurité. Il doit y avoir un lien téléologique avec la nature de l'arrestation. Une fouille qui relève de ces paramètres doit aussi être à proximité de l'arrestation sur les plans spatial et temporel.

En l'espèce, la fouille et les saisies n'étaient pas justifiées. Les policiers n'ont effectué une fouille dans le sous-sol qu'une fois que l'accusé fût menotté et que la victime fût montée à l'étage. Il n'y avait aucun fait précis justifiant la fouille de sécurité, seulement une incertitude générale concernant la présence d'armes ou d'autres personnes. L'agent ayant effectué la fouille n'a fourni aucun motif justifiant l'existence de soupçons raisonnables que la sécurité de quiconque était en danger à la suite de l'arrestation de l'accusé. La fouille et les saisies étaient donc illégales et violaient les droits de l'accusé garantis par l'art. 8 de la *Charte*.

La preuve devrait être exclue en application du par. 24(2) de la *Charte*. La conduite de l'État dans la présente affaire se situe à l'extrémité supérieure du spectre et favorise l'exclusion. Il était bien connu que les maisons privées jouissent d'un intérêt considérable en matière de respect de la vie privée et ne peuvent généralement pas faire l'objet de fouilles sans mandat. Les intérêts au respect de la vie privée de l'accusé dans son domicile étaient importants et la fouille et les saisies illégales représentaient une atteinte majeure à ses intérêts protégés par la *Charte*, ce qui milite fortement en faveur de l'exclusion. Cependant, les drogues constituaient des éléments de preuve très fiables, cruciaux pour la thèse de la Couronne, ce qui milite fortement en faveur de l'inclusion. Soupesant les trois questions, l'admission de la preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. La preuve est donc irrecevable.

La juge Côté : Il y a accord avec la juge Karakatsanis concernant la norme des soupçons raisonnables pour les fouilles accessoires à une arrestation effectuées dans une habitation, son application de la norme aux faits de l'espèce et sa conclusion que la fouille et la saisie des éléments de

pursuant to s. 8 of the *Charter*. However, the unlawfully seized evidence should not be excluded as admitting the evidence would not bring the administration of justice into disrepute. The appeal should therefore be dismissed.

The seriousness of the *Charter*-infringing police conduct favours admission of the evidence. The seriousness of the infringement is attenuated by the uncertainty of the law regarding residential searches incident to arrest. Given the uncertainty in the law and the otherwise reasonable manner in which the search was carried out, the seriousness of the police misconduct was at the lowest end of the spectrum. The Crown concedes that the police conduct had a serious impact on S's *Charter*-protected privacy interests which favours exclusion of the evidence. However, society's interest in an adjudication of S's drug charges on the merits favours admission of the evidence.

On balance, the evidence should not be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. Going forward, it will be very difficult for police to justify admission in a similar scenario. However, the police were acting in good faith on their understanding of unsettled law and society has a strong interest in the adjudication of a charge involving a large quantity of a highly dangerous street drug.

Cases Cited

By Moldaver and Jamal JJ.

Applied: *R. v. Golub* (1997), 34 O.R. (3d) 743; **distinguished:** *R. v. MacDonald*, 2014 SCC 3, [2014] 1 S.C.R. 37; **considered:** *R. v. Fearon*, 2014 SCC 77, [2014] 3 S.C.R. 621; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679; *R. v. Saeed*, 2016 SCC 24, [2016] 1 S.C.R. 518; *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51; **referred to:** *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158; *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739; *Semayne's Case* (1604), 5 Co. Rep. 91a, 77 E.R. 194; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13; *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945; *R. v. Nolet*, 2010 SCC 24, [2010] 1 S.C.R. 851; *Chimel v. California*, 395 U.S. 752 (1969); *Maryland v. Buie*, 494 U.S. 325 (1990); *R. v. Chehil*, 2013 SCC 49, [2013] 3 S.C.R. 220; *R. v. Godoy*, [1999] 1 S.C.R. 311; *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2; *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *Jensen v. Stemmer*, 2007 MBCA 42, 214 Man.

preuve ont contrevenu aux droits de S garantis par l'art. 8 de la *Charte*. Toutefois, les éléments de preuve saisis illégalement ne devraient pas être exclus car l'admission des éléments de preuve ne serait pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Le pourvoi devrait donc être rejeté.

La gravité de la conduite policière attentatoire à la *Charte* favorise l'admission de la preuve. La gravité de la violation est atténuée par l'incertitude du droit concernant les fouilles résidentielles accessoires à une arrestation. Comme le droit applicable était incertain et vu la manière par ailleurs non abusive dont la fouille a été effectuée, la gravité de la conduite policière se situait à l'extrémité inférieure du spectre. La Couronne concède que la conduite policière a eu des conséquences importantes sur les intérêts de S au respect de sa vie privée protégés par la *Charte*, ce qui milite en faveur de l'exclusion de la preuve. Toutefois, l'intérêt de la société à ce que les accusations relatives aux drogues dont S faisait l'objet soient jugées sur le fond, milite en faveur de l'admission de la preuve.

Dans l'ensemble, la preuve ne devrait pas être exclue en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. À l'avenir, les policiers auront beaucoup de mal à justifier l'admission d'éléments de preuve dans un scénario semblable. Toutefois, les policiers ont agi de bonne foi selon leur compréhension de principes de droit qui n'étaient pas bien définis et la société a un intérêt considérable à ce qu'une accusation visant une grande quantité de drogue illicite très dangereuse et pernicieuse soit jugée.

Jurisprudence

Citée par les juges Moldaver et Jamal

Arrêt appliqué : *R. c. Golub* (1997), 34 O.R. (3d) 743; **distinction d'avec l'arrêt :** *R. c. MacDonald*, 2014 CSC 3, [2014] 1 R.C.S. 37; **arrêts examinés :** *R. c. Fearon*, 2014 CSC 77, [2014] 3 R.C.S. 621; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679; *R. c. Saeed*, 2016 CSC 24, [2016] 1 R.C.S. 518; *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51; **arrêts mentionnés :** *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158; *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739; *Semayne's Case* (1604), 5 Co. Rep. 91a, 77 E.R. 194; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13; *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945; *R. c. Nolet*, 2010 CSC 24, [2010] 1 R.C.S. 851; *Chimel c. California*, 395 U.S. 752 (1969); *Maryland c. Buie*, 494 U.S. 325 (1990); *R. c. Chehil*, 2013 CSC 49, [2013] 3 R.C.S. 220; *R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311; *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2; *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S.

R. (2d) 64; *R. v. Dodd* (1999), 180 Nfld. & P.E.I.R. 145; *R. v. Lowes*, 2016 ONCA 519.

By Karakatsanis J. (dissenting)

R. v. Silveira, [1995] 2 S.C.R. 297; *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51; *R. v. MacDonald*, 2014 SCC 3, [2014] 1 S.C.R. 37; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13; *R. v. Saeed*, 2016 SCC 24, [2016] 1 S.C.R. 518; *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158; *R. v. Fearon*, 2014 SCC 77, [2014] 3 S.C.R. 621; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679; *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739; *R. v. Godoy*, [1999] 1 S.C.R. 311; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *R. v. Paterson*, 2017 SCC 15, [2017] 1 S.C.R. 202; *R. v. Reeves*, 2018 SCC 56, [2018] 3 S.C.R. 531; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *R. v. Golub* (1997), 34 O.R. (3d) 743; *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416; *R. v. Chehil*, 2013 SCC 49, [2013] 3 S.C.R. 220; *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Le*, 2019 SCC 34, [2019] 2 S.C.R. 692.

By Côté J.

Referred to: *R. v. Fearon*, 2014 SCC 77, [2014] 3 S.C.R. 621; *R. v. Pileggi*, 2021 ONCA 4, 153 O.R. (3d) 561; *R. v. Kelsy*, 2011 ONCA 605, 280 C.C.C. (3d) 456; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Saeed*, 2016 SCC 24, [2016] 1 S.C.R. 518; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34; *R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657; *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 9, 24(2).
Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, s. 5(2).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 266, 487.11, 529 to 529.5, 733.1(1).
Police Services Act, R.S.O. 1990, c. P.15, s. 42.

Authors Cited

Canada. Statistics Canada. Canadian Centre for Justice and Community Safety Statistics. *Family violence in Canada: A statistical profile, 2019*, by Shana Conroy. Ottawa: Statistics Canada, March 2021.
 Coughlan, Steve. *Criminal Procedure*, 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2020.

387; *Jensen c. Stemmer*, 2007 MBCA 42, 214 Man. R. (2d) 64; *R. c. Dodd* (1999), 180 Nfld. & P.E.I.R. 145; *R. c. Lowes*, 2016 ONCA 519.

Citée par la juge Karakatsanis (dissidente)

R. c. Silveira, [1995] 2 R.C.S. 297; *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51; *R. c. MacDonald*, 2014 CSC 3, [2014] 1 R.C.S. 37; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13; *R. c. Saeed*, 2016 CSC 24, [2016] 1 R.C.S. 518; *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158; *R. c. Fearon*, 2014 CSC 77, [2014] 3 R.C.S. 621; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679; *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739; *R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *R. c. Paterson*, 2017 CSC 15, [2017] 1 R.C.S. 202; *R. c. Reeves*, 2018 CSC 56, [2018] 3 R.C.S. 531; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *R. c. Golub* (1997), 34 O.R. (3d) 743; *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416; *R. c. Chehil*, 2013 CSC 49, [2013] 3 R.C.S. 220; *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Le*, 2019 CSC 34, [2019] 2 R.C.S. 692.

Citée par la juge Côté

Arrêts mentionnés : *R. c. Fearon*, 2014 CSC 77, [2014] 3 R.C.S. 621; *R. c. Pileggi*, 2021 ONCA 4, 153 O.R. (3d) 561; *R. c. Kelsy*, 2011 ONCA 605, 280 C.C.C. (3d) 456; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Saeed*, 2016 CSC 24, [2016] 1 R.C.S. 518; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34; *R. c. Vu*, 2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657; *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 9, 24(2).
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 266, 487.11, 529 à 529.5, 733.1(1).
Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, c. 19, art. 5(2).
Loi sur les services policiers, L.R.O. 1990, c. P.15, art. 42.

Doctrine et autres documents cités

Canada. Statistique Canada. Centre canadien de la statistique juridique et de la sécurité des collectivités. *La violence familiale au Canada : un profil statistique, 2019*, par Shana Conroy, Ottawa, Statistique Canada, mars 2021.
 Coughlan, Steve. *Criminal Procedure*, 4th ed., Toronto, Irwin Law, 2020.

McWilliams' Canadian Criminal Evidence, 5th ed. by S. Casey Hill, David M. Tanovich and Louis P. Strezos, eds. Toronto: Thomson Reuters, 2022 (loose-leaf updated February 2022, release 1).

Ruff, Lanette. “Does Training Matter? Exploring Police Officer Response to Domestic Dispute Calls Before and After Training on Intimate Partner Violence” (2012), 85 *Police J.* 285.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Fairburn A.C.J.O. and Nordheimer and Harvison Young J.J.A.), 2020 ONCA 678, 153 O.R. (3d) 32, 396 C.C.C. (3d) 369, 67 C.R. (7th) 10, 467 C.R.R. (2d) 354, [2020] O.J. No. 4590 (QL), 2020 CarswellOnt 15663 (WL), affirming the conviction for possession for the purpose of trafficking entered by Coats J., 2018 ONSC 3783, [2018] O.J. No. 3264 (QL), 2018 CarswellOnt 9791 (WL). Appeal dismissed, Karakatsanis, Brown and Martin J.J. dissenting.

Erin Dann and Lisa Freeman, for the appellant.

Mark J. Covan and Diana Lumba, for the respondent.

Mabel Lai and Nicole Rivers, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Anil K. Kapoor and Victoria M. Cichalewska, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The judgment of Wagner C.J. and Moldaver, Rowe, Kasirer and Jamal J.J. was delivered by

MOLDAVER AND JAMAL J.J. —

I. Overview

[1] This appeal concerns the permissible scope of a search incident to arrest in a person’s home. In particular, the Court has been asked to delineate the proper balance under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* between an accused’s privacy

McWilliams' Canadian Criminal Evidence, 5th ed., by S. Casey Hill, David M. Tanovich and Louis P. Strezos, eds., Toronto, Thomson Reuters, 2022 (loose-leaf updated February 2022, release 1).

Ruff, Lanette. « Does Training Matter? Exploring Police Officer Response to Domestic Dispute Calls Before and After Training on Intimate Partner Violence » (2012), 85 *Police J.* 285.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (la juge en chef adjointe Fairburn et les juges Nordheimer et Harvison Young), 2020 ONCA 678, 153 O.R. (3d) 32, 396 C.C.C. (3d) 369, 67 C.R. (7th) 10, 467 C.R.R. (2d) 354, [2020] O.J. No. 4590 (QL), 2020 CarswellOnt 15663 (WL), qui a confirmé la déclaration de culpabilité pour possession de substances en vue d’en faire le trafic inscrite par la juge Coats, 2018 ONSC 3783, [2018] O.J. No. 3264 (QL), 2018 CarswellOnt 9791 (WL). Pourvoi rejeté, les juges Karakatsanis, Brown et Martin sont dissidents.

Erin Dann et Lisa Freeman, pour l’appelant.

Mark J. Covan et Diana Lumba, pour l’intimée.

Mabel Lai et Nicole Rivers, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Anil K. Kapoor et Victoria M. Cichalewska, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Moldaver, Rowe, Kasirer et Jamal rendu par

LES JUGES MOLDAVER ET JAMAL —

I. Aperçu

[1] Le présent pourvoi porte sur l’étendue acceptable d’une fouille accessoire à une arrestation dans le domicile d’une personne. En particulier, la Cour est appelée à définir le juste équilibre, au regard de l’art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, entre

interests in their home and valid law enforcement objectives, when the police search an accused's home incident to their lawful arrest. As we will explain, a proper balancing of those factors requires modifying the common law standard governing searches incident to arrest.

[2] This case arises in the aftermath of a volatile arrest in the home of the appellant, Matthew Stairs, for domestic violence. The police responded to a 9-1-1 caller who reported seeing a man repeatedly hitting a woman in a car. Police officers promptly located the suspect car parked in the driveway of an unknown house. After a quick scan of the car's interior, they knocked on the front door of the house and loudly announced their presence, but no one answered. Fearing for the woman's safety, the police entered the house. Upon announcing their presence, a woman with fresh injuries to her face came up a flight of stairs leading from the basement. Mr. Stairs did not follow. Instead, he ran past the bottom of the staircase and barricaded himself in the basement laundry room, where he was arrested a short time later.

[3] After the arrest, the police conducted a visual clearing search of the basement living room area, from which Mr. Stairs and the woman had just emerged. The purpose of the search was to ensure that nobody else was present and that there were no hazards or weapons sitting out in the open. During the search, the police saw a clear container and a plastic bag in plain view containing methamphetamine. This resulted in Mr. Stairs being charged with possession for the purpose of trafficking (contrary to s. 5(2) of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19), in addition to charges of assault and breach of probation (contrary to ss. 266 and 733.1(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46). He was convicted of all charges at trial.

les intérêts d'un accusé au respect de sa vie privée chez lui, d'une part, et les objectifs valables d'application de la loi, d'autre part, lorsque des policiers effectuent une fouille dans le domicile de l'accusé accessoirement à son arrestation légale. Comme nous l'expliquerons, le juste équilibre de ces facteurs exige la modification de la norme de common law régissant les fouilles accessoires à une arrestation.

[2] Le présent pourvoi fait suite à une arrestation mouvementée au domicile de l'appellant, Matthew Stairs, pour violence familiale. Les policiers ont répondu à l'appel au 9-1-1 d'une personne qui disait avoir vu un homme frapper à plusieurs reprises une femme dans une voiture. Les policiers ont rapidement retrouvé la voiture du suspect, stationnée dans l'entrée d'une maison inconnue de ceux-ci. Après avoir regardé rapidement l'intérieur de la voiture, ils ont frappé à la porte avant de la maison et ont annoncé leur présence d'une voix forte, mais personne n'est venu répondre. Craignant pour la sécurité de la femme, les policiers sont entrés dans la maison. Au moment où ils ont annoncé leur présence, une femme présentant des blessures récentes au visage est montée de l'escalier du sous-sol. Monsieur Stairs n'a pas suivi. Il a plutôt couru du pied de l'escalier jusqu'à la salle de lavage du sous-sol, où il s'est barricadé et où il a été arrêté peu de temps après.

[3] Après l'arrestation, les policiers ont effectué une inspection visuelle à des fins sécuritaires de la salle de séjour du sous-sol, d'où venaient d'arriver M. Stairs et la femme. Les policiers voulaient ainsi s'assurer qu'il n'y avait personne d'autre dans la pièce et qu'il ne s'y trouvait aucun danger ni aucune arme à découvert. Lors de l'inspection, ils ont aperçu un contenant transparent et un sac de plastique bien en vue renfermant de la méthamphétamine, ce qui a fait en sorte que M. Stairs a été accusé de possession de substances en vue d'en faire le trafic (infraction prévue au par. 5(2) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, c. 19), accusation qui s'ajoutait à celles pour voies de fait et défaut de se conformer à une ordonnance de probation (infractions prévues à l'art. 266 et au par. 733.1(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46). Il a été déclaré coupable de toutes ces accusations au procès.

[4] Mr. Stairs appealed his conviction for the drug offence on the basis that the drug evidence was improperly admitted. In a split decision, a majority of the Court of Appeal for Ontario upheld the conviction. The dissenting judge would have set aside the conviction and entered an acquittal.

[5] Mr. Stairs now appeals as of right to this Court regarding his conviction for the drug offence. He argues that the common law standard for search incident to arrest must be modified for searches conducted in a home given the very high privacy interests that apply to a person's home. He asserts that where the police search for safety purposes, as alleged in his case, they can only do so if they have reasonable grounds to believe, or at least suspect, that there is an imminent threat to public or police safety. Mr. Stairs claims that this standard was not met and that the search of the basement living room by the police was therefore unconstitutional. Further, he says, the methamphetamine seized by the police should have been excluded from the evidence and an acquittal must be entered with respect to the charge of possession of a controlled substance for the purpose of trafficking.

[6] The baseline common law standard for search incident to arrest requires that the individual searched has been lawfully arrested, that the search is truly incidental to the arrest in the sense that it is for a valid law enforcement purpose connected to the arrest, and that the search is conducted reasonably (*R. v. Fearon*, 2014 SCC 77, [2014] 3 S.C.R. 621, at paras. 21 and 27). In the past, this Court has tailored this standard in several contexts to comply with s. 8 of the *Charter*. The search incident to arrest power has been eliminated for the seizure of bodily samples (*R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607), and the standard has been modified in other situations presenting a heightened privacy interest in the subject matter of the search, such as strip searches, penile swabs, and cell phone searches (*R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001]

[4] Monsieur Stairs a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité pour l'infraction liée aux drogues, faisant valoir que les éléments de preuve relatifs à celles-ci avaient été admis à tort. Dans une décision partagée, les juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Ontario ont confirmé la déclaration de culpabilité. Le juge dissident aurait annulé la déclaration de culpabilité et prononcé un acquittement.

[5] Monsieur Stairs se pourvoit maintenant de plein droit devant la Cour relativement à sa déclaration de culpabilité pour l'infraction liée aux drogues. Il soutient que la norme de common law relative aux fouilles accessoires à une arrestation doit être modifiée pour ce qui est des fouilles effectuées dans un domicile, vu les intérêts très élevés au respect de la vie privée que les gens ont à l'égard de leur domicile. Il affirme que lorsque des policiers effectuent une fouille pour des raisons de sécurité, comme ils allèguent l'avoir fait dans son cas, ils ne peuvent le faire que s'ils ont des motifs raisonnables de croire, ou du moins de soupçonner, qu'il existe une menace imminente pour la sécurité du public ou des policiers. Monsieur Stairs prétend que cette norme n'a pas été respectée et que la fouille de la salle de séjour du sous-sol par les policiers était de ce fait inconstitutionnelle. Il affirme aussi que la méthamphetamine saisie par les policiers aurait dû être écartée de la preuve et qu'un acquittement doit être prononcé concernant l'accusation de possession d'une substance réglementée en vue d'en faire le trafic.

[6] La norme fondamentale de common law relative aux fouilles accessoires à une arrestation exige que la personne soumise à la fouille ait été légalement arrêtée, que la fouille soit véritablement accessoire à l'arrestation — en ce sens qu'elle vise un objectif valable d'application de la loi lié à l'arrestation — et que la fouille ne soit pas abusive (*R. c. Fearon*, 2014 CSC 77, [2014] 3 R.C.S. 621, par. 21 et 27). Par le passé, la Cour a adapté cette norme dans plusieurs contextes pour qu'elle soit conforme à l'art. 8 de la *Charte*. Le pouvoir de procéder à une fouille accessoire à une arrestation a été éliminé pour ce qui est de la saisie d'échantillons corporels (*R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607), et la norme a été modifiée dans d'autres situations qui présentent un intérêt élevé au respect de la vie privée à l'égard de l'objet de la fouille,

3 S.C.R. 679; *R. v. Saeed*, 2016 SCC 24, [2016] 1 S.C.R. 518; *Fearon*).

[7] While we agree with Mr. Stairs that the common law standard should be modified — and made stricter — to reflect an accused’s heightened privacy interest in their home, we do not accept the test he proposes. Given the facts of this case, his submissions were directed solely to safety searches and did not extend to investigative purposes, such as evidence preservation and evidence discovery.

[8] Balancing the demands of effective law enforcement and a person’s right to privacy in their home, we conclude that the common law standard for a search of a home incident to arrest must be modified, depending on whether the area searched is within or outside the physical control of the arrested person. Where the area searched is within the arrested person’s physical control, the common law standard continues to apply. However, where the area is outside their physical control, but it is still sufficiently proximate to the arrest, a search of a home incident to arrest for safety purposes will be valid only if:

- the police have reason to suspect that there is a safety risk to the police, the accused, or the public which would be addressed by a search; and
- the search is conducted in a reasonable manner, tailored to the heightened privacy interests in a home.

[9] Given the factual matrix of this case, it is not necessary to decide whether reasonable suspicion also applies to investigation-related purposes, such as evidence preservation and evidence discovery. We leave this issue for another day.

[10] Applying the stricter standard to this case, the police, in our view, had reason to suspect that there was a safety risk in the basement living room and that

par exemple les fouilles à nu, les écouvillonnages du pénis et les fouilles de téléphones cellulaires (*R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679; *R. c. Saeed*, 2016 CSC 24, [2016] 1 R.C.S. 518; *Fearon*).

[7] Bien que nous soyons d’accord avec M. Stairs pour dire que la norme de common law devrait être modifiée — et rendue plus stricte — afin de refléter l’intérêt élevé d’un accusé au respect de sa vie privée chez lui, nous rejetons le critère qu’il propose. Vu les faits de l’espèce, ses observations ne visaient que les fouilles de sécurité et ne s’appliquaient pas aux fins d’enquête, comme la préservation et la découverte d’éléments de preuve.

[8] Mettant en balance les exigences de l’application efficace de la loi et le droit d’une personne au respect de sa vie privée chez elle, nous concluons que la norme de common law relative aux fouilles accessoires à une arrestation effectuées dans un domicile doit être modifiée, selon que l’espace visé par la fouille relève ou non du contrôle physique de la personne arrêtée. Lorsque l’espace faisant l’objet de la fouille relève du contrôle physique de la personne arrêtée, la norme de common law continue de s’appliquer. Toutefois, lorsque l’espace est hors de son contrôle physique, mais est toujours suffisamment lié à l’arrestation, la fouille accessoire à l’arrestation effectuée dans un domicile pour des raisons de sécurité sera valide seulement si les conditions suivantes sont respectées :

- les policiers ont des raisons de soupçonner qu’il y a un risque pour leur sécurité, celle de l’accusé ou du public, qu’une fouille permettrait d’éviter;
- la fouille n’est pas effectuée d’une manière abusive, et est adaptée aux intérêts élevés au respect de la vie privée dans un domicile.

[9] En raison du contexte factuel de l’espèce, il n’est pas nécessaire de décider si les soupçons raisonnables s’appliquent aussi aux fins d’enquête, comme la préservation et la découverte d’éléments de preuve. Nous remettons à une autre occasion l’analyse de cette question.

[10] Appliquant la norme plus stricte à l’espèce, nous estimons que les policiers avaient des raisons de soupçonner qu’il y avait un risque pour la sécurité

their concerns would be addressed by a quick scan of the room, which was the least intrusive manner of search possible in the circumstances. It follows that Mr. Stairs' s. 8 *Charter* rights were not breached, and the drug evidence was properly admitted. Accordingly, we would dismiss the appeal.

II. Facts

[11] A civilian called 9-1-1 to report that he had witnessed a male driver striking his female passenger. The caller said the man was swerving on the road while hitting the woman in a “flurry of strikes”. At one point, the man had the woman in a headlock and she looked like she was “turtling” (huddling to protect herself).

[12] Three officers — Officers Brown, Martin, and Vandervelde — were dispatched to investigate the reported assault. They quickly located a car closely matching the caller's description parked in the driveway of an unknown home. The officers ran the plate number and were informed that the car was registered to Mr. Stairs' father, who also lived at the home. The police also learned that Mr. Stairs was a known driver of the car and that he had cautions for escape risk, family violence, and violence. He was also listed as a high-risk offender.

[13] After briefly looking inside the car, the police knocked on the front door of the house several times and loudly announced their presence, but no one answered. Believing the woman might be in danger, two of the officers entered the house through an unlocked side door and then opened the front door for their colleague. The officers continued to announce their presence and shouted at everyone in the house to “come upstairs” with their “hands up” (2018 ONSC 3747, 412 C.R.R. (2d) 95 (“pre-trial application reasons”), at para. 86). A woman, seen to be coming from the right side of the basement, made her way up to the first floor. She had fresh injuries,

dans la salle de séjour du sous-sol et qu'un examen visuel rapide de la pièce écarterait ce risque, cet examen représentant la méthode de fouille la moins attentatoire possible dans les circonstances. Il s'ensuit que les droits que l'art. 8 de la *Charte* garantit à M. Stairs n'ont pas été violés et que les éléments de preuve relatifs aux drogues ont été admis à bon droit. Par conséquent, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi.

II. Les faits

[11] Un civil a composé le 9-1-1 pour signaler qu'il avait vu un homme au volant d'un véhicule frappant sa passagère. L'auteur de l'appel a dit que l'homme zigzaguait sur la route tout en assénant à la femme une [TRADUCTION] « rafale de coups ». À un moment donné, l'homme a fait une prise de tête à la femme et elle semblait se recroqueviller pour se protéger.

[12] Trois policiers — les agents Brown, Martin et Vandervelde — ont été dépêchés pour enquêter sur l'agression signalée. Ils ont rapidement localisé une voiture, qui correspondait étroitement à la description qu'avait donnée l'auteur de l'appel, stationnée dans l'entrée d'une maison inconnue de ceux-ci. Les policiers ont fait une vérification du numéro de plaque et ont été informés que la voiture était immatriculée au nom du père de M. Stairs, qui habitait aussi dans la maison. Les policiers ont également appris que M. Stairs était un conducteur connu de la voiture et qu'il faisait l'objet d'avertissements pour risque de fuite, violence familiale et violence. Il figurait aussi sur une liste de contrevenants à risque élevé.

[13] Après avoir jeté un coup d'œil à l'intérieur de la voiture, les policiers ont frappé à la porte avant de la maison à plusieurs reprises et annoncé d'une voix forte leur présence, mais personne n'est venu répondre. Croyant que la femme était peut-être en danger, deux des policiers sont entrés dans la maison par une porte de côté non verrouillée, puis ont ouvert la porte avant pour leur collègue. Les policiers ont continué à annoncer leur présence et ont crié à tout le monde qui se trouvait dans la maison de [TRADUCTION] « monter à l'étage », « les mains en l'air » (2018 ONSC 3747, 412 C.R.R. (2d) 95 (« motifs relatifs à la demande préalable au procès »), par. 86). Une femme,

including markings and swelling around her forehead and eyes, cuts on her cheek, and scratches. Officer Brown spoke with her briefly. He testified that while she was not combative, she was not cooperative either. Officer Martin, then a constable-in-training, remained upstairs with her, while the other two officers turned their attention to her assailant.

[14] From the top of the stairs, Officer Vandervelde saw a man, who turned out to be Mr. Stairs, run past the bottom of the staircase from the right side of the basement to the left side. Officer Vandervelde briefly made eye contact with him. Mr. Stairs ignored the police commands to come upstairs with his hands up. Instead, he locked himself in the basement laundry room adjacent to the living room from where he and the woman had just emerged.

[15] Officer Vandervelde and Officer Brown moved downstairs to arrest Mr. Stairs. On the way down, they took a quick look over their shoulders at the basement living room; their focus, however, was on Mr. Stairs, who by now was in the laundry room located to the left of the staircase. Officer Vandervelde had his firearm drawn, and Officer Brown had his taser drawn. At one point, Mr. Stairs opened the laundry room door, shrieked, and immediately closed the door. Eventually, he came out and complied with the officers' commands. Officer Brown handcuffed and searched him, locating only a sum of money. Officer Brown also looked around the laundry room to confirm that no one else was there. Four minutes had passed from when the police knocked on the front door to the arrest. Officer Brown described the situation as fast-moving and dynamic.

[16] After the arrest, Officer Vandervelde conducted a visual clearing search of the adjoining living room, which contained a coffee table, a couch, a television, and cabinets. From where he was standing, he could not see what was behind the couch or the television stand, so he walked behind the couch. There, he saw a transparent plastic Tupperware container in plain

aperçue arrivant du côté droit du sous-sol, est montée à l'étage. Elle présentait des blessures récentes, dont des ecchymoses et de l'enflure autour du front et des yeux, des coupures à la joue et des égratignures. L'agent Brown s'est entretenu brièvement avec elle. Lors de son témoignage, il a affirmé que même si elle n'était pas combative, elle ne collaborait pas non plus. L'agent Martin, alors stagiaire, est demeuré à l'étage avec elle, pendant que les deux autres policiers ont dirigé leur attention sur son agresseur.

[14] Du haut de l'escalier, l'agent Vandervelde a aperçu un homme, qui s'est révélé être M. Stairs, courir du côté droit du sous-sol vers le côté gauche, en passant par le bas de l'escalier. L'agent Vandervelde a brièvement croisé le regard de M. Stairs. Ce dernier a fait fi des ordres des policiers de monter à l'étage les mains en l'air. Il s'est plutôt enfermé dans la salle de lavage du sous-sol, adjacente à la salle de séjour d'où lui et la femme venaient d'arriver.

[15] L'agent Vandervelde et l'agent Brown sont descendus au sous-sol pour arrêter M. Stairs. En descendant, ils ont jeté un coup d'œil derrière eux vers la salle de séjour du sous-sol; leur attention, toutefois, était portée sur M. Stairs, qui se trouvait à ce moment dans la salle de lavage située à gauche de l'escalier. L'agent Vandervelde avait son arme à feu à la main, et l'agent Brown avait son pistolet électrique à la main. À un moment donné, M. Stairs a ouvert la porte de la salle de lavage, a poussé un cri et a immédiatement refermé la porte. Il a fini par sortir et a obéi aux ordres des policiers. L'agent Brown lui a passé les menottes et l'a fouillé, ne trouvant qu'une somme d'argent. L'agent Brown a également inspecté la salle de lavage pour confirmer qu'il n'y avait personne d'autre dans la pièce. Quatre minutes se sont écoulées entre le moment où les policiers ont frappé à la porte avant et l'arrestation. Selon l'agent Brown, la situation était instable et évoluait rapidement.

[16] Après l'arrestation, l'agent Vandervelde a effectué une inspection visuelle à des fins sécuritaires de la salle de séjour adjacente, où se trouvaient une table à café, un canapé, un téléviseur et des armoires. D'où il se trouvait, il ne pouvait pas voir ce qui se trouvait derrière le canapé ou le support du téléviseur, alors il s'est rendu derrière le canapé. À cet endroit, il a vu un

view on the floor. It contained glass-like shards, which he believed to be methamphetamine. He said that the container was about a foot from the couch and that he did not have to move any items to see it. He also saw a ziplock bag next to the coffee table that looked like it contained methamphetamine. He did not open any doors or cupboards in the living room.

[17] At a pre-trial application to exclude evidence, Officer Vandervelde maintained that the purpose of the clearing search was to confirm that “no one else was there” and that there were “no other hazards” (pre-trial application reasons, at para. 282). When asked whether he was looking for weapons connected to the assault, he said: “Not, not necessarily connected to the assault, no. You don’t want to be in a basement where weapons or firearms are sitting out in [the] open though” (A.R., vol. I, at p. 225).

[18] Officer Vandervelde was shown a photo of the area behind the couch and asked in chief to put an “X” where he had found the Tupperware container. He could not say exactly where, only that it was behind the couch in an open area on the ground. He also could not remember whether he removed the lid before or after he left the home.

[19] After Officer Brown looked around the laundry room to confirm that no one else was there, he went upstairs to speak to the woman again. At the pre-trial application, he testified that she provided little information. She denied that Mr. Stairs had assaulted her and insisted that they were just “playing around” (pre-trial application reasons, at para. 28).

III. Decisions Below

[20] Mr. Stairs brought a pre-trial application alleging several violations of his rights under s. 8 of

contenant de plastique transparent de type Tupperware, bien en vue sur le plancher. Il renfermait ce qui ressemblait à des éclats de verre, qu’il croyait être de la méthamphétamine. Il a affirmé que le contenant se trouvait à environ un pied du canapé et qu’il n’avait pas eu à déplacer quoi que ce soit pour le voir. Il a aussi aperçu un sac ziplock près de la table à café, qui semblait renfermer de la méthamphétamine. Il n’a pas ouvert de portes ou de placards dans la salle de séjour.

[17] Lors de l’instruction de la demande préalable au procès visant l’exclusion d’éléments de preuve, l’agent Vandervelde a soutenu que l’inspection à des fins sécuritaires visait à confirmer [TRADUCTION] « qu’il n’y avait personne d’autre dans la pièce » et qu’il n’y avait « aucun autre danger » (motifs relatifs à la demande préalable au procès, par. 282). À la question de savoir s’il cherchait des armes liées à l’agression, il a répondu : [TRADUCTION] « Pas, pas nécessairement liées à l’agression, non. Tout de même, vous ne voulez pas vous trouver dans un sous-sol où il y a des armes à feu ou d’autres armes qui traînent » (d.a., vol. I, p. 225).

[18] En interrogatoire principal, on a montré à l’agent Vandervelde une photo de l’espace derrière le canapé et on lui a demandé de tracer un « X » à l’endroit où il avait trouvé le contenant Tupperware. Il ne pouvait pas dire exactement où, seulement qu’il se trouvait derrière le canapé dans un espace dégagé au sol. Il ne pouvait pas non plus se souvenir s’il avait enlevé le couvercle avant ou après avoir quitté le domicile.

[19] Après que l’agent Brown eut inspecté la salle de lavage pour confirmer que personne d’autre ne s’y trouvait, il est monté à l’étage pour parler de nouveau à la femme. Lors de l’instruction de la demande préalable au procès, il a affirmé que cette dernière n’avait fourni que peu d’information. Elle a nié que M. Stairs l’avait agressée et a insisté pour dire qu’ils ne faisaient que [TRADUCTION] « jouer » (motifs relatifs à la demande préalable au procès, par. 28).

III. Décisions des juridictions inférieures

[20] Préalablement au procès, M. Stairs a présenté une demande où il alléguait plusieurs violations

the *Charter* (the right against unreasonable search and seizure) and s. 9 of the *Charter* (the right against arbitrary detention). The only issue that remains before this Court is whether the clearing search of the basement living room was a lawful search incident to arrest. Our summaries of the decisions under review focus on this issue.

A. *Ontario Superior Court of Justice, 2018 ONSC 3747, 412 C.R.R. (2d) 95 (Coats J.)*

[21] The trial judge found no breach of s. 8 of the *Charter*. It was reasonable for the officers to do a quick scan of the basement living room after Mr. Stairs was arrested. Much as the officers had taken a passing over-the-shoulder look at the room on their way down to the basement, their focus at the time was on Mr. Stairs, who was, by then, in the laundry room.

[22] The search had a valid objective. Officer Vandervelde testified that he went to the living room to make sure that no one else was there and that there were no other hazards. This objective was reasonable because both the woman and Mr. Stairs had come from this area, the officers could not see fully into the living room as they came down the stairs, and their initial momentary glance did not completely address safety concerns.

[23] The search and resulting seizure were lawful. The Tupperware container and bag in which the methamphetamine was found were both in plain view and transparent. While Officer Vandervelde could not mark the exact location of the Tupperware container on a photo of the living room, this did not weaken his testimony about its general location. In addition, the trial judge accepted Officer Vandervelde's testimony that he believed there was methamphetamine in the container and the plastic bag before picking them up. As a result, the trial judge found no basis to exclude the methamphetamine.

des droits que lui garantissent l'art. 8 (le droit à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives) et l'art. 9 de la *Charte* (le droit à la protection contre la détention arbitraire). La seule question qu'il nous reste à trancher est celle de savoir si l'inspection à des fins sécuritaires de la salle de séjour du sous-sol était une fouille légale accessoire à l'arrestation. Nos résumés des décisions faisant l'objet du présent pourvoi mettent l'accent sur cette question.

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario, 2018 ONSC 3747, 412 C.R.R. (2d) 95 (la juge Coats)*

[21] La juge du procès n'a constaté aucune violation de l'art. 8 de la *Charte*. Il n'y avait rien d'abusif à ce que les policiers inspectent rapidement du regard la salle de séjour du sous-sol après l'arrestation de M. Stairs. Bien que les policiers aient jeté un coup d'œil derrière eux vers la pièce en descendant au sous-sol, leur attention à ce moment-là était dirigée sur M. Stairs, qui se trouvait alors dans la salle de lavage.

[22] La fouille avait un objectif valable. Lors de son témoignage, l'agent Vandervelde a affirmé s'être rendu dans la salle de séjour pour s'assurer que personne d'autre ne s'y trouvait et qu'il n'y avait aucun autre danger. Cet objectif n'avait rien d'abusif, parce que la femme et M. Stairs étaient tous les deux arrivés de cet espace, que les policiers ne voyaient pas complètement la salle de séjour lorsqu'ils descendaient l'escalier et que leur premier coup d'œil n'avait pas entièrement écarté leurs préoccupations relatives à la sécurité.

[23] La fouille et la saisie subséquente étaient légales. Le contenant Tupperware et le sac dans lesquels a été trouvée la méthamphetamine étaient tous les deux bien en vue et transparents. Le fait que l'agent Vandervelde ne fût pas en mesure de marquer l'emplacement exact du contenant Tupperware sur une photo de la salle de séjour n'a pas affaibli son témoignage quant à son emplacement général. Qui plus est, la juge du procès a accepté le témoignage de l'agent Vandervelde qui affirmait croire à la présence de méthamphetamine dans les contenants et le sac de plastique avant de les ramasser. En conséquence, la juge du procès n'a constaté aucune raison d'écarter la méthamphetamine.

B. *Court of Appeal for Ontario, 2020 ONCA 678, 153 O.R. (3d) 32 (Fairburn A.C.J.O. and Harvison Young J.A., Nordheimer J.A. Dissenting)*

(1) Majority — Fairburn A.C.J.O. and Harvison Young J.A.

[24] Writing for the majority, Fairburn A.C.J.O. dismissed the appeal. In her view, the trial judge correctly concluded that the search and subsequent seizure of the methamphetamine did not breach Mr. Stairs' s. 8 *Charter* rights.

[25] The central disagreement between the majority and the dissent concerned the applicability of this Court's decision in *R. v. MacDonald*, 2014 SCC 3, [2014] 1 S.C.R. 37. There, the Court held that the police needed reasonable grounds to believe that there was an imminent threat to public or police safety in order to enter and search a home.

[26] The majority rejected the applicability of this test because the factual matrix in *MacDonald* differed materially from this case. In the majority's view, unlike *MacDonald*, the search here was a search incident to a lawful arrest and the common law standard for search incident to arrest applied — i.e., a search in the surrounding area of the arrest will be valid if the purpose of the search was a valid law enforcement objective connected to the arrest and the purpose was objectively reasonable in the circumstances.

[27] The search of the basement living room met this standard. The police searched the living room to ensure that no one else was there and that there were no other hazards. These safety concerns made sense in the circumstances: the police were in an unknown basement; they did not know how many people were in the house; they could not see behind the couch when coming down the stairs; and the living room was right next to the stairs, which the police needed to ascend to get Mr. Stairs out of the home safely. It was objectively reasonable for the police to take a quick visual scan of the basement living room. Since the methamphetamine was in plain view, the police

B. *Cour d'appel de l'Ontario, 2020 ONCA 678, 153 O.R. (3d) 32 (la juge en chef adjointe Fairburn et la juge Harvison Young, le juge Nordheimer, dissident)*

(1) Motifs majoritaires — la juge en chef adjointe Fairburn et la juge Harvison Young

[24] S'exprimant au nom des juges majoritaires, la juge en chef adjointe Fairburn a rejeté l'appel. À son avis, la juge du procès avait conclu à bon droit que la fouille et la saisie subséquente de la méthamphétamine n'avaient pas porté atteinte aux droits que l'art. 8 de la *Charte* garantit à M. Stairs.

[25] Le principal désaccord entre les juges majoritaires et le juge dissident portait sur l'applicabilité de l'arrêt de la Cour *R. c. MacDonald*, 2014 CSC 3, [2014] 1 R.C.S. 37. Dans cet arrêt, la Cour a statué que les policiers devaient avoir des motifs raisonnables de croire à l'existence d'une menace imminente pour la sécurité du public ou des policiers afin d'entrer chez quelqu'un et d'y effectuer une fouille.

[26] Les juges majoritaires ont rejeté l'applicabilité de ce critère, parce que le contexte factuel de l'arrêt *MacDonald* diffère sensiblement de celui de l'espèce. À leur avis, contrairement à l'affaire *MacDonald*, la fouille en l'espèce était une fouille accessoire à une arrestation légale et la norme de common law relative à de telles fouilles s'appliquait — c.-à-d. qu'une fouille effectuée dans l'espace environnant l'arrestation sera valable si elle a pour fin un objectif valable d'application de la loi lié à l'arrestation et si la fin était objectivement raisonnable dans les circonstances.

[27] La fouille de la salle de séjour du sous-sol satisfaisait à cette norme. Les policiers ont fouillé la salle de séjour pour s'assurer qu'il n'y avait personne d'autre dans la pièce et qu'il n'y avait aucun autre danger. Ces préoccupations relatives à la sécurité étaient logiques dans les circonstances : les policiers se trouvaient dans un sous-sol qu'ils ne connaissaient pas; ils ne savaient pas combien de personnes se trouvaient dans la maison; ils ne pouvaient pas voir derrière le canapé lorsqu'ils descendaient l'escalier; et la salle de séjour se trouvait juste à côté de l'escalier où les policiers devaient monter pour sortir M. Stairs de la maison en toute sécurité. Il était objectivement

were entitled to seize it under the plain view doctrine. Accordingly, the majority dismissed Mr. Stairs' appeal from his conviction on the drug offence.

(2) Dissent — Nordheimer J.A.

[28] In dissent, Nordheimer J.A. would have allowed Mr. Stairs' appeal, set aside his conviction on the drug offence, and entered an acquittal. In his view, this case was indistinguishable from *MacDonald*. When the police engage in a safety search in a home without a warrant — even a search incident to a lawful arrest — they must have reasonable grounds to believe that there is an imminent threat to public or police safety.

[29] Here, the police had no reasonable grounds to believe, or even suspect, that there would be weapons, hazards, or other people in the living room that would pose a threat. Any concerns the police might have had about the possibility of guns amounted to no more than the type of vague safety concern that *MacDonald* cautioned against. As a result, the dissenting judge found a s. 8 *Charter* breach. He would have excluded the evidence under s. 24(2).

IV. Issues

[30] This appeal raises two issues: (1) whether the search of the basement living room incident to arrest was unreasonable, contrary to s. 8 of the *Charter*; and (2) if so, whether the methamphetamine seized by the police should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

[31] For the reasons that follow, we would dismiss the appeal. We are not persuaded that Mr. Stairs' s. 8 *Charter* rights were violated. Accordingly, we need not address s. 24(2) of the *Charter*.

raisonnable que les policiers inspectent rapidement du regard la salle de séjour du sous-sol. Puisque la méthamphétamine était bien en vue, les policiers pouvaient la saisir conformément à la théorie des objets bien en vue. En conséquence, les juges majoritaires ont rejeté l'appel de M. Stairs concernant sa déclaration de culpabilité pour l'infraction liée aux drogues.

(2) Motifs dissidents — le juge Nordheimer

[28] Le juge Nordheimer, dissident, aurait accueilli l'appel de M. Stairs, annulé sa déclaration de culpabilité pour l'infraction liée aux drogues et inscrit un acquittement. À son avis, la présente affaire ne pouvait être distinguée de l'affaire *MacDonald*. Lorsque des policiers se livrent à une fouille de sécurité chez quelqu'un sans mandat — même s'il s'agit d'une fouille accessoire à une arrestation légale — ils doivent avoir des motifs raisonnables de croire à l'existence d'une menace imminente pour la sécurité du public ou des policiers.

[29] En l'espèce, les policiers n'avaient aucun motif raisonnable de croire, ni même de soupçonner, qu'il y aurait dans la salle de séjour des armes, des dangers ou d'autres personnes susceptibles de constituer une menace. Toute préoccupation que les policiers auraient pu avoir quant à la présence possible d'armes à feu équivalait tout au plus au type de vague inquiétude en matière de sécurité contre laquelle mettait en garde l'arrêt *MacDonald*. Par conséquent, le juge dissident a constaté une violation de l'art. 8 de la *Charte*. Il aurait écarté la preuve en application du par. 24(2).

IV. Questions en litige

[30] Le présent pourvoi soulève deux questions en litige : (1) la fouille de la salle de séjour du sous-sol, accessoire à l'arrestation, était-elle abusive en contravention de l'art. 8 de la *Charte*; et (2) dans l'affirmative, la méthamphétamine saisie par les policiers devrait-elle être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*?

[31] Pour les motifs qui suivent, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi. Nous ne sommes pas convaincus que les droits garantis à M. Stairs par l'art. 8 de la *Charte* ont été violés. Par conséquent, nous n'avons pas à aborder le par. 24(2) de la *Charte*.

V. Analysis

[32] This Court has enunciated a two-part analytical approach for determining whether the common law standard for search incident to arrest should be modified to comply with s. 8 of the *Charter* (see *Stillman, Golden, Fearon, and Saeed*):

- (1) Stage One: Determine whether the search satisfies the common law standard for search incident to arrest.
- (2) Stage Two: If so, determine whether the standard must be modified to comply with s. 8 of the *Charter*, given the particular privacy interests and law enforcement objectives at stake.

[33] Applying this approach, we conclude that the common law standard for search incident to arrest in a home must be modified.

A. *Stage One: The Common Law Standard for Search Incident to Arrest*

[34] The common law standard for search incident to arrest permits the police to search a lawfully arrested person and to seize anything in their possession or the surrounding area of the arrest to guarantee the safety of the police and the arrested person, prevent the person's escape, or provide evidence against them (*Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158, at pp. 180-81). This search power is "extraordinary" because, unlike other police powers, it requires neither a warrant nor reasonable and probable grounds (*Fearon*, at paras. 16 and 45).

[35] The common law standard for search incident to arrest is well established. As explained in *Fearon*, at paras. 21 and 27, it requires 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 connected to the arrest; and (3) the search is conducted reasonably.

V. Analyse

[32] La Cour a énoncé une méthode d'analyse en deux volets visant à trancher la question de savoir s'il y a lieu de modifier la norme de common law relative aux fouilles accessoires à une arrestation pour qu'elle soit conforme à l'art. 8 de la *Charte* (voir les arrêts *Stillman, Golden, Fearon et Saeed*) :

- (1) Premier volet : Déterminer si la fouille satisfait à la norme de common law relative aux fouilles accessoires à une arrestation.
- (2) Deuxième volet : Dans l'affirmative, déterminer s'il y a lieu de modifier la norme pour qu'elle soit conforme à l'art. 8 de la *Charte*, eu égard aux intérêts particuliers au respect de la vie privée et aux objectifs d'application de la loi qui sont en jeu.

[33] Appliquant cette méthode, nous concluons que la norme de common law relative aux fouilles accessoires à une arrestation dans un domicile doit être modifiée.

A. *Premier volet : la norme de common law relative aux fouilles accessoires à une arrestation*

[34] La norme de common law relative aux fouilles accessoires à une arrestation permet aux policiers de fouiller la personne légalement mise en état d'arrestation et de saisir les objets en sa possession ou se trouvant dans l'espace environnant l'arrestation, dans le but d'assurer la sécurité des policiers et de la personne en état d'arrestation, d'empêcher l'évasion de cette dernière ou encore de constituer une preuve contre elle (*Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158, p. 180-181). Ce pouvoir d'effectuer une fouille est « extraordinaire », parce que, contrairement aux autres pouvoirs de la police, il ne requiert ni mandat ni motifs raisonnables et probables (*Fearon*, par. 16 et 45).

[35] La norme de common law relative aux fouilles accessoires à une arrestation est bien établie. Comme l'explique la Cour dans l'arrêt *Fearon*, par. 21 et 27, cette norme exige que (1) la personne fouillée ait été légalement arrêtée; (2) la fouille soit véritablement accessoire à l'arrestation en ce sens qu'elle doit viser un objectif valable d'application de la loi lié à l'arrestation; et (3) la fouille ne soit pas abusive.

[36] Under the second step, valid law enforcement purposes for search incident to arrest include (a) police and public safety; (b) preventing the destruction of evidence; and (c) discovering evidence that may be used at trial (*Fearon*, at para. 75).

[37] The police’s law enforcement purpose must be subjectively connected to the arrest, and the officer’s belief that the purpose will be served by the search must be objectively reasonable (*R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51, at para. 19). To meet this standard, the police do not need reasonable and probable grounds for the search. Instead, they only require “some reasonable basis” to do what they did (*Caslake*, at para. 20). This is a much lower standard than reasonable and probable grounds.

[38] This Court explained the distinction between the “some reasonable basis” standard and the higher “reasonable and probable grounds” standard in *Caslake*, at para. 20:

To give an example, a reasonable and probable grounds standard would require a police officer to demonstrate a reasonable belief that an arrested person was armed with a particular weapon before searching the person. By contrast, under the standard that applies here, the police would be entitled to search an arrested person for a weapon if under the circumstances it seemed reasonable to check whether the person might be armed.

[39] Mr. Stairs does not dispute that the search of the living room met the common law standard for search incident to arrest. Instead, his primary submission is that the standard must be modified for a search of a home incident to arrest given the heightened privacy interests implicated in a home. We will therefore move directly to stage two.

B. *Stage Two: Determining Whether the Common Law Standard Must Be Modified*

[40] In certain situations, the common law standard for search incident to arrest must be modified to

[36] Pour ce qui est du deuxième critère, les objectifs valables d’application de la loi justifiant la fouille accessoire à l’arrestation comprennent les suivants : a) assurer la sécurité des policiers et du public; b) empêcher la destruction d’éléments de preuve; et c) découvrir des éléments de preuve susceptibles d’être utilisés au procès (*Fearon*, par. 75).

[37] L’objectif d’application de la loi visé par les policiers doit être subjectivement lié à l’arrestation, et la conviction du policier que la fouille permettra de réaliser cet objectif doit être objectivement raisonnable (*R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51, par. 19). Afin que cette norme soit satisfaite, il n’est pas nécessaire que les policiers aient des motifs raisonnables et probables pour effectuer la fouille. Il leur suffit plutôt d’avoir « un motif raisonnable » de faire ce qu’ils ont fait (*Caslake*, par. 20). Il s’agit là d’une norme beaucoup moins exigeante que les motifs raisonnables et probables.

[38] La Cour a expliqué la distinction entre la norme du « motif raisonnable » et la norme plus exigeante des « motifs raisonnables et probables » dans l’arrêt *Caslake*, par. 20 :

Par exemple, la norme des motifs raisonnables et probables exigerait qu’un policier démontre qu’il croyait raisonnablement que la personne arrêtée était munie d’une arme particulière avant de la fouiller. Par contre, selon la norme qui s’applique en l’espèce, le policier aurait le droit de fouiller une personne arrêtée afin de vérifier si elle porte une arme si, dans les circonstances, il semblait raisonnable de vérifier si la personne est armée.

[39] Monsieur Stairs ne conteste pas que la fouille de la salle de séjour satisfaisait à la norme de common law relative aux fouilles accessoires à une arrestation. Son observation principale est plutôt que la norme doit être modifiée pour ce qui est des fouilles dans un domicile effectuées accessoirement à une arrestation, en raison des intérêts élevés au respect de la vie privée dans un domicile. Par conséquent, nous passons tout de suite au deuxième volet.

B. *Deuxième volet : déterminer s’il y a lieu de modifier la norme de common law*

[40] Dans certaines situations, la norme de common law relative aux fouilles accessoires à une arrestation

give effect to s. 8 of the *Charter*. As indicated, this Court has modified the standard in several contexts to balance (a) the nature and extent of the privacy interests implicated; and (b) the importance of the police’s law enforcement objectives. The jurisprudence includes a spectrum of standards, with some contexts requiring a higher threshold for a search incident to arrest than others.

(1) The Spectrum of Search Incident to Arrest Cases

[41] To determine the appropriate standard in this case, we begin by reviewing the standards in other cases, starting with the most stringent. We then place home searches on the spectrum.

[42] In *Stillman*, this Court determined that the common law standard for search incident to arrest does not apply to the seizure of bodily substances, including hair samples, teeth impressions, and buccal swabs. While bodily samples can help in investigating crimes, particularly for establishing identity, they are usually in no danger of disappearing if they are not immediately seized (para. 49). Since the seizure of bodily substances invades an area of personal privacy essential to dignity and bodily integrity, the police must obtain a warrant. They cannot seize bodily samples incident to arrest without a warrant.

[43] The next set of cases on the spectrum are *Golden* and *Saeed*, which modified the common law standard for strip searches and penile swabs, respectively.

[44] In *Golden*, the Court noted that, unlike frisk searches, which this Court considered in *Cloutier*, strip searches are particularly invasive because they require the removal of clothing and visual inspection of a person’s private areas. “Strip searches are . . . inherently humiliating and degrading”, and inevitably

doit être modifiée pour donner effet à l’art. 8 de la *Charte*. Comme nous l’avons indiqué, la Cour a modifié la norme dans plusieurs contextes pour mettre en balance a) la nature et l’étendue des intérêts au respect de la vie privée en cause; et b) l’importance des objectifs d’application de la loi que visent les policiers. La jurisprudence fait état d’une gamme de normes, et certains contextes exigent un seuil plus élevé que d’autres pour les fouilles accessoires à une arrestation.

(1) La gamme des normes appliquées à des cas de fouilles accessoires à une arrestation

[41] Pour déterminer la norme qui convient en l’espèce, nous examinerons d’abord les normes appliquées dans d’autres arrêts, en commençant par la plus exigeante. Nous situerons ensuite les fouilles dans un domicile sur la gamme des normes.

[42] Dans l’arrêt *Stillman*, la Cour a conclu que la norme de common law relative aux fouilles accessoires à une arrestation ne s’applique pas à la saisie de substances corporelles, notamment les échantillons de cheveux et de poils, les empreintes dentaires et les prélèvements dans la bouche. Bien que les échantillons corporels puissent être utiles dans les enquêtes criminelles, particulièrement à des fins d’identification, ils ne risquent habituellement pas de disparaître s’ils ne sont pas saisis immédiatement (par. 49). Comme la saisie de substances corporelles porte atteinte à une sphère de la vie privée essentielle à la dignité et à l’intégrité physique, les policiers doivent obtenir un mandat. Ils ne peuvent pas saisir des échantillons corporels accessoirement à une arrestation sans être munis d’un mandat.

[43] Suivent ensuite sur la gamme les arrêts *Golden* et *Saeed*, qui ont modifié la norme de common law relative aux fouilles à nu et aux prélèvements par écouvillonnage du pénis, respectivement.

[44] Dans l’arrêt *Golden*, la Cour a souligné que, contrairement aux fouilles sommaires, sur lesquelles elle s’était penchée dans l’arrêt *Cloutier*, les fouilles à nu sont particulièrement attentatoires, puisqu’elles nécessitent l’enlèvement des vêtements de la personne et l’inspection visuelle de ses parties

involve a serious infringement of dignity and privacy (*Golden*, at para. 90). Strip searches also rarely need to be done immediately due to the low risk of disposal or loss of evidence. Balancing these factors, the Court determined that a strip search requires (a) reasonable and probable grounds for the arrest itself; and (b) reasonable and probable grounds to conclude that a strip search is necessary in the particular circumstances of the arrest, that is, some evidence suggesting the possibility that the person arrested has concealed weapons or evidence related to the reason for arrest (*Golden*, at paras. 94 and 98). The strip search must also be done in a reasonable manner. The Court provided guidelines for when, where, and how strip searches are to be conducted.

[45] In *Saeed*, the Court looked to *Golden* and determined that there must be reasonable grounds to believe that a penile swab will afford evidence of the offence for which the accused was arrested. While penile swabs are very intrusive and impact the accused's dignity, in sexual assault cases there is a risk that highly reliable evidence will be lost, either through destruction of the evidence or degradation over time. To ensure that penile swabs are conducted in a reasonable and respectful manner, the Court provided guidelines as to when, where, and how these tests are to be conducted.

[46] Lower down the spectrum than *Golden* and *Saeed* is *Fearon*, where this Court considered cell phone searches incident to arrest. To reflect the high expectation of privacy in cell phones, the Court modified the search incident to arrest power in three ways. First, “[b]oth the nature and the extent of the search performed on the cell phone must be truly incidental to the particular arrest for the particular offence” (para. 76). Second, the police are only permitted to

intimes. « Les fouilles à nu sont [. . .] fondamentalement humiliantes et avilissantes », et impliquent inévitablement une atteinte grave à la dignité et à la vie privée (*Golden*, par. 90). En outre, il est rare que les fouilles à nu doivent être effectuées sur-le-champ en raison du faible risque de destruction ou de perte des éléments de preuve. Mettant en balance ces facteurs, la Cour a conclu qu’une fouille à nu nécessite : a) des motifs raisonnables et probables justifiant l’arrestation elle-même; et b) des motifs raisonnables et probables de conclure qu’une fouille à nu est nécessaire dans les circonstances particulières de l’arrestation, à savoir l’existence de certains éléments de preuve laissant croire qu’il était possible que la personne arrêtée dissimule des armes ou des éléments de preuve en lien avec le motif de l’arrestation (*Golden*, par. 94 et 98). Qui plus est, la fouille à nu doit être effectuée d’une manière raisonnable. La Cour a énoncé des lignes directrices indiquant quand, où et comment il y a lieu de pratiquer les fouilles à nu.

[45] Dans l’arrêt *Saeed*, la Cour s’est tournée vers l’arrêt *Golden* et a conclu qu’il devait exister des motifs raisonnables de croire qu’un prélèvement par écouvillonnage du pénis fournirait des éléments de preuve de l’infraction pour laquelle l’accusé a été arrêté. Bien que de tels prélèvements soient très attentatoires et qu’ils portent atteinte à la dignité de l’accusé, dans les affaires d’agression sexuelle, il y a un risque que des éléments de preuve très fiables soient perdus, que ce soit par la destruction des éléments de preuve ou par leur dégradation avec le temps. Pour faire en sorte que les prélèvements par écouvillonnage du pénis soient effectués de manière raisonnable et respectueuse, la Cour a donné des lignes directrices indiquant quand, où et comment il y a lieu d’effectuer ces analyses.

[46] À un niveau inférieur sur la gamme que les arrêts *Golden* et *Saeed* se situe l’arrêt *Fearon*, où la Cour s’est penchée sur les fouilles de téléphones cellulaires effectuées accessoirement à une arrestation. Pour refléter l’attente élevée en matière de respect de la vie privée à l’égard des téléphones cellulaires, la Cour a modifié le pouvoir d’effectuer une fouille accessoire à une arrestation de trois façons. Premièrement, « [l]a nature et l’étendue de la fouille

search for the purpose of discovering evidence when the investigation would “be stymied or significantly hampered absent the ability to promptly search the cell phone incident to arrest” (para. 80). Third, “officers must make detailed notes of what they have examined on the cell phone” (para. 82).

[47] The lowest point on the spectrum of cases is where no change is required. An example is *Caslake*, where this Court declined to modify the common law standard for searches of vehicles incident to arrest. The Court found that there is no heightened expectation of privacy in a vehicle that would justify an exemption from the usual common law principles (para. 15).

(2) Assessing Searches in the Home

[48] To situate this case on the spectrum of cases where the common law standard has been modified, we must consider the relevant privacy interests and the police’s law enforcement objectives in searches of a home incident to arrest.

(a) *Privacy Interest*

[49] This Court has emphasized time and again that a person’s home attracts a high expectation of privacy. A fundamental and longstanding principle of a free society is that a person’s home is their castle (*Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739, at pp. 742-43, per Dickson J. (as he then was), citing *Semayne’s Case* (1604), 5 Co. Rep. 91a, 77 E.R. 194, at p. 195). The home is “where our most intimate and private activities are most likely to take place” (*R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, at para. 22). Moreover, this Court recognized in *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297, at para. 140, per Cory J., that “[t]here is no place on earth where

du téléphone cellulaire doivent toutes deux être véritablement accessoires à l’arrestation particulière pour l’infraction précise » (par. 76). Deuxièmement, les policiers ne sont autorisés à effectuer la fouille que dans le but de découvrir des éléments de preuve lorsque l’enquête serait « paralysée ou sérieusement entravée parce qu’on ne peut pas fouiller rapidement le téléphone cellulaire accessoirement à l’arrestation » (par. 80). Troisièmement, « les policiers doivent prendre des notes détaillées de ce qu’ils ont examiné dans le téléphone cellulaire » (par. 82).

[47] À l’extrémité inférieure de la gamme se trouvent les situations où aucune modification n’est nécessaire. L’arrêt *Caslake* en constitue un exemple : la Cour a refusé de modifier la norme de common law relative aux fouilles de véhicules effectuées accessoirement à une arrestation. La Cour a conclu qu’un véhicule ne suscite aucune attente accrue en matière de vie privée qui justifierait une exception aux principes habituels de common law (par. 15).

(2) Évaluation des fouilles effectuées dans un domicile

[48] Pour situer la présente affaire sur la gamme des arrêts où la norme de common law a été modifiée, nous devons examiner les intérêts pertinents en matière de respect de la vie privée et les objectifs d’application de la loi visés par les policiers lors de fouilles dans un domicile effectuées accessoirement à une arrestation.

a) *L’intérêt au respect de la vie privée*

[49] La Cour a rappelé à maintes reprises que le domicile d’une personne suscite une attente élevée en matière de respect de la vie privée. Un principe fondamental établi depuis longtemps veut que, dans une société libre, la maison de chacun est son château (*Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739, p. 742-743, le juge Dickson (plus tard juge en chef), citant *Semayne’s Case* (1604), 5 Co. Rep. 91a, 77 E.R. 194, p. 195). Le domicile est « le lieu où nos activités les plus intimes et privées sont le plus susceptibles de se dérouler » (*R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, par. 22). De plus, la Cour a reconnu, dans l’arrêt *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297, par. 140, sous la plume du juge

persons can have a greater expectation of privacy than within their ‘dwelling-house’”.

[50] Given the privacy interests in the home, warrantless searches of the home are *prima facie* unreasonable. This was confirmed in *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13, where the Court held that even if the police have an arrest warrant, they are not generally permitted to make an arrest *in a home* without a specific warrant permitting entry. Parliament later codified the principles in *Feeney* by introducing ss. 529 to 529.5 into the *Criminal Code* to govern when police may enter dwelling-houses to carry out arrests.

[51] Although people undoubtedly have a heightened privacy interest in their homes, searches of the home are nonetheless less intrusive than strip searches and penile swabs, which inevitably impact a person’s dignity. As this Court noted in *Stillman*, “a violation of the sanctity of a person’s body is much more serious” than an intrusion into their home (para. 42, citing *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945, at p. 949). In our view, while home searches may reveal highly personal and confidential information, they do not invariably infringe dignity and bodily integrity, as contemplated in *Stillman*, *Golden*, and *Saeed*.

(b) *Police Objectives*

[52] The police’s law enforcement objectives will vary in searches of a home incident to arrest. Apart from the person targeted, there may be others in the home, including potential victims needing help or aggressors posing a safety risk. While the circumstances of each case may differ, arrests within the home are often volatile and dynamic.

Cory, qu’« [i]l n’existe aucun endroit au monde où une personne possède une attente plus grande en matière de vie privée que dans sa “maison d’habitation” ».

[50] Étant donné les intérêts au respect de la vie privée dans un domicile, les fouilles sans mandat qui y sont effectuées sont à première vue abusives. Cela a été confirmé dans l’arrêt *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13, où la Cour a statué que, même si les policiers ont un mandat d’arrestation, ils ne sont pas généralement autorisés à faire une arrestation *dans un domicile* sans être munis d’un mandat particulier permettant l’entrée. Le Parlement a codifié par la suite les principes de l’arrêt *Feeney* en introduisant les art. 529 à 529.5 dans le *Code criminel* pour régir les situations où les policiers peuvent entrer dans des maisons d’habitation afin d’y effectuer des arrestations.

[51] Bien que les gens aient sans aucun doute un intérêt élevé au respect de la vie privée dans leur domicile, les fouilles dans celui-ci sont néanmoins moins attentatoires que les fouilles à nu et les prélèvements par écouvillonnage du pénis, qui ont inévitablement une incidence sur la dignité de la personne. Comme l’a souligné la Cour dans l’arrêt *Stillman*, « la violation de l’intégrité physique de la personne humaine est une affaire beaucoup plus grave » qu’une intrusion dans son domicile (par. 42, citant *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945, p. 949). À notre avis, même si les fouilles dans un domicile peuvent révéler des renseignements très personnels et confidentiels, elles ne portent pas invariablement atteinte à la dignité et à l’intégrité physique, comme il est envisagé dans les arrêts *Stillman*, *Golden* et *Saeed*.

b) *Objectifs des policiers*

[52] Les objectifs d’application de la loi visés par les policiers varieront selon le cas. Outre la personne ciblée, il peut y avoir d’autres personnes dans le domicile, y compris d’éventuelles victimes ayant besoin d’aide ou des agresseurs représentant un risque pour la sécurité. Bien que les circonstances puissent être différentes d’un cas à l’autre, les arrestations dans un domicile sont souvent des situations instables qui évoluent rapidement.

[53] Overall, the risks at play in the context of an in-home arrest are likely to be more pressing than those involved in strip searches and penile swabs. For strip searches, there is generally a low risk that hidden objects can be accessed or disposed of quickly (*Golden*, at para. 93). For penile swabs, there are no safety risks at play.

(c) *Balancing Privacy and Police Objectives*

[54] Balancing privacy interests in the home and police objectives leads us to conclude that home searches fall lower on the spectrum than *Golden* and *Saeed*. While home searches implicate serious privacy interests, they do not inevitably intrude into a person's dignity and bodily integrity. In addition, the police objectives will often be pressing and time-sensitive in the context of in-home arrests.

[55] Given the placement of home searches on the spectrum of cases, we cannot accept the Crown's submission that the common law standard provides sufficient protection for searches incident to arrest conducted in a home, including safety searches. That standard is too low given the privacy interests in the home. Nor do we accept Mr. Stairs' position — in line with the dissent at the Court of Appeal — that police safety searches incident to arrest in a home require a reasonable belief of imminent harm. That standard is too high given the pressing police objectives at stake. A proper balancing of privacy and police objectives requires a modification of the common law standard that falls between those two poles.

[53] Globalement, les risques en jeu dans le contexte d'une arrestation dans un domicile ont tendance à être plus pressants que ceux qui se présentent dans les cas de fouilles à nu et de prélèvements par écouvillonnage du pénis. Pour ce qui est des fouilles à nu, le risque que la personne arrêtée ait accès à des objets cachés ou les fasse disparaître rapidement est généralement faible (*Golden*, par. 93). En ce qui concerne les prélèvements par écouvillonnage du pénis, aucun risque pour la sécurité n'est en jeu.

c) *Mise en balance du respect de la vie privée et des objectifs des policiers*

[54] La mise en balance des intérêts au respect de la vie privée dans un domicile, d'une part, et des objectifs des policiers, d'autre part, nous amène à conclure que les fouilles dans un domicile se situent à un niveau plus bas sur la gamme que celui où se trouvent les arrêts *Golden* et *Saeed*. Bien que les fouilles dans un domicile mettent en jeu des intérêts sérieux au respect de la vie privée, elles ne portent pas inévitablement atteinte à la dignité et à l'intégrité physique de la personne. Qui plus est, les objectifs des policiers seront souvent pressants et assujettis à des contraintes de temps dans le contexte d'une arrestation dans un domicile.

[55] Compte tenu de la place qu'occupent les fouilles dans un domicile sur la gamme de cas, nous ne pouvons accepter l'observation de la Couronne selon laquelle la norme de common law fournit une protection suffisante en ce qui concerne les fouilles accessoires à une arrestation effectuée dans un domicile, y compris les fouilles de sécurité. Cette norme est trop peu exigeante compte tenu des intérêts au respect de la vie privée dans le domicile. Nous ne pouvons pas non plus accepter la thèse de M. Stairs — qui correspond aux motifs dissidents en Cour d'appel — selon laquelle les fouilles de sécurité effectuées par les policiers accessoirement à une arrestation dans un domicile exigent une croyance raisonnable qu'un préjudice est imminent. Cette norme est trop exigeante vu les objectifs policiers pressants en jeu. La juste mise en balance de l'intérêt au respect de la vie privée, d'une part, et des objectifs des policiers, d'autre part, exige une modification de la norme de common law qui tombe entre ces deux extrémités.

(3) Modifications to the Common Law Standard

[56] To pass constitutional muster, the common law standard for search incident to arrest must be modified in two ways that make the standard stricter where the police search areas of the home outside the arrested person's physical control:

- the police must have reason to suspect that there is a safety risk to the police, the accused, or the public which would be addressed by a search; and
- the search must be conducted in a reasonable manner, tailored to the heightened privacy interests in a home.

[57] To facilitate comparison, we reiterate that the common law standard permits a search of the person arrested and the surrounding area of the arrest when (1) the arrest is lawful; (2) the search is incidental to the arrest, such that there is some reasonable basis for the search connected to the arrest and the search is for a valid law enforcement purpose, including safety, evidence preservation, or evidence discovery; and (3) the nature and extent of the search are reasonable. This standard was applied by the majority of the Court of Appeal in the case at hand.

[58] We will now explain each of the two modifications.

- (a) *Reasonable Suspicion Required for Areas Outside the Arrested Person's Physical Control*
 - (i) Defining the Surrounding Area of the Arrest

[59] A search incident to arrest extends to the surrounding area of an arrest. However, this concept must be further calibrated to account for the unique considerations entailed by a search of a home. We must therefore distinguish between two subcategories within the surrounding area of an arrest:

- (a) the area within the physical control of the person arrested at the time of arrest; and

(3) Modifications à la norme de common law

[56] Pour être constitutionnelle, la norme de common law relative aux fouilles accessoires à l'arrestation doit être modifiée de deux façons qui la rendent plus rigoureuse lorsque les policiers effectuent des fouilles dans des espaces du domicile qui sont hors du contrôle physique de la personne arrêtée :

- les policiers doivent avoir des raisons de soupçonner qu'il y a un risque pour leur sécurité ou celle de l'accusé ou du public, qu'une fouille permettrait d'éviter;
- la fouille ne doit pas être effectuée d'une manière abusive, et doit être adaptée aux intérêts élevés au respect de la vie privée dans un domicile.

[57] Afin de faciliter la comparaison, nous réitérons que la norme de common law permet la fouille d'une personne arrêtée et de l'espace environnant l'arrestation lorsque : (1) l'arrestation est légale; (2) la fouille est accessoire à l'arrestation, de sorte qu'il y a un fondement raisonnable à la fouille qui est lié à l'arrestation et celle-ci vise un objectif valable d'application de la loi, notamment la sécurité, la préservation ou la découverte d'éléments de preuve; et (3) la nature et l'étendue de la fouille sont raisonnables. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont appliqué cette norme dans le cas qui nous occupe.

[58] Nous expliquerons maintenant chacune des deux modifications.

- (a) *Soupçon raisonnable requis pour les espaces se trouvant hors du contrôle physique de la personne arrêtée*
 - (i) Définition de l'espace environnant l'arrestation

[59] Une fouille accessoire à l'arrestation peut aussi viser l'espace environnant l'arrestation. Toutefois, cette notion doit être adaptée pour tenir compte des considérations uniques accompagnant la fouille dans un domicile. Nous devons donc faire une distinction entre deux sous-catégories au sein de l'espace environnant l'arrestation :

- (a) l'espace relevant du contrôle physique de la personne arrêtée au moment de l'arrestation; et

(b) areas outside the physical control of that person, but which are part of the surrounding area because they are sufficiently proximate to the arrest.

The purpose of this distinction is to recognize that the more extensive the warrantless search, the greater the potential for violating privacy. As we explain below, different standards must be applied to these subcategories.

[60] The task of determining whether a particular area is part of the surrounding area of the arrest and which subcategory it falls under lies with the trial judge. Consistent with this Court’s jurisprudence, whether an area is sufficiently proximate to the arrest is a contextual and case-specific inquiry. The key question is whether there is a “link between the location and purpose of the search and the grounds for the arrest” (*R. v. Nolet*, 2010 SCC 24, [2010] 1 S.C.R. 851, at para. 49). The inquiry is highly contextual; the determination must be made using a purposive approach to ensure that the police can adequately respond to the wide variety of factual situations that may arise. Depending on the circumstances, the surrounding area may be wider or narrower. As one learned author notes: “A search incident to arrest can extend to the surrounding area, and so might include searching the building or vehicle in which the accused is arrested” (S. Coughlan, *Criminal Procedure* (4th ed. 2020), at p. 124).

[61] When the police make an arrest, under the existing common law standard, they may conduct a pat-down search and examine the area within the physical control of the person arrested. But when the police go outside the zone of physical control, the standard must be raised to recognize that the police have entered a home without a warrant. In these circumstances, it is not enough to satisfy the existing common law standard, which requires some reasonable basis for the search. Rather, the police must meet a higher standard: they must have reason to suspect that the search will address a valid safety purpose. We will say more about the reasonable suspicion standard in the section below.

b) les espaces se trouvant hors du contrôle physique de cette personne, mais qui font partie de l’espace environnant parce qu’ils sont suffisamment liés à l’arrestation.

Cette distinction vise la reconnaissance du fait que plus la fouille sans mandat est vaste, plus grande est la possibilité qu’il y ait violation de la vie privée. Comme nous l’expliquons ci-dessous, différentes normes doivent s’appliquer à ces sous-catégories.

[60] La tâche consistant à déterminer si un endroit précis fait partie de l’espace environnant l’arrestation et de quelle sous-catégorie il relève incombe au juge du procès. Conformément à la jurisprudence de la Cour, la question de savoir si un espace est suffisamment lié à l’arrestation est contextuelle et propre à l’affaire. Il s’agit de savoir s’il y a un « lien entre le lieu et l’objet de la fouille et les motifs de l’arrestation » (*R. c. Nolet*, 2010 CSC 24, [2010] 1 R.C.S. 851, par. 49). Cette analyse est hautement contextuelle; la décision doit être prise en fonction d’une démarche téléologique afin que les policiers puissent répondre adéquatement à une grande variété de situations factuelles pouvant survenir. Selon les circonstances, l’espace environnant peut être plus ou moins vaste. Comme l’a souligné un savant auteur, [TRADUCTION] « [u]ne fouille accessoire à l’arrestation peut s’étendre à l’espace environnant et pourrait donc comprendre la fouille de l’immeuble ou du véhicule où l’accusé est arrêté » (S. Coughlan, *Criminal Procedure* (4^e éd. 2020), p. 124).

[61] Lorsque les policiers font une arrestation, selon la norme de common law actuelle, ils peuvent effectuer une fouille par palpation et examiner l’espace relevant du contrôle physique de la personne arrêtée. Toutefois, lorsque les policiers dépassent cette zone, la norme doit être relevée pour tenir compte du fait qu’ils sont entrés dans une maison sans mandat. Dans de telles circonstances, il ne suffit pas de satisfaire à la norme actuelle de common law, qui exige un certain fondement raisonnable pour la fouille. Les policiers doivent plutôt respecter une norme plus exigeante : ils doivent avoir des raisons de soupçonner que la fouille répondra à un objectif valable de sécurité. Nous aborderons plus en profondeur la norme des soupçons raisonnables dans la section suivante.

[62] A similar approach has been adopted in the United States, where the jurisprudence distinguishes between areas inside and outside the arrested person's physical control. Two cases, read together, illustrate this distinction. First, in *Chimel v. California*, 395 U.S. 752 (1969), at p. 763, the U.S. Supreme Court held that in the context of an in-home arrest, the search incident to arrest power permits police to search (a) the arrestee's person, as in a frisk search; and (b) the area "within his immediate control", meaning the area in which the arrested person might reach for a weapon or destructible evidence.

[63] Second, in *Maryland v. Buie*, 494 U.S. 325 (1990), the U.S. Supreme Court considered areas outside those discussed in *Chimel*. The court held that the police may engage in a protective sweep of a home after an arrest when there is a reasonable suspicion of danger. Even so, the search is limited to a cursory inspection of the spaces where a person may be found and may last no longer than necessary to dispel the reasonable suspicion of danger.

[64] These cases, while obviously not binding, provide helpful persuasive authority illustrating the need to establish different standards for searches of areas inside and outside the arrested person's physical control.

(ii) The Nature of Reasonable Suspicion

[65] When the police search incident to arrest in a home for safety purposes, they must have reason to suspect that a search of areas outside the physical control of the arrested person will further the objective of police and public safety, including the safety of the accused. This modified standard, which is stricter than the basic common law standard, respects the privacy interests in the home while allowing the

[62] Une démarche semblable a été adoptée aux États-Unis, où la jurisprudence établit une distinction entre les espaces relevant du contrôle physique de la personne arrêtée et ceux se trouvant hors du contrôle physique de celle-ci. Deux arrêts, lus ensemble, illustrent cette distinction. D'abord, dans l'arrêt *Chimel c. California*, 395 U.S. 752 (1969), p. 763, la Cour suprême des États-Unis a statué que dans le contexte d'une arrestation dans un domicile, le pouvoir de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation permet aux policiers de fouiller : a) la personne arrêtée, comme au moyen d'une fouille sommaire; et b) l'espace [TRADUCTION] « relevant de son contrôle immédiat », c'est-à-dire l'espace où la personne arrêtée pourrait tenter de saisir une arme ou des éléments de preuve destructibles.

[63] Ensuite, dans l'arrêt *Maryland c. Buie*, 494 U.S. 325 (1990), la Cour suprême des États-Unis s'est penchée sur des espaces qui n'ont pas été analysés dans l'arrêt *Chimel*. Elle a conclu que les policiers peuvent procéder à une inspection de protection d'un domicile après une arrestation lorsqu'ils soupçonnent raisonnablement qu'il y a un danger. Même dans ce cas, la fouille se limite à une inspection superficielle des espaces où une personne pourrait être trouvée et ne peut durer plus longtemps que nécessaire pour écarter le soupçon raisonnable de danger.

[64] Ces affaires, bien qu'elles ne soient évidemment pas contraignantes, constituent des précédents convaincants et utiles démontrant la nécessité d'établir différentes normes pour les fouilles d'espaces relevant du contrôle physique de la personne arrêtée et pour ceux se trouvant hors du contrôle physique de celle-ci.

(ii) La nature des soupçons raisonnables

[65] Lorsque les policiers procèdent à une fouille accessoire à une arrestation dans un domicile pour des raisons de sécurité, ils doivent avoir des raisons de soupçonner qu'une fouille des espaces se situant hors du contrôle physique de la personne arrêtée contribuera à l'atteinte de l'objectif valable de sécurité du public et des policiers, y compris celle de l'accusé. Cette norme modifiée, qui est plus rigoureuse que la

police to effectively fulfil their law-enforcement responsibilities.

[66] Like the common law test, the purpose of the search must be subjectively connected to the arrest, and the officer's belief that the purpose will be served by the search must be objectively reasonable. However, the objective requirement is stricter. To meet this stricter standard, the Crown must establish "objective facts [that] rise to the level of reasonable suspicion, such that a reasonable person, standing in the shoes of the police officer, would have held a reasonable suspicion" (*R. v. Chehil*, 2013 SCC 49, [2013] 3 S.C.R. 220, at para. 45).

[67] Reasonable suspicion is a higher standard than the common law standard for search incident to arrest. As this Court noted in *Caslake*, the search incident to arrest power arises from the fact of the lawful arrest (para. 13). All that is required is "some reasonable basis" for doing what the police did based on the arrest (para. 20). The common law standard is less stringent than the reasonable suspicion standard because it permits searches based on generalized concerns arising from the arrest, while the reasonable suspicion standard does not.

[68] By contrast, to establish reasonable suspicion, the police require a constellation of objectively discernible facts assessed against the totality of the circumstances giving rise to the suspicion of the risk. This assessment must be "fact-based, flexible, and grounded in common sense and practical, everyday experience" (*Chehil*, at para. 29). In addition, the police must have reason to suspect that the search will address the risk. However, reasonable suspicion is a lower standard than reasonable and probable grounds because it is based on a *possibility* rather than a *probability* (*Chehil*, at para. 32).

[69] Whether the circumstances of a particular case give rise to reasonable suspicion must be assessed based on the totality of the circumstances (*Chehil*,

norme de base de common law, respecte les intérêts au respect de la vie privée dans un domicile, tout en permettant aux policiers de s'acquitter efficacement de leurs responsabilités en matière d'application de la loi.

[66] À l'instar du critère de common law, l'objectif de la fouille doit être subjectivement lié à l'arrestation, et la conviction du policier que la fouille permettra de réaliser cet objectif doit être objectivement raisonnable. Toutefois, l'exigence relative à l'objectivité est plus rigoureuse. Pour y satisfaire, la Couronne doit établir des « faits objectifs [qui] font naître des soupçons raisonnables, de sorte qu'une personne raisonnable à la place du policier aurait soupçonné raisonnablement la tenue d'une activité criminelle » (*R. c. Chehil*, 2013 CSC 49, [2013] 3 R.C.S. 220, par. 45).

[67] La norme des soupçons raisonnables est plus rigoureuse que la norme de common law relative aux fouilles accessoires à une arrestation. Comme l'a souligné la Cour dans l'arrêt *Caslake*, le pouvoir de procéder à une fouille accessoire à une arrestation découle de l'arrestation légale même (par. 13). Il suffit qu'il existe un « motif raisonnable » de faire ce que le policier a fait compte tenu de l'arrestation (par. 20). La norme de common law est moins sévère que celle des soupçons raisonnables parce qu'elle permet les fouilles fondées sur des préoccupations généralisées découlant de l'arrestation, alors que celle des soupçons raisonnables ne le permet pas.

[68] En revanche, pour établir l'existence de soupçons raisonnables, les policiers ont besoin d'un ensemble de faits objectivement discernables appréciés à la lumière de toutes les circonstances donnant lieu au risque soupçonné. Cette appréciation doit « s'appuyer sur des faits, être souple et relever du bon sens et de l'expérience pratique quotidienne » (*Chehil*, par. 29). De plus, les policiers doivent avoir des raisons de soupçonner que la fouille remédiera à ce risque. Toutefois, la norme des soupçons raisonnables est moins exigeante que celle des motifs raisonnables et probables parce qu'elle est fondée sur une *possibilité* et non sur une *probabilité* (*Chehil*, par. 32).

[69] La question de savoir si les circonstances d'un cas donné donnent lieu à des soupçons raisonnables doit être évaluée à la lumière de l'ensemble des

at para. 26). Relevant considerations include (a) the need for a search; (b) the nature of the apprehended risk; (c) the potential consequences of not taking protective measures; (d) the availability of alternative measures; and (e) the likelihood that the contemplated risk actually exists (*R. v. Golub* (1997), 34 O.R. (3d) 743 (C.A.), at p. 758).

(iii) The Rationale for Reasonable Suspicion

[70] *Golub* provides helpful guidance on the rationale for the reasonable suspicion standard. That case involved the entry and search of a home incident to arrest. After making an arrest outside a residence, the police continued to suspect that there was another person inside the apartment with a loaded submachine gun. The Court of Appeal for Ontario, per Doherty J.A., held that where the place to be searched is a home, the general principles set out in *Cloutier* do not apply. Justice Doherty noted that this Court's decision in *Feeney* represented a shift in the law that gave greater protection to privacy interests in the home over law enforcement interests in most cases. He then reasoned that since warrantless arrests in a home are not generally permissible, similar reasoning should apply to warrantless searches of a home incident to arrest (pp. 755-56).

[71] Justice Doherty held that searches of a home incident to arrest should be “generally prohibited subject to exceptional circumstances where the law enforcement interest is so compelling that it overrides the individual’s right to privacy within the home” (p. 756). The police must have “a reasonable suspicion, based on the particular circumstances of the arrest” (pp. 758-59) that they need to conduct the search to protect the safety of those at the scene of the arrest (p. 758).

circonstances (*Chehil*, par. 26). Les considérations suivantes pourraient être pertinentes : a) la nécessité d’une fouille; b) la nature du risque appréhendé; c) les conséquences potentielles de l’absence de prise de mesures de protection; d) l’existence d’autres mesures; et e) la probabilité que le risque envisagé existe réellement (*R. c. Golub* (1997), 34 O.R. (3d) 743 (C.A.), p. 758).

(iii) La raison d’être de la norme des soupçons raisonnables

[70] L’arrêt *Golub* fournit des lignes directrices utiles concernant la raison d’être de la norme des soupçons raisonnables. Dans cette affaire, il y avait eu entrée et fouille dans un domicile accessoirement à une arrestation. Après avoir procédé à une arrestation à l’extérieur d’une résidence, les policiers ont continué à soupçonner qu’une autre personne, armée d’une mitraillette chargée, se trouvait dans l’appartement. Le juge Doherty, pour la Cour d’appel de l’Ontario, a conclu que lorsque l’endroit devant faire l’objet d’une fouille est un domicile, les principes généraux énoncés dans l’arrêt *Cloutier* ne s’appliquent pas. Il a souligné que la décision de la Cour dans l’arrêt *Feeney* représentait un changement en droit qui accordait, dans la plupart des cas, une plus grande protection aux intérêts au respect de la vie privée dans un domicile qu’aux intérêts des autorités chargées de l’application de la loi. Il a ensuite expliqué que puisque les arrestations sans mandat dans un domicile ne sont généralement pas permises, un raisonnement semblable devrait s’appliquer aux fouilles sans mandat effectuées dans un domicile accessoirement à une arrestation (p. 755-756).

[71] Le juge Doherty a conclu que les fouilles dans un domicile effectuées accessoirement à une arrestation devraient être [TRADUCTION] « généralement interdites, sous réserve de circonstances exceptionnelles où l’intérêt des autorités chargées de l’application de la loi est si impérieux qu’il prévaut sur le droit d’une personne au respect de sa vie privée dans son domicile » (p. 756). Les policiers doivent avoir des « soupçons raisonnables fondés sur les circonstances précises de l’arrestation » (p. 758-759), selon lesquels ils doivent procéder à une fouille afin de protéger la sécurité de ceux qui se trouvent sur le lieu de l’arrestation (p. 758).

[72] In *Golub*, the police *entered* the home to conduct a search incident to arrest, whereas here the police were already lawfully in the home under exigent circumstances when they conducted the search incident to arrest. Despite this difference, in our view, the principles which led the court in *Golub* to require a standard of reasonable suspicion apply equally here. Simply because the police have entered the home for a valid reason does not give them *carte blanche* to wander through the home at large where the circumstances do not call for it. As we have explained, the more extensive the warrantless search, the greater the potential for violating privacy. Thus, when the police search a home incident to arrest in areas outside the physical control of the arrested person at the time of arrest, they require reasonable suspicion.

[73] In concluding that reasonable suspicion applies to searches of a home incident to arrest, Doherty J.A. balanced the privacy interests in the home and the relevant police objectives. Given the factual matrix in *Golub*, he was particularly concerned about the police interest in protecting the safety of persons at the scene of the arrest. In that regard, he made the following astute observations, with which we fully agree:

... I am concerned with the police interest in protecting the safety of those at the scene of the arrest. This interest is often the most compelling concern at an arrest scene and is one which must be addressed immediately. In deciding whether the police were justified in taking steps to ensure their safety, the realities of the arrest situation must be acknowledged. Often, and this case is a good example, the atmosphere at the scene of an arrest is a volatile one and the police must expect the unexpected. The price paid if inadequate measures are taken to secure the scene of an arrest can be very high indeed. Just as it is wrong to engage in *ex post facto* justifications of police conduct, it is equally wrong to ignore the realities of the situations in which police officers must make these decisions. [Emphasis added; p. 757.]

[72] Dans l'affaire *Golub*, les policiers sont *entrés* dans le domicile pour effectuer une fouille accessoire à l'arrestation, alors qu'en l'espèce, les policiers étaient déjà légalement dans le domicile en raison d'une situation d'urgence lorsqu'ils ont effectué une fouille accessoire à l'arrestation. Malgré cette différence, à notre avis, les principes qui ont mené la cour dans l'arrêt *Golub* à exiger une norme de soupçons raisonnables s'appliquent de la même manière en l'espèce. Le simple fait que les policiers soient entrés dans le domicile pour une raison valable ne leur donne pas carte blanche pour se promener partout dans le domicile lorsque les circonstances ne l'exigent pas. Comme nous l'avons expliqué, plus la fouille sans mandat est vaste, plus grande est la possibilité qu'il y ait violation de la vie privée. Par conséquent, lorsque les policiers procèdent à une fouille accessoire à l'arrestation dans un domicile, dans des espaces se trouvant hors du contrôle physique de la personne arrêtée au moment de l'arrestation, ils doivent avoir des soupçons raisonnables.

[73] En concluant que la norme des soupçons raisonnables s'applique aux fouilles dans un domicile effectuées accessoirement à une arrestation, le juge Doherty a mis en balance les intérêts au respect de la vie privée dans un domicile et les objectifs pertinents des policiers. Compte tenu du contexte factuel dans l'arrêt *Golub*, il était particulièrement intéressé par l'intérêt des policiers à protéger la sécurité des personnes se trouvant sur le lieu de l'arrestation. À cet égard, il a fait les astucieuses observations suivantes, auxquelles nous souscrivons entièrement :

[TRADUCTION] ... je m'intéresse à l'intérêt des policiers à protéger la sécurité des personnes se trouvant sur le lieu de l'arrestation. Cet intérêt est souvent la préoccupation la plus pressante sur le lieu d'une arrestation et des mesures doivent être prises sur-le-champ. Lorsque l'on décide si les policiers avaient raison de prendre des mesures pour assurer leur sécurité, il faut tenir compte des réalités de la situation d'arrestation. Souvent, et la présente affaire en est un bon exemple, l'atmosphère du lieu de l'arrestation est instable et les policiers doivent s'attendre à l'inattendu. Le prix payé si des mesures inadéquates sont prises pour sécuriser le lieu d'une arrestation peut en effet être très élevé. Tout comme il est inapproprié de tenter de justifier *ex post facto* la conduite des policiers, il est tout aussi inapproprié de faire fi des réalités des situations où les policiers doivent prendre de telles décisions. [Nous soulignons; p. 757.]

[74] When assessing police conduct, the reviewing judge must be alive to the volatility and uncertainty that police officers face — the police must expect the unexpected. This reality is inherent in the police’s exercise of their common law powers, as well as their statutory duties, including “the preservation of the peace, the prevention of crime, and the protection of life and property” (*R. v. Godoy*, [1999] 1 S.C.R. 311, at para. 15 (emphasis deleted), citing *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2, at pp. 11-12; *Police Services Act*, R.S.O. 1990, c. P.15, s. 42). Given their mandate, “police officers must be empowered to respond quickly, effectively, and flexibly to the diversity of encounters experienced daily on the front lines of policing” (*R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59, at para. 16). A reasonable suspicion standard ensures that the police may carry out these duties, while also balancing the enhanced privacy in a person’s home.

(iv) No Requirement for Reasonable Belief in Imminent Harm

[75] In adopting a reasonable suspicion standard, we reject Mr. Stairs’ proposed standard of reasonable belief in imminent harm, which was endorsed by the dissenting judge at the Court of Appeal. Both Mr. Stairs and the dissenting judge relied on *MacDonald*. However, *MacDonald* is distinguishable.

[76] In that case, the police attended Mr. MacDonald’s condominium in response to a noise complaint. When he partially opened the door to his unit, it appeared that he may have been holding a weapon behind his leg. After he refused to reveal what was behind his leg, the police pushed the door open further. Importantly, Mr. MacDonald was not under arrest. He therefore retained a strong expectation of privacy in his home and the police required heightened grounds to justify entry — i.e., a reasonable belief in imminent harm. In the present case, by contrast, the police had already entered the home under exigent circumstances and lawfully effected the arrest. Mr. Stairs’ expectation of privacy was thus significantly diminished (*Fearon*, at para. 56, referencing *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387,

[74] Lorsque le juge chargé de la révision évalue la conduite des policiers, il doit être conscient de l’instabilité et de l’incertitude auxquelles ceux-ci font face — les policiers doivent s’attendre à l’inattendu. Cette réalité est inhérente à l’exercice par les policiers de leurs pouvoirs de common law, ainsi que de leurs devoirs prévus par la loi, notamment « la préservation de la paix, la prévention du crime et [. . .] la protection de la vie des personnes et des biens » (*R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311, par. 15 (soulignement omis), citant *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2, p. 11-12; *Loi sur les services policiers*, L.R.O. 1990, c. P.15, art. 42). Compte tenu de leur mandat, les policiers « doivent être habilités à réagir avec rapidité, efficacité et souplesse aux diverses situations qu’ils rencontrent quotidiennement aux premières lignes du maintien de l’ordre » (*R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59, par. 16). La norme des soupçons raisonnables fait en sorte que les policiers peuvent s’acquitter de ces devoirs, tout en tenant compte de l’intérêt élevé au respect de la vie privée des gens dans leur domicile.

(iv) Aucune exigence relative à la croyance raisonnable de préjudices imminents

[75] En adoptant une norme de soupçons raisonnables, nous rejetons celle que propose M. Stairs concernant la croyance raisonnable que des préjudices sont imminents, à laquelle a souscrit le juge dissident en Cour d’appel. Monsieur Stairs et le juge dissident ont invoqué l’arrêt *MacDonald*; toutefois, cet arrêt se distingue de la présente affaire.

[76] Dans l’arrêt *MacDonald*, les policiers se sont présentés au condominium de M. MacDonald en raison d’une plainte de bruit. Lorsque ce dernier a ouvert partiellement la porte de son unité, il semblait tenir une arme derrière sa jambe. Après qu’il a refusé de dire ce qu’il tenait derrière sa jambe, le policier a poussé la porte pour l’ouvrir davantage. Il importe de noter que M. MacDonald n’était pas en état d’arrestation. Il a donc conservé une attente considérable au respect de sa vie privée dans son domicile, et les policiers devaient satisfaire à des critères plus exigeants pour justifier leur entrée dans le domicile — c.-à-d., une croyance raisonnable que des préjudices étaient imminents. Dans la présente affaire, en revanche, les policiers étaient déjà entrés

at p. 413). To be clear, “[t]he authority for the search does not arise as a result of a reduced expectation of privacy of the arrested individual”; however, it is a factor in assessing the standard for a search incident to arrest (*Caslake*, at para. 17). It follows, in our view, that *MacDonald* is distinguishable.

[77] There are also independent reasons for rejecting a standard of reasonable belief in imminent harm for a home search incident to arrest. First, because a search incident to arrest typically occurs at the early stages of an investigation, the police will often be unable to show reasonable and probable grounds. Setting the bar too high will prevent the police from acting promptly, taking *immediate* steps to address risks to their safety and the safety of others, including innocent bystanders. Second, an imminence requirement would practically proscribe the search incident to arrest power, as it would simply restate the exigency exception. If there were exigent circumstances, the police could act solely on that basis. There would be no need for the power to search incident to arrest.

(b) *Nature and Extent of the Search*

[78] The police must carefully tailor their searches incident to arrest in a home to ensure that they respect the heightened privacy interests implicated. The search incident to arrest power does not permit the police to engage in windfall searches. The police are highly constrained when they go beyond the area within the physical control of the arrested person.

[79] The search incident to arrest power only permits police to search the surrounding area of the

dans le domicile en raison d’une situation d’urgence et avaient procédé légalement à l’arrestation. L’attente en matière de respect de la vie privée de M. Stairs était donc considérablement diminuée (*Fearon*, par. 56, faisant référence à *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, p. 413). Précisons que « [l]e pouvoir de procéder à la fouille ne découle pas d’une attente moins grande en matière de vie privée chez la personne arrêtée »; toutefois, il s’agit d’un facteur dans l’appréciation de la norme applicable à une fouille accessoire à l’arrestation (*Caslake*, par. 17). À notre avis, il s’ensuit que l’arrêt *MacDonald* se distingue de la présente affaire.

[77] Des motifs indépendants justifient aussi le rejet d’une norme exigeant une croyance raisonnable que des préjudices sont imminents pour la fouille d’un domicile accessoire à une arrestation. D’abord, étant donné qu’une fouille accessoire à une arrestation a habituellement lieu au début d’une enquête, les policiers seront souvent incapables de démontrer l’existence de motifs raisonnables et probables. Placer la barre trop haut empêcherait les policiers d’agir rapidement et de prendre des mesures *immédiates* afin d’écarter les risques pour leur sécurité et celle des autres, y compris des victimes innocentes. Ensuite, une exigence d’imminence interdirait pratiquement le pouvoir de procéder à une fouille accessoire à une arrestation, puisqu’elle constituerait simplement une reformulation de l’exception relative à l’urgence. En cas d’urgence, les policiers peuvent agir uniquement sur ce fondement. Il ne serait pas nécessaire qu’ils aient le pouvoir de procéder à une fouille accessoire à une arrestation.

b) *Nature et étendue de la fouille*

[78] Les policiers doivent adapter soigneusement les fouilles qu’ils effectuent dans un domicile accessoirement à une arrestation aux intérêts accrus en matière de respect de la vie privée qui s’y rattachent. Le pouvoir de procéder à une fouille accessoire à l’arrestation ne permet pas aux policiers de procéder à des fouilles fortuites. Les policiers font face à de nombreuses contraintes lorsqu’ils dépassent l’espace relevant du contrôle physique de la personne arrêtée.

[79] Le pouvoir de procéder à une fouille accessoire à l’arrestation permet seulement aux policiers de le

arrest (*Cloutier*, at pp. 180-81; Coughlan, at p. 124). This Court's guidance on how to determine what constitutes the surrounding area of the arrest remains constant. As indicated, the key consideration is the link between the location and purpose of the search and the grounds for the arrest (*Nolet*, at para. 49).

[80] In addition, the nature of the search must be tailored to its specific purpose, the circumstances of the arrest, and the nature of the offence. As a general rule, the police cannot use the search incident to arrest power to justify searching every nook and cranny of the house. A search incident to arrest remains an exception to the general rule that a warrant is required to justify intrusion into the home. The search should be no more intrusive than is necessary to resolve the police's reasonable suspicion.

[81] Further, it would be good practice for the police to take detailed notes after searching a home incident to arrest. They should keep track of the places searched, the extent of the search, the time of the search, its purpose, and its duration. In some instances, insufficient notes may lead a trial judge to make adverse findings impacting the reasonableness of the search.

(4) The Applicable Framework

[82] In summary, a search of a home incident to arrest for safety purposes will comply with s. 8 of the *Charter* when the following requirements are met:

- (1) The arrest was lawful.
- (2) The search was incident to the arrest. The search will be incident to arrest when the following considerations are met:
 - (a) Where the area searched is within the arrested person's physical control at the time of the arrest, the common law standard must be satisfied.
 - (b) Where the area searched is outside the arrested person's physical control at the time

faire dans l'espace environnant l'arrestation (*Cloutier*, p. 180-181; Coughlan, p. 124). Les indications de la Cour sur la façon d'établir ce qui constitue l'espace environnant l'arrestation demeurent les mêmes. Comme il a été indiqué, le principal facteur à considérer est le lien entre le lieu et l'objet de la fouille et les motifs de l'arrestation (*Nolet*, par. 49).

[80] De plus, la nature de la fouille doit être adaptée à son objectif précis, aux circonstances de l'arrestation et à la nature de l'infraction. En général, les policiers ne peuvent avoir recours au pouvoir de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation pour justifier la fouille dans chaque recoin de la maison. La fouille accessoire à l'arrestation demeure une exception à la règle générale selon laquelle un mandat est requis pour justifier l'introduction dans le domicile. La fouille ne devrait pas être plus attentatoire que nécessaire pour écarter les soupçons raisonnables des policiers.

[81] En outre, il serait bon que les policiers prennent des notes détaillées après avoir procédé à une fouille dans un domicile accessoirement à une arrestation. Ils devraient inscrire les endroits visés par la fouille, l'étendue de celle-ci, l'heure à laquelle elle a eu lieu, son objectif et sa durée. Dans certains cas, des notes insuffisantes pourraient amener un juge du procès à tirer des conclusions préjudiciables ayant une incidence sur le caractère raisonnable de la fouille.

(4) Le cadre d'analyse applicable

[82] En résumé, la fouille d'un domicile effectuée accessoirement à une arrestation pour des raisons de sécurité sera conforme à l'art. 8 de la *Charte* lorsque les conditions suivantes sont réunies :

- (1) L'arrestation était légale.
- (2) La fouille était accessoire à l'arrestation, ce qui est le cas lorsque les considérations suivantes sont respectées :
 - a) Lorsque l'espace visé par la fouille relève du contrôle physique de la personne arrêtée au moment de l'arrestation, la norme de common law doit être satisfaite.
 - b) Lorsque l'espace visé par la fouille est hors du contrôle physique de la personne arrêtée au

of the arrest — but the area is sufficiently proximate to the arrest — the police must have reason to suspect that the search will further the objective of police and public safety, including the safety of the accused.

- (3) Where the area searched is outside the arrested person’s physical control at the time of the arrest — but the area is sufficiently proximate to the arrest — the nature and the extent of the search must be tailored to the purpose of the search and the heightened privacy interests in a home.

VI. Application

[83] Before this Court, Mr. Stairs does not question the lawfulness of his arrest or the validity of the initial pat-down search and scan of the laundry room. The outstanding issues are (a) whether the police had a reason to suspect that there were safety risks which justified the basement living room search; and (b) whether the search was conducted in a reasonable manner.

A. *Reasonable Suspicion*

[84] The living room search met the standard for reasonable suspicion, both in terms of its subjective and objective components.

(1) Subjective Component

[85] It was open to the trial judge to conclude that the police subjectively believed there was a safety risk that would be addressed by conducting a clearing search of the living room. This was a valid law enforcement purpose. The officer who conducted the clearing search (Officer Vandervelde) testified that the search was performed to ensure that “no one else was there”, such as someone potentially posing a risk or needing assistance, and that there were “no other hazards”, such as weapons or firearms sitting out in the open (see pre-trial application reasons, at para. 282).

moment de l’arrestation — mais que l’espace est suffisamment lié à l’arrestation — les policiers doivent avoir des raisons de soupçonner que la fouille contribuera à l’atteinte de l’objectif de sécurité des policiers et du public, y compris celle de l’accusé.

- (3) Lorsque l’espace visé par la fouille est hors du contrôle physique de la personne arrêtée au moment de l’arrestation — mais que l’espace est suffisamment lié à l’arrestation — la nature et l’étendue de la fouille doivent être adaptées à son objet et aux intérêts élevés au respect de la vie privée dans un domicile.

VI. Application

[83] Devant la Cour, M. Stairs ne remet pas en question la légalité de son arrestation ou la validité de la fouille par palpation initiale et de l’inspection de la salle de lavage. Les questions à trancher sont les suivantes : a) les policiers avaient-ils des raisons de soupçonner que des risques liés à la sécurité justifiaient la fouille dans la salle de séjour du sous-sol, et b) la fouille a-t-elle été effectuée d’une manière non abusive?

A. *Souçons raisonnables*

[84] La fouille dans la salle de séjour respectait la norme des soupçons raisonnables, tant pour ce qui est de son élément subjectif que de son élément objectif.

(1) Élément subjectif

[85] La juge du procès pouvait conclure que les policiers avaient subjectivement cru qu’il y avait un risque relatif à la sécurité qui pouvait être écarté en effectuant l’inspection à des fins sécuritaires de la salle de séjour. Il s’agissait d’un objectif valable d’application de la loi. Le policier qui a effectué l’inspection à des fins sécuritaires (l’agent Vandervelde) a affirmé lors de son témoignage que l’inspection avait été effectuée pour s’assurer [TRADUCTION] « qu’il n’y avait personne d’autre dans la pièce », comme une personne pouvant représenter un risque ou ayant besoin d’aide, et qu’il n’y avait pas « d’autres dangers », comme des armes ou des armes à feu à découvert (voir les motifs relatifs à la demande préalable au procès, par. 282).

(2) Objective Component

[86] It was equally open to the trial judge to find that it was objectively reasonable for the police to clear the area for hazards and other occupants. When assessing reasonableness, it is essential to properly contextualize the arrest and the surrounding circumstances. Here, the following factors figure prominently in the reason-to-suspect analysis: (a) the dynamic before and during the arrest; and (b) the nature of the offence for which Mr. Stairs was arrested.

(a) *The Dynamic of the Arrest*

[87] The situation was volatile and rapidly changing. The police were responding to a civilian 9-1-1 call. The caller reported that the male driver was swerving on the road while repeatedly striking the female passenger in a “flurry of strikes”. He continued hitting her, even though she was huddling to protect herself.

[88] Shortly thereafter, the police located the reported car parked in the driveway of an unknown home. Despite loudly and repeatedly announcing themselves, no one answered the door. They entered the home because they feared that the assault was ongoing. When the woman emerged from the living room in the basement, she had fresh injuries to her face, supporting the police officers’ belief that she had been assaulted. Moreover, Mr. Stairs disobeyed repeated commands. He behaved erratically, running across the basement from the living room and barricading himself in the laundry room.

[89] From door knock to arrest, about four minutes elapsed. The situation was tense and the police had their weapons drawn. Throughout this interaction, the police also knew that Mr. Stairs had a history of violence, including domestic violence, that he was an escape risk, and that he had been identified as a high-risk offender.

(2) Élément objectif

[86] La juge du procès pouvait aussi conclure qu’il était objectivement raisonnable que les policiers vérifient que l’endroit ne contenait aucun risque ou autre occupant. Lors de l’appréciation du caractère raisonnable, il est essentiel de bien replacer l’arrestation et les circonstances dans leur contexte. En l’espèce, les facteurs suivants occupent une place importante dans l’analyse des raisons de soupçonner : a) la dynamique avant et pendant l’arrestation; et b) la nature de l’infraction pour laquelle M. Stairs a été arrêté.

a) *La dynamique de l’arrestation*

[87] La situation était instable et évoluait rapidement. Les policiers ont répondu à un appel d’un civil au 9-1-1. L’auteur de l’appel a signalé qu’un conducteur zigzaguait sur la route tout en assénant à répétition la passagère d’une [TRADUCTION] « rafale de coups ». Il a continué à la frapper, même si elle se recroquevillait pour se protéger.

[88] Peu de temps après, les policiers ont localisé la voiture signalée, stationnée dans l’entrée d’une maison inconnue de ceux-ci. Même s’ils se sont annoncés plusieurs fois d’une voix forte, personne n’est venu répondre à la porte. Ils sont entrés dans la maison parce qu’ils craignaient que l’agression fût toujours en cours. Lorsque la femme est arrivée de la salle de séjour située au sous-sol, elle avait des blessures récentes au visage, ce qui étayait la croyance des policiers qu’elle avait été agressée. De plus, M. Stairs a désobéi aux ordres qui lui ont été répétés plusieurs fois. Il se comportait de façon irrégulière : il a couru d’un bout à l’autre du sous-sol à partir de la salle de séjour et s’est barricadé dans la salle de lavage.

[89] À partir du moment où les policiers ont frappé à la porte jusqu’à l’arrestation, environ quatre minutes se sont écoulées. La situation était tendue et les policiers avaient leur arme à la main. Tout au long de l’interaction, les policiers savaient aussi que M. Stairs avait des antécédents de violence, notamment de violence familiale, qu’il était susceptible de s’enfuir et qu’il avait été désigné délinquant à haut risque.

(b) *The Nature of the Offence*

[90] The arrest was for domestic assault. As this Court recognized in *Godoy*, at para. 21, privacy in the home must be balanced with the safety of other members of the household:

One of the hallmarks of [domestic violence] is its private nature. Familial abuse occurs within the supposed sanctity of the home. While there is no question that one's privacy at home is a value to be preserved and promoted, privacy cannot trump the safety of all members of the household. If our society is to provide an effective means of dealing with domestic violence, it must have a form of crisis response.

[91] For victims of domestic violence, the home is often not a safe haven. Instead, it is a place that shields and enables their abuse. While privacy interests in the home are important, s. 8 of the *Charter* “was not intended to protect blindly privacy interests claimed in the context of criminal activities which are played out within one's home” (*Silveira*, at para. 119, per L'Heureux-Dubé J., concurring). In domestic violence cases, the police are not only concerned with the privacy and autonomy of the person arrested; they must also be alert to the safety of all members of the household, including both known and potential victims.

[92] Historically, victims of domestic violence did not receive the help they needed. Domestic conflicts were considered “private” matters that did not warrant state intervention. More recently, “the courts, legislators, police and social service workers have all engaged in a serious and important campaign to educate themselves and the public on the nature and prevalence of domestic violence” (*Godoy*, at para. 21). And yet, despite these advances, domestic violence persists. It remains one of the most prevalent crimes in Canada, accounting for more than a quarter of all violent crimes. In 2019, there were about 400,000 victims of violent crime reported to the police. Of these, 26 percent — over 100,000 people — were

b) *La nature de l'infraction*

[90] Monsieur Stairs a été arrêté pour voies de fait contre sa conjointe. Comme l'a reconnu la Cour dans l'arrêt *Godoy*, par. 21, le respect de la vie privée au sein du foyer doit être mis en balance avec la sécurité des autres membres du foyer :

L'un des traits spécifiques de [la violence conjugale] est son caractère privé. La violence familiale survient au sein du foyer qui est censé être inviolable. Bien qu'il ne fasse aucun doute que l'intimité du foyer soit une valeur qu'il faut préserver et favoriser, le respect de la vie privée ne saurait l'emporter sur la sécurité de tous les membres du foyer. Si notre société veut se doter de moyens efficaces pour lutter contre la violence conjugale, elle doit pouvoir intervenir en cas de crise.

[91] Pour les victimes de violence familiale, le domicile n'est souvent pas un refuge sûr. Il s'agit plutôt d'un endroit qui abrite et permet les mauvais traitements. Bien que les intérêts au respect de la vie privée dans le domicile soient importants, l'art. 8 de la *Charte* « ne vise pas à protéger aveuglément les droits en matière de vie privée revendiqués dans le contexte d'activités criminelles qui se déroulent à l'intérieur de la demeure d'une personne » (*Silveira*, par. 119, la juge L'Heureux-Dubé, motifs concordants). Dans les cas de violence familiale, les policiers se soucient non seulement du respect de la vie privée et de l'autonomie de la personne arrêtée, mais ils doivent aussi être vigilants quant à la sécurité de tous les membres du ménage, y compris les victimes connues et les victimes potentielles.

[92] Par le passé, les victimes de violence familiale ne recevaient pas l'aide dont elles avaient besoin. Les conflits familiaux étaient considérés comme étant des questions « privées » qui ne justifiaient pas l'intervention de l'État. Plus récemment, « les tribunaux, les législateurs, la police et les travailleurs sociaux se sont engagés dans une campagne sérieuse et importante pour s'informer eux-mêmes et éduquer le public au sujet de la nature et de la fréquence de la violence conjugale » (*Godoy*, par. 21). Pourtant, malgré ces avancées, la violence familiale persiste. Elle demeure l'un des crimes les plus fréquents au Canada, représentant plus d'un quart de tous les crimes violents. En 2019, il y a eu environ 400 000 victimes

victimized by a family member (Statistics Canada, *Family violence in Canada: A statistical profile, 2019* (March 2021), at p. 4).

[93] Moreover, cases involving domestic violence are often emotionally charged and volatile (*Jensen v. Stemmer*, 2007 MBCA 42, 214 Man. R. (2d) 64, at para. 98; L. Ruff, “Does Training Matter? Exploring Police Officer Response to Domestic Dispute Calls Before and After Training on Intimate Partner Violence” (2012), 85 *Police J.* 285). Domestic dispute calls can be dangerous and even life-threatening for responding officers and persons at the scene (*R. v. Dodd* (1999), 180 Nfld. & P.E.I.R. 145 (N.L.C.A.), at para. 38). Given the prevalence of domestic violence and its attendant risks, responding police officers must have the ability to assess and control the situation. In this case, that included confirming whether other individuals or hazards were in the surrounding area of the arrest.

[94] The police often respond to domestic violence calls with limited information. For example, they may not know if other family members, including children, are involved. This is further exacerbated when victims at the scene of the arrest are uncooperative, a common phenomenon in the domestic violence context. For example, in *R. v. Lowes*, 2016 ONCA 519, the police responded to a 9-1-1 call in which a neighbour reported hearing a man threaten to kill a woman. The woman insisted to the police that no one else was in the apartment. The Court of Appeal found that the police would have been “derelict in their duty” had they accepted the woman’s response at face value (para. 12 (CanLII)).

[95] A similar situation played out here. Despite fresh and visible injuries, the victim claimed that she and Mr. Stairs were just play fighting. This was not credible, given the nature of her injuries and since a civilian had witnessed an assault so violent that he reported his observations to 9-1-1. Moreover,

de crimes violents signalés à la police. De ce nombre, 26 p. 100 — soit plus de 100 000 personnes — ont été agressées par un membre de la famille (Statistique Canada, *La violence familiale au Canada : un profil statistique, 2019* (mars 2021), p. 4).

[93] De plus, les affaires où il est question de violence familiale sont souvent instables et chargées sur le plan émotif (*Jensen c. Stemmer*, 2007 MBCA 42, 214 Man. R. (2d) 64, par. 98; L. Ruff, « Does Training Matter? Exploring Police Officer Response to Domestic Dispute Calls Before and After Training on Intimate Partner Violence » (2012), 85 *Police J.* 285). Les interventions en cas de querelle conjugale peuvent être dangereuses et peuvent même représenter un danger pour la vie des agents intervenants et des personnes se trouvant sur les lieux (*R. c. Dodd* (1999), 180 Nfld. & P.E.I.R. 145 (C.A. T.-N.-L.), par. 38). En raison de la fréquence de la violence familiale et des risques qui y sont liés, les policiers intervenants doivent avoir la capacité d’évaluer et de contrôler la situation. En l’espèce, cela comprend le fait de confirmer s’il y a d’autres personnes ou risques dans l’espace environnant l’arrestation.

[94] Les policiers répondent souvent à des appels concernant des cas de violence familiale en ayant peu de renseignements. Par exemple, ils ne savent peut-être pas si d’autres membres de la famille, notamment des enfants, sont touchés. Cette difficulté est exacerbée lorsque les victimes sur le lieu de l’arrestation sont peu coopératives, comme cela est souvent le cas dans un contexte de violence familiale. Par exemple, dans l’arrêt *R. c. Lowes*, 2016 ONCA 519, les policiers ont répondu à un appel au 9-1-1 où une personne affirmait avoir entendu un voisin menacer de tuer une femme. La femme a soutenu auprès des policiers qu’il n’y avait personne d’autre dans l’appartement. La Cour d’appel a conclu que les policiers auraient [TRADUCTION] « manqué à leur devoir » s’ils avaient cru la femme sur parole (par. 12 (CanLII)).

[95] Une situation semblable s’est déroulée en l’espèce. Malgré des blessures récentes et visibles, la victime a prétendu que M. Stairs et elle ne faisaient que jouer à la bagarre. Cette affirmation n’était pas crédible, étant donné la nature de ses blessures et en raison du fait qu’une personne avait été témoin d’une

Officer Brown testified that based on his conversation with the victim, he believed that she “didn’t want to co-operate” (A.R., vol. II, at p. 49). Importantly, the police could not depend on her for reliable information about the presence of other people, other hazards, or the cause of her injuries, and there was no one else they could turn to for such information. It was thus objectively reasonable for the police to engage in a cursory search of the surrounding area of the arrest, including the basement living room.

[96] Our colleague Justice Karakatsanis maintains that the police acted on generalized suspicion, as opposed to reasonable suspicion. With respect, we disagree. In assessing whether the conduct of the police was objectively reasonable in the circumstances of this case, we are reminded of the invaluable insight provided by Doherty J.A. in *Golub*, at p. 757: in volatile circumstances where the police must expect the unexpected, it is “wrong to ignore the realities of the situations in which police officers must make these decisions”. While it is critical that the line between generalized suspicion and reasonable suspicion be maintained, in cases like the present one, we must assiduously avoid using twenty-twenty hindsight as the yardstick against which to measure instantaneous decisions made by the police.

[97] Although privacy interests in the home are important, they are not absolute. On the facts of this case, it was open to the trial judge to conclude that society’s interest in effective law enforcement should prevail over Mr. Stairs’ privacy interest in the basement living room. The trial judge did not err in concluding that it was objectively reasonable for the police to check the area to ensure that no other people (including potential victims) were present and no weapons or hazards were sitting out in the open.

agression si violente qu’elle l’avait signalée au 9-1-1. De plus, l’agent Brown a affirmé que, compte tenu de sa conversation avec la victime, il croyait qu’elle [TRADUCTION] « ne voulait pas coopérer » (d.a., vol. II, p. 49). Surtout, les policiers ne pouvaient pas se fier à elle pour obtenir des renseignements fiables concernant la présence d’autres personnes, d’autres dangers ou la cause de ses blessures, et il n’y avait personne d’autre auprès de qui ils pouvaient obtenir de tels renseignements. Il était donc objectivement raisonnable que les policiers procèdent à une fouille sommaire de l’espace environnant l’arrestation, y compris la salle de séjour du sous-sol.

[96] Notre collègue la juge Karakatsanis affirme que les policiers ont agi selon des soupçons généraux, plutôt que selon des soupçons raisonnables. Soit dit en tout respect, nous ne sommes pas de cet avis. Lorsque nous nous demandons si la conduite des policiers était objectivement raisonnable dans les circonstances de l’espèce, nous devons nous souvenir des propos d’une aide inestimable qu’a tenus le juge Doherty dans l’arrêt *Golub*, p. 757 : dans des situations instables où les policiers doivent s’attendre à l’inattendu, il est [TRADUCTION] « fautif de faire abstraction des réalités des situations dans lesquelles les policiers doivent prendre leurs décisions ». Bien qu’il soit essentiel que la démarcation entre soupçons généraux et soupçons raisonnables soit maintenue, dans les cas comme celui en l’espèce, nous devons prendre bien soin d’éviter d’utiliser le portrait global que donne le recul comme étalon servant à mesurer les décisions instantanées prises par les policiers.

[97] Bien que les intérêts au respect de la vie privée dans un domicile soient importants, ils ne sont pas absolus. À la lumière des faits de la présente affaire, la juge du procès pouvait conclure que l’intérêt de la société relatif à l’application efficace de la loi devait l’emporter sur l’intérêt de M. Stairs au respect de sa vie privée dans la salle de séjour au sous-sol. La juge du procès n’a pas commis d’erreur en concluant qu’il était objectivement raisonnable que les policiers vérifient l’endroit pour s’assurer qu’aucune autre personne (notamment des victimes potentielles) n’était présente et qu’il n’y avait pas d’armes ou de dangers à découvert.

B. *Nature and Extent of the Search*

[98] The search was conducted reasonably. It took place right after the arrest and the police merely conducted a visual scan of the living room area to ensure that no one else was present and that there were no weapons or hazards.

[99] The spatial scope of the search was appropriate. The trial judge’s finding of fact that the living room was part of the surrounding area of the arrest reveals no error. The police appropriately limited the scope of their search. Had they searched the upper floors of the home or other rooms, the search would have been unreasonable. But they did not do so. They only cleared the basement living room area immediately adjacent to where Mr. Stairs had been arrested — the very area from which he and the victim had emerged just moments earlier.

[100] Moreover, the police searched what appeared to be a common living room space. There was nothing about that space to suggest that a higher than normal expectation of privacy in the context of a home was warranted, such as one might reasonably expect in a bedroom. While it was revealed at trial that Mr. Stairs used the basement living room area as his main living space, at the time of the search there was no indication that it was being used as a bedroom. Nor was the basement a separate apartment unit from the rest of the house.

[101] Finally, the police engaged in the most cursory of searches. They did a brief visual scan to see if anyone else or obvious weapons or hazards were in the area. They did not move any items or open doors or cupboards, which would not have been permissible in this case. Given their objective, the search was the least invasive possible.

[102] Counsel for Mr. Stairs submitted that if the applicable standard for a search incident to arrest in a home is modified to require reasonable suspicion, then she took “no issue with the applicability of the

B. *Nature et étendue de la fouille*

[98] La fouille n’a pas été effectuée d’une manière abusive. Elle a eu lieu tout de suite après l’arrestation et les policiers ont simplement effectué une inspection visuelle de la salle de séjour afin de s’assurer qu’il n’y avait personne d’autre dans la pièce et qu’il n’y avait pas d’armes ou de dangers.

[99] L’étendue spatiale de la fouille était juste. La conclusion de fait de la juge du procès selon laquelle la salle de séjour faisait partie de l’espace environnant l’arrestation ne révèle aucune erreur. Les policiers ont dûment limité l’étendue de la fouille. S’ils avaient effectué une fouille aux étages supérieurs de la maison ou dans d’autres pièces, la fouille aurait été abusive; mais ils ne l’ont pas fait. Ils ont seulement vérifié la salle de séjour du sous-sol, qui était directement adjacente à l’endroit où M. Stairs avait été arrêté — l’endroit même d’où la victime et lui étaient arrivés quelques moments plus tôt.

[100] De plus, les policiers ont effectué une fouille dans ce qui semblait être un espace commun de séjour. Rien concernant cet espace ne laissait croire qu’une attente en matière de respect de la vie privée supérieure à la normale dans le contexte d’un domicile était justifiée, comme celle que l’on pourrait raisonnablement avoir dans une chambre à coucher. Bien qu’il ait été révélé au procès que M. Stairs utilisait la salle de séjour du sous-sol comme son principal espace d’habitation, au moment de la fouille, rien n’indiquait qu’il l’utilisait comme chambre à coucher. Le sous-sol ne constituait pas non plus un appartement séparé du reste de la maison.

[101] Enfin, les policiers ont procédé à une fouille des plus sommaires. Ils ont effectué une brève inspection visuelle pour voir s’il y avait une autre personne dans la pièce ou des armes ou des dangers évidents sur les lieux. Ils n’ont déplacé aucun objet ni ouvert aucune porte ou armoire, ce qui n’aurait pas été permis dans ce cas. Compte tenu de leur objectif, la fouille était la moins attentatoire possible.

[102] L’avocate de M. Stairs a fait valoir que si la norme applicable à une fouille accessoire à une arrestation dans un domicile était modifiée pour exiger des soupçons raisonnables, elle n’aurait [TRANSDUCTION]

plain view doctrine” (transcript, at p. 19). Because this Court did not have the benefit of any submissions on this issue, we leave for another day the important question of whether and how the common law plain view doctrine applies in the context of a search incident to arrest in a home. Given the concession on this record, and the findings of the trial judge, we would not disturb her conclusion that the seizure was authorized.

VII. Disposition

[103] For the reasons set out above, the search of the living room incident to arrest did not violate Mr. Stairs’ s. 8 *Charter* right against unreasonable search and seizure. The police had reason to suspect that there was a safety risk which would be addressed through a cursory visual clearing search. Moreover, the search was tailored to its purpose — it was targeted, brief, and constrained. The evidence from the living room search was therefore properly admitted at trial. Accordingly, we would dismiss the appeal.

The reasons of Karakatsanis, Brown and Martin JJ. were delivered by

KARAKATSANIS J. (dissenting) —

I. Overview

[104] Responding to a domestic violence call, police arrested Matthew Stairs in his home, searched his basement, and, in a discovery unrelated either to the nature of the arrest or the aim of the search, seized methamphetamine that was found behind a couch and next to a coffee table. Mr. Stairs was later charged with drug possession for the purpose of trafficking. The majority concludes that the police’s warrantless search and seizures complied with s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I disagree.

« aucun problème quant à l’applicabilité de la doctrine des objets bien en vue » (transcription, p. 19). Étant donné que la Cour n’a pas eu l’avantage d’entendre des observations à ce sujet, nous reportons à une autre occasion l’importante question de savoir si la doctrine de common law des objets bien en vue s’applique dans le contexte d’une fouille accessoire à une arrestation dans un domicile et, le cas échéant, de quelle façon elle s’applique. En raison de la concession au dossier, et des conclusions de la juge du procès, nous ne modifierions pas sa conclusion portant que la saisie était autorisée.

VII. Dispositif

[103] Pour les motifs exposés ci-dessus, la fouille dans la salle de séjour effectuée accessoirement à l’arrestation ne violait pas le droit que l’art. 8 de la *Charte* garantit à M. Stairs d’être protégé contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. Les policiers avaient des raisons de soupçonner qu’il y avait un risque relatif à la sécurité, auquel remédierait une inspection sommaire visuelle à des fins sécuritaires. De plus, la fouille était adaptée à son objectif — elle était ciblée, brève et restreinte. Les éléments de preuve trouvés lors de la fouille dans la salle de séjour ont donc été dûment admis au procès. Par conséquent, nous sommes d’avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges Karakatsanis, Brown et Martin rendus par

LA JUGE KARAKATSANIS (dissidente) —

I. Aperçu

[104] Lors d’une intervention faisant suite à un appel pour violence conjugale, des policiers ont arrêté Matthew Stairs dans son domicile, ont effectué une fouille dans son sous-sol et, dans le cadre d’une découverte n’ayant aucun lien avec la nature de l’arrestation ou le but de la fouille, ont saisi de la méthamphétamine trouvée derrière un canapé et à côté d’une table à café. Monsieur Stairs a par la suite été accusé de possession de drogues en vue d’en faire le trafic. Les juges majoritaires concluent que la fouille et les saisies sans mandat effectuées par les policiers respectaient l’art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Je ne suis pas de cet avis.

[105] A home is not only shelter — it is a personal refuge and a trove of personal information. It occupies a unique place in s. 8’s protections from unreasonable searches and seizures. Indeed, there is “no place on earth where persons can have a greater expectation of privacy” (*R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297, at para. 140). But privacy is not absolute, and must sometimes yield to competing law enforcement objectives. The question in this case is how to balance the two when police lawfully enter a home without a warrant, make an arrest, and seek to conduct a search incident to that arrest. Does the *Charter* require that special restrictions apply?

[106] The question turns on the application of the common law search incident to arrest doctrine, which ordinarily entitles police to search the person arrested and their immediate surroundings for safety purposes, to preserve evidence from destruction, or to discover evidence that could be used at trial. The power is unusual because, as the authority to search derives from the arrest, it authorizes warrantless searches without the need for reasonable grounds or even reasonable suspicion. Instead, police must only have “some reasonable basis” for the search (*R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51, at para. 20).

[107] Like my colleagues, I conclude that the common law sets too low a bar for searches incident to arrest inside a home. Privacy demands more. When officers seek to search a home for safety purposes — as they did here — the appropriate standard is reasonable suspicion of an imminent threat to police or public safety.

[108] Applied to this case, I conclude that the search and seizures were not justified. The police only searched the basement once Mr. Stairs had been handcuffed and the victim had gone upstairs,

[105] Le domicile n’est pas seulement un abri — c’est aussi un refuge personnel et une mine de renseignements personnels. Il occupe une place unique dans la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives que garantit l’art. 8. De fait, il n’y a « aucun endroit au monde où une personne possède une attente plus grande en matière de vie privée » (*R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297, par. 140). Toutefois, le droit au respect de la vie privée n’est pas absolu, et doit parfois céder le pas à des objectifs concurrents d’application de la loi. La question en l’espèce porte sur la façon de mettre en balance les deux facteurs lorsque les policiers entrent légalement dans une habitation sans mandat, font une arrestation et cherchent à procéder à une fouille accessoire à cette arrestation. La *Charte* exige-t-elle que des restrictions particulières s’appliquent?

[106] La question est axée sur l’application de la doctrine de common law relative aux fouilles accessoires à une arrestation, qui habilite normalement les policiers à procéder à une fouille de la personne arrêtée et de son environnement immédiat pour des raisons de sécurité, afin de préserver des éléments de preuve susceptibles d’être détruits ou de découvrir de nouveaux éléments de preuve qui pourraient être utilisés au procès. Ce pouvoir est inhabituel parce que, comme le pouvoir de procéder à une fouille découle de l’arrestation, il autorise les fouilles sans mandat sans que des motifs raisonnables ou même un soupçon raisonnable ne soient nécessaires. Les policiers ont plutôt seulement besoin d’un « motif raisonnable » pour procéder à la fouille (*R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51, par. 20).

[107] À l’instar de mes collègues, je conclus que la common law place la barre trop bas pour les fouilles accessoires à une arrestation dans une habitation. Le respect de la vie privée exige une norme plus élevée. Lorsque les policiers cherchent à procéder à une fouille dans une habitation pour des raisons de sécurité — comme ils l’ont fait en l’espèce — la norme qu’il convient d’appliquer est celle des soupçons raisonnables qu’il y a une menace imminente pour la sécurité des policiers ou du public.

[108] Appliquant ce cadre d’analyse à la présente affaire, je conclus que la fouille et les saisies n’étaient pas justifiées. Les policiers n’ont effectué une fouille dans le sous-sol qu’une fois que M. Stairs fût menotté

and absent any sign of weapons or other people. The searching officer gave no basis to ground a reasonable suspicion that anybody's safety was at risk following Mr. Stairs' arrest. The search and seizures were therefore unlawful and violated Mr. Stairs' s. 8 rights. I would exclude the evidence under s. 24(2), set aside Mr. Stairs' conviction, and enter an acquittal.

II. Facts

[109] Responding to a 9-1-1 call from a civilian who witnessed a driver assaulting his female passenger, Officers Brown, Vandervelde, and Martin found the car at a residential address and ran the licence plate. The car was associated with Matthew Stairs, an individual who carried cautions for escape risk, violence, and family violence. Receiving no answer at the front door, the officers looked through windows and, seeing nobody in the house, entered through an unlocked side door. On the main level, no lights were on, but they could see light and heard music coming from the basement. Officer Vandervelde saw Mr. Stairs run across the bottom of the stairwell and a woman emerged from the basement with her hands up, displaying fresh facial injuries. While Officer Martin attended to the woman upstairs, Officers Brown and Vandervelde entered the basement with weapons drawn and eventually coaxed Mr. Stairs out of the laundry room, where he had barricaded himself. Officer Brown arrested and searched him, finding only money on his person. Officer Vandervelde then did a "sweep" of the basement and, about 10 feet from the arrest, saw a transparent Tupperware container on the floor behind a couch, containing what looked like crystal methamphetamine. A ziplock bag next to a coffee table also appeared to contain methamphetamine. Police seized both items and also arrested the injured woman for drug possession.

[110] Mr. Stairs was charged with possession of a controlled substance for the purpose of trafficking,

et que la victime fût montée à l'étage, et ils l'ont fait en l'absence d'indices indiquant la présence d'armes ou d'autres personnes. L'agent ayant effectué la fouille n'a fourni aucun motif justifiant l'existence de soupçons raisonnables que la sécurité de quiconque était en danger à la suite de l'arrestation de M. Stairs. La fouille et les saisies étaient donc illégales et violaient les droits de M. Stairs garantis par l'art. 8. Je suis d'avis d'exclure la preuve en vertu du par. 24(2), d'annuler la déclaration de culpabilité de M. Stairs et d'inscrire un verdict d'acquiescement.

II. Faits

[109] Dans le cadre d'une intervention faisant suite à un appel au 9-1-1 d'un civil qui soutenait avoir vu un conducteur de voiture agresser sa passagère, les agents Brown, Vandervelde et Martin ont trouvé la voiture à une adresse résidentielle et ont vérifié la plaque d'immatriculation. La voiture était associée à Matthew Stairs, un individu faisant l'objet d'avertissements pour risque de fuite, violence et violence familiale. Les policiers, ne recevant aucune réponse à la porte avant, ont regardé par les fenêtres et, ne voyant personne dans la maison, sont entrés par une porte de côté non verrouillée. Au rez-de-chaussée, aucune lumière n'était allumée, mais ils pouvaient voir de la lumière et entendre de la musique provenant du sous-sol. L'agent Vandervelde a vu M. Stairs passer au bas de l'escalier en courant, et une femme ayant des blessures récentes au visage est arrivée du sous-sol avec les mains en l'air. Pendant que l'agent Martin s'occupait de la femme à l'étage, les agents Brown et Vandervelde sont descendus au sous-sol avec leur arme à la main et ont finalement convaincu M. Stairs de sortir de la salle de lavage, où il s'était barricadé. L'agent Brown l'a arrêté et fouillé, ne trouvant que de l'argent. L'agent Vandervelde a ensuite fait une « inspection visuelle » du sous-sol et, à environ 10 pieds de l'endroit où avait eu lieu l'arrestation, il a vu un contenant Tupperware transparent sur le plancher derrière un canapé, renfermant ce qui semblait être de la méthamphétamine en cristaux. Un sac ziplock à côté d'une table à café semblait aussi contenir de la méthamphétamine. Les policiers ont saisi les deux objets et ont aussi arrêté la femme blessée pour possession de drogues.

[110] Monsieur Stairs a été accusé de possession d'une substance réglementée en vue d'en faire le trafic

and challenged the admissibility of the drugs under s. 8 of the *Charter*. The trial judge dismissed his application, holding that police had lawfully arrested him, lawfully searched incident to arrest, and lawfully seized the evidence under the plain view doctrine (2018 ONSC 3747, 412 C.R.R. (2d) 95 (pre-trial application reasons)). A majority at the Ontario Court of Appeal agreed, holding that the search was authorized as a search incident to arrest, and the seizures of evidence were lawful under the plain view doctrine (2020 ONCA 678, 153 O.R. (3d) 32). Justice Nordheimer, dissenting, would have held that the search failed to satisfy the standard of “objectively verifiable necessity” for a warrantless search of a home (*R. v. MacDonald*, 2014 SCC 3, [2014] 1 S.C.R. 37, at para. 31). Mr. Stairs appeals to this Court as of right.

III. Analysis

[111] My reasons proceed in three parts. First, I consider the search incident to arrest power, and conclude that it authorizes a search where the officer reasonably *suspects* an imminent threat to police or public safety. Second, I consider the application of that standard to the evidence of this case, and conclude that the search and seizures were unlawful, and thus unconstitutional. Lastly, I consider s. 24(2) of the *Charter* and conclude that the evidence should be excluded and the appeal allowed.

A. *The Power to Search Incident to Arrest*

(1) Section 8 of the Charter

[112] Section 8 of the *Charter* confers the right “to be secure against unreasonable search or seizure”. A search or seizure is only reasonable, and thus constitutional, when (1) it is authorized by law; (2) the law itself is reasonable; and (3) the search or seizure was carried out reasonably (*R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 278). The scope of the right is determined by the underlying balance s. 8 strikes between privacy

et a contesté l’admissibilité en preuve des drogues sur le fondement de l’art. 8 de la *Charte*. La juge du procès a rejeté sa demande, concluant que les policiers l’avaient légalement arrêté, avaient légalement procédé à une fouille accessoire à l’arrestation et avaient légalement saisi les éléments de preuve au titre de la théorie des objets bien en vue (2018 ONSC 3747, 412 C.R.R. (2d) 95 (motifs relatifs à la demande préalable au procès)). Les juges majoritaires de la Cour d’appel de l’Ontario étaient aussi de cet avis, statuant que la fouille était autorisée à titre de fouille accessoire à l’arrestation, et que les saisies des éléments de preuve étaient légales en application de la théorie des objets bien en vue (2020 ONCA 678, 153 O.R. (3d) 32). Le juge Nordheimer, dissident, aurait conclu que la fouille ne satisfaisait pas à la norme de la « nécessité objectivement vérifiable » pour une fouille sans mandat dans une habitation (*R. c. MacDonald*, 2014 CSC 3, [2014] 1 R.C.S. 37, par. 31). Monsieur Stairs interjette appel de plein droit à la Cour.

III. Analyse

[111] Mes motifs comportent trois parties. Premièrement, j’examine le pouvoir de procéder à une fouille accessoire à une arrestation, et je conclus qu’une fouille est permise lorsque l’agent *soupçonne* raisonnablement qu’il y a une menace imminente pour la sécurité des policiers ou du public. Deuxièmement, j’étudie l’application de cette norme à la preuve en l’espèce, et je conclus que la fouille et les saisies étaient illégales, et donc inconstitutionnelles. Enfin, je me penche sur le par. 24(2) de la *Charte*, et je conclus que la preuve devrait être exclue et l’appel accueilli.

A. *Le pouvoir de procéder à une fouille accessoire à l’arrestation*

(1) Article 8 de la Charte

[112] L’article 8 de la *Charte* confère le droit « à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives ». Une fouille ou une saisie n’est raisonnable, et donc constitutionnelle, que (1) lorsqu’elle est autorisée par la loi; (2) la loi elle-même n’a rien d’abusif; et (3) la fouille ou la saisie n’ont pas été effectuées d’une manière abusive (*R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 278). La portée du droit est déterminée

interests and legitimate law enforcement objectives (*Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 159-60).

[113] Like other *Charter* rights, s. 8 is a restraint on state power; it “is not in itself an authorization for governmental action” (*Hunter*, at p. 156). In *Hunter*, the Court held that prior judicial authorization — a warrant — is a precondition to a valid search or seizure, failing which the search or seizure would be presumptively unconstitutional (p. 161). In entrusting the authorization to search to a judicial arbiter on a standard of reasonable and probable grounds, the warrant requirement “puts the onus on the state to demonstrate the superiority of its interest to that of the individual” and serves as a “means of preventing unjustified searches before they happen” (*Hunter*, at p. 160 (emphasis in original)).

[114] The warrant requirement is a foundational check on police powers, and a cornerstone of our constitutional order. Any exceptions should be “exceedingly rare” (*R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, at p. 527; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223, at p. 239). Still, obtaining a warrant is not always feasible. In exigent circumstances — often defined as an imminent threat to police or public safety, or a risk of the imminent loss or destruction of evidence — the police may be authorized to search or seize evidence without one (*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 487.11; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13, at para. 52). Such exceptions are justified not by diminished privacy interests, but by the pressing law enforcement objectives that overtake them when critical situations arise.

(2) Common Law Power to Search Incident to Arrest

[115] The police power to search incident to arrest is another common law exception to the warrant requirement. It is available where (1) the individual has been lawfully arrested; (2) the search is “truly

par l’équilibre sous-jacent qu’établit l’art. 8 entre les intérêts au respect de la vie privée et les objectifs légitimes des autorités d’application de la loi (*Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 159-160).

[113] À l’instar des autres droits garantis par la *Charte*, l’art. 8 restreint le pouvoir de l’État; il « n’autorise pas en soi le gouvernement à agir » (*Hunter*, p. 156). Dans l’arrêt *Hunter*, la Cour a conclu que l’autorisation judiciaire préalable — un mandat — est une condition préalable de la validité d’une fouille ou d’une saisie, faute de quoi la fouille ou la saisie sera tenue pour inconstitutionnelle (p. 161). Par l’attribution à un arbitre judiciaire de la responsabilité d’autoriser une fouille sur le fondement de motifs raisonnables et probables, l’exigence d’obtention d’un mandat « impose à l’État l’obligation de démontrer la supériorité de son droit par rapport à celui du particulier » et est un « moyen de prévenir les fouilles et les perquisitions injustifiées avant qu’elles ne se produisent » (*Hunter*, p. 160 (soulignement dans l’original)).

[114] L’exigence de mandat est un contrepoids fondamental aux pouvoirs des policiers, et une pierre angulaire de notre ordre constitutionnel. Toute exception devrait être « extrêmement rar[e] » (*R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, p. 527; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223, p. 239). Toutefois, il n’est pas toujours possible d’obtenir un mandat. En cas d’urgence — souvent défini comme une menace imminente à la sécurité des policiers ou du public, ou un risque de perte ou de destruction imminente d’éléments de preuve — les policiers pourraient être autorisés à procéder à une fouille ou à saisir les éléments de preuve sans mandat (*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 487.11; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13, par. 52). De telles exceptions sont justifiées non pas par des intérêts réduits au respect de la vie privée, mais par les objectifs pressants d’application de la loi, qui les dépassent lors de situations critiques.

(2) Pouvoir de common law d’effectuer une fouille accessoire à l’arrestation

[115] Le pouvoir des policiers d’effectuer une fouille accessoire à l’arrestation est une autre exception de common law à l’exigence de mandat. Ce pouvoir peut être exercé lorsque (1) la personne a été légalement

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. Saeed*, 2016 SCC 24, [2016] 1 S.C.R. 518, at para. 37). Its authority derives from the arrest itself; there is no independent need for reasonable and probable grounds (*Caslake*, at para. 13).

[116] The power is not unbounded. It only allows police to search the arrestee’s person and “to seize anything in his or her possession or immediate surroundings” (*Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158, at p. 180). And the “truly incidental to arrest” criterion requires two things. First, the search must relate to a valid law enforcement objective — protecting police or public safety, protecting evidence from destruction, or discovering evidence which could be used at trial — and must be subjectively and objectively reasonable in the circumstances (*Caslake*, at paras. 19 and 21). Second, the search must remain proximate in space and time to the arrest (*Caslake*, at para. 25). It is, in short, a “focussed power”, whose scope turns on the “particular circumstances of the particular arrest” (*R. v. Fearon*, 2014 SCC 77, [2014] 3 S.C.R. 621, at paras. 13 and 16). The objectives and scope of the search will depend on the nature of the offence and the circumstances of the arrest (*Caslake*, at para. 25).

[117] Notwithstanding the power’s limitations, the Court has remained cautious to prevent its overreach. The search incident to arrest power is an “extraordinary” one, not only because it permits warrantless searches, but because it may do so “in circumstances in which the grounds to obtain a warrant do not exist” (*Fearon*, at para. 16). In some cases, the Court has modified or tailored the common law framework to account for particularly compelling individual interests, restricting seizures of hair, buccal swabs, and teeth impressions (*R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607); strip searches (*R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679); cell phone searches (*Fearon*); and penile swabs (*Saeed*). The issue in this case is whether the strong privacy interests in a home also

arrêtée; (2) la fouille est « 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) la fouille n’est pas abusive (*R. c. Saeed*, 2016 CSC 24, [2016] 1 R.C.S. 518, par. 37). Le pouvoir découle de l’arrestation même; il n’est pas nécessaire d’établir indépendamment l’existence de motifs raisonnables et probables (*Caslake*, par. 13).

[116] Le pouvoir n’est pas sans limites. Il permet seulement aux policiers de fouiller la personne mise en état d’arrestation et « de saisir les objets en sa possession ou dans son entourage immédiat » (*Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158, p. 180). De plus, le critère selon lequel la fouille doit être « véritablement accessoire à l’arrestation » exige deux choses. Premièrement, la fouille doit se rapporter à un objectif valable d’application de la loi — protéger la sécurité des policiers ou du public, empêcher la destruction d’éléments de preuve ou découvrir des éléments de preuve qui pourront être utilisés au procès — et elle doit être subjectivement et objectivement raisonnable dans les circonstances (*Caslake*, par. 19 et 21). Deuxièmement, la fouille doit avoir lieu à proximité de l’arrestation sur les plans temporel et spatial (*Caslake*, par. 25). En bref, il s’agit d’un « pouvoir précis », dont la portée est tributaire des « circonstances particulières de l’arrestation précise » (*R. c. Fearon*, 2014 CSC 77, [2014] 3 R.C.S. 621, par. 13 et 16). Les objectifs et l’étendue de la fouille dépendront de la nature de l’infraction et des circonstances de l’arrestation (*Caslake*, par. 25).

[117] Malgré les limites de ce pouvoir, la Cour est demeurée prudente afin d’empêcher qu’il ait une portée excessive. Le pouvoir de procéder à une fouille accessoire à l’arrestation est « extraordinaire », non seulement parce qu’il permet les fouilles sans mandat, mais aussi parce qu’il peut le faire « dans des circonstances où il n’existe aucun motif pour obtenir un mandat » (*Fearon*, par. 16). Dans certains cas, la Cour a modifié ou adapté le cadre d’analyse de common law pour tenir compte d’intérêts individuels particulièrement impérieux, comme dans le cas de saisies de cheveux, de prélèvements dans la bouche et d’empreintes dentaires (*R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607); de fouilles à nu (*R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679); de fouilles de téléphones cellulaires (*Fearon*); et de

call for modifications to the exercise of this common law power.

(3) Searches in a Home

[118] To answer that question, s. 8 requires that the privacy interests in a home and law enforcement interests be balanced.

(a) *Privacy Interests*

[119] For centuries, the law has recognized that every person’s home is their sanctuary (*Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739, at p. 743). Long a central restraint on state intrusions, the legal status of privacy in one’s home “significantly increased in importance with the advent of the *Charter*” (*Feeney*, at para. 43). Today, there is no doubt that individuals have strong privacy interests in a home (*Silveira*, at para. 140; *Feeney*, at para. 43; *R. v. Godoy*, [1999] 1 S.C.R. 311, at para. 19; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, at para. 22; *MacDonald*, at para. 26; *R. v. Paterson*, 2017 SCC 15, [2017] 1 S.C.R. 202, at para. 46; *R. v. Reeves*, 2018 SCC 56, [2018] 3 S.C.R. 531, at para. 24). And this is true not only of arrested persons, but of other occupants, including in areas or items under shared control (*Reeves*, at para. 37). However brief or circumscribed, police searches in homes threaten those compelling and comprehensive privacy interests and the interests that underlie them — dignity, integrity and autonomy (*R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, at p. 293) — all of which are vital to human flourishing.

[120] My colleagues recognize that the privacy interests in a home are high (para. 49). But unlike them, I find it unhelpful to compare privacy in a home to a strip search or obtaining bodily samples (para. 51). Privacy interests come in different forms — whether personal, territorial, or informational (*Tessling*, at para. 20) — which are not easily equated. The focus

prélèvements par écouvillonnage du pénis (*Saeed*). La question en l’espèce est de savoir si les intérêts considérables au respect de la vie privée dans une habitation commandent aussi des modifications à l’exercice de ce pouvoir de common law.

(3) Fouilles dans une habitation

[118] Pour répondre à cette question, l’art. 8 exige la mise en balance des intérêts au respect de la vie privée dans une habitation, d’une part, et des intérêts d’application de la loi, d’autre part.

a) *Intérêts au respect de la vie privée*

[119] Pendant des siècles, la loi a reconnu que la maison de chacun est son sanctuaire (*Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739, p. 743). Représentant depuis longtemps une contrainte majeure aux intrusions de l’État, la consécration juridique de l’intimité du foyer « s’est [. . .] considérablement accrue avec l’adoption de la *Charte* » (*Feeney*, par. 43). Aujourd’hui, il ne fait aucun doute que les gens ont des intérêts considérables au respect de la vie privée dans leur domicile (*Silveira*, par. 140; *Feeney*, par. 43; *R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311, par. 19; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, par. 22; *MacDonald*, par. 26; *R. c. Paterson*, 2017 CSC 15, [2017] 1 R.C.S. 202, par. 46; *R. c. Reeves*, 2018 CSC 56, [2018] 3 R.C.S. 531, par. 24). Cela vaut non seulement pour les personnes arrêtées, mais aussi pour les autres occupants, et comprend les espaces ou les choses faisant l’objet d’un contrôle partagé (*Reeves*, par. 37). Même si elles sont brèves ou circonscrites, les fouilles effectuées par les policiers dans des habitations menacent ces vastes intérêts impérieux au respect de la vie privée et les intérêts qui les sous-tendent — la dignité, l’intégrité et l’autonomie (*R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, p. 293) — qui sont tous essentiels à l’épanouissement humain.

[120] Mes collègues reconnaissent que les intérêts au respect de la vie privée dans une habitation sont considérables (par. 49). Toutefois, contrairement à eux, je ne trouve pas utile de comparer la vie privée dans une habitation à une fouille à nu ou à l’obtention d’échantillons de substances corporelles (par. 51). Les intérêts au respect de la vie privée prennent différentes

in tailoring the common law framework is to reconcile the specific privacy interests at issue with the specific law enforcement interests that counterbalance them. Whether a search of a home could be more or less invasive than body, cellphone or car searches is, in this respect, tangential; the key questions are when and how the undoubtedly strong privacy interests in a home ought to yield to varying policing objectives.

[121] Put simply, a home is the setting of individuals' innermost lives: at once a shield from the outside world and a biographical record, its sanctity is indispensable. Without it, personal privacy, dignity, integrity and autonomy would suffer. The high weight placed on a person's security in their home, then, stands as a "bulwark" of protection, which "affords the individual a measure of privacy and tranquillity against the overwhelming power of the state" (*Silveira*, at para. 41, per La Forest J., dissenting, but not on this point).

(b) *Law Enforcement Objectives*

[122] While privacy interests in a home are significant, so too are the interests in protecting police and public safety. Police must be able to address the hazards that may arise in unfamiliar, and potentially hostile, environments, not least when investigating volatile offences like domestic violence. The cost of inadequate measures to protect safety "can be very high indeed", and it would be unreasonable to "ask the police to place themselves in potentially dangerous situations" without equipping them to take reasonable defensive steps (*R. v. Golub* (1997), 34 O.R. (3d) 743 (C.A.), at p. 757). Depending on the circumstances of the arrest, police may also need to assist others on the scene, including children.

formes — ils peuvent avoir trait à la personne, aux lieux ou à l'information (*Tessling*, par. 20) — et ne peuvent être mis sur le même pied. L'adaptation du cadre d'analyse de common law vise à concilier les intérêts précis au respect de la vie privée en cause avec les intérêts précis d'application de la loi qui leur font contrepoids. La question de savoir si une fouille dans une habitation serait plus ou moins attentatoire qu'une fouille corporelle ou une fouille de téléphone cellulaire ou de voiture relève donc de la digression; les principales questions sont de savoir à quel moment et de quelle façon les intérêts indubitablement considérables au respect de la vie privée dans une habitation doivent céder le pas à divers objectifs policiers.

[121] En bref, le domicile est le lieu où se déroulent les activités les plus intimes des gens : il est à la fois un abri contre le monde extérieur et un dossier biographique et son caractère sacré, sans lequel la vie privée, la dignité, l'intégrité et l'autonomie seraient durement touchées, est indispensable. La grande importance accordée à la sécurité d'une personne dans son domicile agit donc comme « rempart » de protection, qui « procure à l'individu une certaine mesure de vie privée et de tranquillité vis-à-vis du pouvoir atterrant de l'État » (*Silveira*, par. 41, le juge La Forest, dissident, mais pas sur ce point).

b) *Objectifs d'application de la loi*

[122] Bien que les intérêts au respect de la vie privée dans une habitation soient importants, les intérêts à la protection de la sécurité des policiers et du public le sont tout autant. Les policiers doivent pouvoir parer aux risques susceptibles de se présenter dans des environnements inconnus et potentiellement hostiles, surtout lorsqu'ils enquêtent sur des infractions survenant dans des contextes instables, comme la violence familiale. Le coût des mesures inadéquates pour protéger la sécurité [TRADUCTION] « peut en effet être très élevé », et il ne serait pas raisonnable de « demander aux policiers de se placer dans des situations potentiellement dangereuses » sans qu'ils soient outillés pour prendre des mesures de défense raisonnables (*R. c. Golub* (1997), 34 O.R. (3d) 743 (C.A.), p. 757). Selon les circonstances de l'arrestation, il est aussi possible que les policiers doivent aider d'autres personnes sur les lieux, comme des enfants.

[123] To be sure, the law enforcement interests engaged by home searches in the domestic violence context may cut both ways. Police searches may revictimize victims or uncover evidence of unrelated offences, which may discourage individuals from reporting. That is a particular concern in domestic violence, one of whose “hallmarks” is its private nature (*Godoy*, at para. 21). Again, this case is illustrative: shortly after arresting Mr. Stairs, police arrested the victim herself for drug possession. Victims of domestic violence are often reluctant to seek police assistance and reluctant to cooperate when police arrive. Overly broad search powers can only compound that reluctance.

[124] Still, both sides of the scale carry significant weight when police encounter safety concerns in a home. While the nature of privacy interests in a private home usually justifies a higher threshold, safety concerns pull strongly in the other direction. Clearly, a right to search on a “reasonable basis” alone would give little effect to the powerful privacy interest. Yet a search power couched in undue restrictions could imperil police or the public. Balancing the two objectives under s. 8, I agree that reasonable suspicion is an appropriate standard for searches based on safety, where police believe there may be an imminent threat to the police or others.

[125] In reaching this conclusion, it follows that I would reject the submissions of Mr. Stairs, and the conclusion of the dissenting justice below (paras. 76-78) that s. 8 requires a standard of reasonable belief in imminent harm in this context. But although I agree with my colleagues that reasonable belief — that is, reasonable and probable grounds (*Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416, at pp. 446-47) — sets too high a bar, I do not agree that the requirement that a safety

[123] Certes, les intérêts d’application de la loi en jeu lors d’une fouille dans une habitation dans un contexte de violence familiale peuvent jouer dans les deux sens. Les fouilles effectuées par les policiers pourraient accabler davantage les victimes ou mettre au jour des éléments de preuve relatifs à des infractions non liées, ce qui peut décourager les gens de faire un signalement. Il s’agit d’un motif particulier de préoccupation dans le cas de la violence familiale, un de ces « traits spécifiques » étant son caractère privé (*Godoy*, par. 21). La présente affaire sert d’illustration : peu après l’arrestation de M. Stairs, les policiers ont arrêté la victime elle-même pour possession de drogues. Les victimes de violence familiale sont souvent réticentes à demander l’aide des policiers et à coopérer avec eux lorsqu’ils arrivent sur les lieux. Des pouvoirs de fouille trop vastes ne peuvent qu’aggraver cette réticence.

[124] Cependant, les deux côtés de la médaille ont beaucoup d’importance lorsque les policiers font face à des préoccupations concernant la sécurité dans une habitation. Bien que la nature des intérêts au respect de la vie privée dans une habitation privée justifie habituellement un critère plus exigeant, les préoccupations concernant la sécurité pointent résolument dans l’autre direction. Manifestement, le droit d’effectuer une fouille sur le fondement d’un seul « motif raisonnable » ne donnerait que peu d’effet au puissant intérêt au respect de la vie privée. Toutefois, un pouvoir d’effectuer une fouille formulé en restrictions indues pourrait mettre en danger les policiers ou le public. Mettant en balance les deux objectifs eu égard à l’art. 8, j’estime que la norme des soupçons raisonnables est la norme qu’il convient d’appliquer aux fouilles fondées sur la sécurité, lorsque les policiers croient qu’il pourrait y avoir menace imminente pour eux ou d’autres personnes.

[125] Puisque je tire cette conclusion, il s’ensuit que je rejette les observations de M. Stairs ainsi que la conclusion du juge dissident en Cour d’appel (par. 76-78) portant que l’art. 8 exige une norme de croyance raisonnable qu’un préjudice est imminent dans ce contexte. Toutefois, bien que je sois d’accord avec mes collègues pour dire que la croyance raisonnable — c’est-à-dire, les motifs raisonnables et probables (*Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416,

risk be imminent should be rejected (Moldaver and Jamal JJ.’s reasons, at para. 77). The safety risks that arise from an arrest in a home, for which a warrant cannot feasibly be procured, will generally be imminent. While this requirement may indeed overlap or “restate the exigency exception” (para. 77), consistency with other legal standards is not a reason to define this one more expansively. Imminence is a useful concept because it defines those circumstances where obtaining a warrant is not feasible. It signals that if police can get a warrant before searching a home, they should do so.

(c) *Summary*

[126] In sum, the strong privacy interests in a home call for modifying the common law standard for search incident to arrest when the arrest occurs in a home. That balance is best struck by authorizing police to conduct a search incident to arrest when they reasonably *suspect* there is an imminent threat to the safety of police or the public. As it was not argued, I would leave for another day the question of whether searches for evidence inside a home incident to arrest are permissible under s. 8.

(4) The Reasonable Suspicion Standard

[127] I agree with my colleagues’ overview of the reasonable suspicion standard. Some points, however, warrant emphasis.

[128] While reasonable suspicion is a relatively low threshold imposed by the courts to meet s. 8 of the *Charter*, it still requires the officers to articulate some basis to suspect safety may be at risk. As in other searches incident to arrest, they must have both subjective *and* objective grounds for the search (*Caslake*, at para. 21). And those grounds must correspond — officers “cannot rely on the fact

p. 446-447) — place la barre trop haut, je ne crois pas qu’il faut rejeter l’exigence voulant qu’un risque pour la sécurité soit imminent (motifs des juges Moldaver et Jamal, par. 77). Les risques pour la sécurité qui se présentent lors d’une arrestation dans une habitation, pour laquelle un mandat ne peut être obtenu, seront généralement imminents. Même si cette exigence peut effectivement chevaucher l’exception relative à l’urgence ou en constituer une « reformulation » (par. 77), la cohérence avec les autres normes juridiques ne justifie pas de définir celle-ci de façon plus large. L’imminence est un concept utile parce qu’elle définit les circonstances où l’obtention d’un mandat n’est pas faisable. Elle indique que si les policiers peuvent obtenir un mandat avant de procéder à une fouille dans une habitation, ils devraient le faire.

c) *Résumé*

[126] En somme, les intérêts considérables au respect de la vie privée dans une habitation commandent la modification de la norme de common law relative aux fouilles accessoires à l’arrestation lorsque celle-ci a lieu dans une habitation. Cet équilibre est établi en autorisant les policiers à effectuer une fouille accessoire à l’arrestation lorsqu’ils *soupçonnent* raisonnablement qu’il y a une menace imminente pour la sécurité des policiers ou du public. Comme cet argument n’a pas été avancé, je remets à une autre occasion l’analyse de la question de savoir si les fouilles visant la découverte d’éléments de preuve dans une habitation, effectuées accessoirement à une arrestation, sont permises aux termes de l’art. 8.

(4) La norme des soupçons raisonnables

[127] Je souscris à l’aperçu que brossent mes collègues de la norme des soupçons raisonnables. Toutefois, certains points méritent d’être soulignés.

[128] Bien que la norme des soupçons raisonnables soit une norme relativement peu exigeante imposée par les tribunaux en vue du respect de l’art. 8 de la *Charte*, elle exige néanmoins que les policiers aient certaines raisons de soupçonner qu’il pourrait y avoir un risque pour la sécurité. Comme pour les autres fouilles accessoires à l’arrestation, ils doivent avoir à la fois des motifs subjectifs *et* objectifs pour

that, objectively, a legitimate purpose for the search existed when that is not the purpose for which they searched” (*Caslake*, at para. 27). The court’s task is to examine the evidence of the *actual* reasons for the search — and not whether reasonable suspicion could have justified the search.

[129] In *R. v. Chehil*, 2013 SCC 49, [2013] 3 S.C.R. 220, the Court outlined several principles to guide the reasonable suspicion standard’s application. As my colleagues note, reasonable suspicion:

- is “based on objectively discernible facts, which can then be subjected to independent judicial scrutiny [that] is exacting, and must account for the totality of the circumstances” (*Chehil*, at para. 26);
- is a higher standard than “mere suspicion” but lower than reasonable and probable grounds — it engages “reasonable possibility, rather than probability” (paras. 26-27, citing *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456, at para. 75); and
- is “fact-based, flexible, and grounded in common sense and practical, everyday experience” (para. 29).

[130] My colleagues also explain that reasonable suspicion does not permit searches “based on generalized concerns arising from the arrest” (para. 67). Indeed, in *Chehil* the Court was clear that an “exacting” review of the basis for a search must be tied to the specific facts in question. Citing the need for “a sufficiently particularized constellation of factors”, the Court explained that a “constellation of factors will not be sufficient to ground reasonable suspicion where it amounts merely to a ‘generalized’ suspicion” (para. 30). And while recognizing the importance of officer training and experience in the assessment, it cautioned against allowing those factors to overwhelm the inquiry:

procéder à une fouille (*Caslake*, par. 21), et ces motifs doivent correspondre — les policiers « ne peuvent pas invoquer le fait que, objectivement, il existait un motif légitime de procéder à la fouille, alors que ce n’est pas le motif pour lequel ils ont procédé à cette fouille » (*Caslake*, par. 27). La tâche du tribunal est d’examiner la preuve des motifs *réels* justifiant la fouille — et non de se demander si des soupçons raisonnables auraient pu justifier la fouille.

[129] Dans l’arrêt *R. c. Chehil*, 2013 CSC 49, [2013] 3 R.C.S. 220, la Cour a énoncé plusieurs principes servant à guider l’application de la norme des soupçons raisonnables. Comme le notent mes collègues, la norme des soupçons raisonnables :

- est « fondé[e] sur des faits objectivement discernables, qui peuvent ensuite être soumis à l’examen judiciaire indépendant [lequel] est rigoureux et doit prendre en compte l’ensemble des circonstances » (*Chehil*, par. 26);
- est une norme plus rigoureuse que celle des « simples soupçons », mais moins que celle des motifs raisonnables et probables — elle évoque la « possibilité — plutôt que la probabilité — raisonnable d’un crime » (par. 26-27, citant *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456, par. 75);
- doit « s’appuyer sur des faits, être souple et relever du bon sens et de l’expérience pratique quotidienne » (par. 29).

[130] Mes collègues expliquent aussi que la norme des soupçons raisonnables ne permet pas les fouilles « fondées sur des préoccupations généralisées découlant de l’arrestation » (par. 67). De fait, dans l’arrêt *Chehil*, la Cour a bien précisé qu’un examen « rigoureux » des raisons justifiant la fouille doit être lié aux faits précis en question. Citant la nécessité d’un « ensemble de facteurs suffisamment spécifiques », la Cour a expliqué qu’un « ensemble de facteurs ne suffira pas à justifier des soupçons raisonnables lorsqu’ils équivalent simplement à des soupçons “généraux” » (par. 30). Bien qu’elle reconnaisse l’importance de la formation et de l’expérience des policiers dans l’appréciation, il ne faut pas, avertit-elle, que ces facteurs envahissent l’analyse :

An officer’s training and experience may provide an objective experiential, as opposed to empirical, basis for grounding reasonable suspicion. However, this is not to say that hunches or intuition grounded in an officer’s experience will suffice, or that deference is owed to a police officer’s view of the circumstances based on her training or experience in the field A police officer’s educated guess must not supplant the rigorous and independent scrutiny demanded by the reasonable suspicion standard. [Emphasis added; citation omitted; para. 47.]

[131] I agree with my colleagues that the factors enumerated in *Golub* in the context of a safety search — including the “nature of the apprehended risk, the potential consequences of not taking protective measures, the availability of alternative measures, and the likelihood of the contemplated danger actually existing” (*Golub*, at p. 758) — are a helpful guide to assessing when a risk will give rise to reasonable suspicion. Ultimately, the task for the courts is, in each case, to apply the standard in light of the specific evidence before them, focusing on the reasons actually relied on by the officer. When the police lack a sufficient justification for a search, it is not the role of the Crown or the judge to supply one after the fact. The issue is whether the search was constitutional at the time it was carried out.

(5) The Scope of Safety Searches Inside a Home

[132] Alongside the reasonable suspicion standard, the permissible scope of a search serves as another limitation on the police’s ability to conduct a search incident to arrest inside a home. This constrains searches in two ways: by the nature of the concerns animating the arrest, and by the need for temporal and spatial proximity between the search and the arrest.

[133] Just as the authority for a search incident to arrest derives from the arrest itself, a “search is only justifiable if the purpose of the search is related to the purpose of the arrest” (*Caslake*, at para. 17; see also para. 13). An arrest that only gives rise to safety

La formation et l’expérience du policier peuvent fournir un fondement expérientiel, plutôt qu’empirique, aux soupçons raisonnables. Toutefois, il ne s’ensuit pas que l’intuition fondée sur l’expérience du policier suffira ou que le point de vue de ce dernier sur les circonstances commandera la déférence [. . .] Une supposition éclairée ne saurait supplanter l’examen rigoureux et indépendant qu’exige la norme des soupçons raisonnables. [Je souligne; référence omise; par. 47.]

[131] Je suis d’accord avec mes collègues que les facteurs énumérés dans l’arrêt *Golub* dans le contexte d’une fouille de sécurité — notamment la [TRADUCTION] « nature du risque appréhendé, les conséquences potentielles de l’absence de prise de mesures de protection, l’existence d’autres mesures et la probabilité que le danger envisagé existe réellement » (*Golub*, p. 758) — aident à évaluer si un risque donnera lieu à un soupçon raisonnable. En fin de compte, la tâche des tribunaux consiste, dans chaque cas, à appliquer la norme eu égard à la preuve précise dont ils sont saisis, en se concentrant sur les raisons invoquées par le policier. Lorsque la justification donnée par les policiers concernant la fouille n’est pas suffisante, ce n’est pas le rôle de la Couronne ou du juge d’en trouver une après le fait. Il faut se demander si la fouille était constitutionnelle au moment où elle a été effectuée.

(5) L’étendue des fouilles de sécurité dans une habitation

[132] En parallèle à la norme des soupçons raisonnables, l’étendue acceptable d’une fouille représente une autre limite à la capacité des policiers de procéder à une fouille accessoire à l’arrestation dans une habitation. Elle limite les fouilles de deux façons : par la nature des préoccupations qui sous-tendent l’arrestation, et par la nécessité qu’il y ait une proximité sur les plans temporel et spatial entre la fouille et l’arrestation.

[133] Tout comme le pouvoir d’effectuer une fouille accessoire à l’arrestation découle de l’arrestation elle-même, une « fouille ne peut se justifier que si son but est lié à celui de l’arrestation » (*Caslake*, par. 17; voir aussi par. 13). Une arrestation qui ne

concerns cannot, without more, authorize a search for matters unrelated to safety — in an arrest for traffic violations, for instance, “once the police have ensured their own safety, there is nothing that could properly justify searching any further” (*Caslake*, at para. 22). Similarly, a warrantless arrest in a home that leads officers to reasonably suspect a need to neutralize threats, or to locate and assist victims, only allows them to conduct a search consistent with those particular concerns. There must be a purposive link to the nature of the arrest.

[134] A search that falls within those parameters must also be spatially and temporally proximate to the arrest. An arrest cannot lead the police too far afield. Spatially, this Court has said the items or places searched must fall within the “immediate surroundings” of the arrest (*Cloutier*, at p. 180). And although this Court has resisted setting “strict limit[s] on the amount of time that can elapse between the time of search and the time of arrest”, police must, depending on the facts, conduct the search “within a reasonable period of time after the arrest” (*Caslake*, at paras. 16 and 24). Obviously, these limits are particularly important in a home.

[135] I would not adopt, as my colleagues do, the American distinction between “areas inside and outside the arrested person’s physical control” (paras. 62-64). In our jurisprudence a search incident to arrest has always been framed as the authority to search the person arrested and their immediate surroundings. In defining where the modified framework applies inside a home, I would distinguish between the arrestee’s person and their immediate surroundings. This is because a search of an arrestee’s person (the ubiquitous “frisk” search) does not implicate their privacy interests *in the home* — they have the same personal privacy interests at home as in public. Areas beyond their person, however, engage broader territorial and informational interests which, in a home, are significant. The distinction based on a zone inside the arrested person’s control was not argued,

donne lieu qu’à des préoccupations liées à la sécurité ne peut, sans plus, autoriser une fouille pour des questions non liées à la sécurité — par exemple, lors d’une arrestation pour infractions au code de la route, « dès que les policiers ont fait ce qu’il faut pour assurer leur propre sécurité, rien ne peut justifier de fouiller davantage » (*Caslake*, par. 22). De même, une arrestation sans mandat dans une habitation qui mène les policiers à soupçonner raisonnablement qu’ils doivent neutraliser des menaces, ou trouver et aider des victimes, ne leur permet que d’effectuer une fouille conforme à ces préoccupations particulières. Il doit y avoir un lien téléologique avec la nature de l’arrestation.

[134] Une fouille qui relève de ces paramètres doit aussi être à proximité de l’arrestation sur les plans spatial et temporel. Une arrestation ne peut mener les policiers trop loin. Sur le plan spatial, la Cour a affirmé que les objets ou les endroits faisant l’objet d’une fouille doivent faire partie de « [l’]entourage immédiat » de l’arrestation (*Cloutier*, p. 180). Et même si la Cour s’est abstenue de « limiter strictement le délai qui peut s’écouler entre la fouille et l’arrestation », les policiers doivent, selon les faits, effectuer la fouille « dans un délai raisonnable après l’arrestation » (*Caslake*, par. 16 et 24). Évidemment, ces limites sont particulièrement importantes dans une habitation.

[135] Je n’adopterais pas, comme le font mes collègues, la distinction américaine entre « les espaces relevant du contrôle physique de la personne arrêtée et ceux se trouvant hors du contrôle physique de celle-ci » (par. 62-64). Dans notre jurisprudence, la fouille accessoire à une arrestation a toujours été présentée comme le pouvoir de fouiller une personne arrêtée et son environnement immédiat. En déterminant les cas où le cadre d’analyse modifié s’applique dans une habitation, j’établirais une distinction entre la personne arrêtée et son environnement immédiat, parce que la fouille d’une personne arrêtée (la très répandue fouille « par palpation ») ne met pas en jeu ses intérêts au respect de la vie privée *dans son domicile* — elle a les mêmes intérêts au respect de sa vie privée personnelle dans son domicile qu’en public. Les espaces au-delà de sa personne, toutefois, font

its adoption is unnecessary, and it complicates the search incident to arrest framework.

[136] In rare situations where safety concerns arise independently from the arrest, other doctrines may also apply. The common law police duty to protect life and safety, for instance, may justify police in carrying out a warrantless safety search in circumstances of “objectively verifiable necessity” (*MacDonald*, at paras. 40-41). But those searches, too, cannot be “unbridled” (para. 41). They too must be conducted in a manner that reflects their purpose, namely to do what is “reasonably *necessary*” to allay the apprehended threat (para. 47 (emphasis in original)).

[137] Clearly, not all safety concerns are alike. As with determining whether the reasonable suspicion standard has been satisfied, the scope of a search will depend on a particularized assessment of the facts before the police. But given that searches incident to arrest inside a home require an imminent safety risk, their scope will, in my view, often be limited. This is consistent with the power’s exceptional status under s. 8. Though “an invaluable tool in the hands of the police”, searches incident to arrest “inevitably intrude on an individual’s privacy interests” (*Saeed*, at para. 1). They should intrude no more than necessary. In a home more than anywhere else, it ought to remain a “focussed power” (*Fearon*, at para. 16).

B. Application

[138] Applied to this case, I conclude that the search and the seizures fell outside the scope of the common law police powers and were therefore unconstitutional.

intervenir des intérêts territoriaux et informationnels plus larges qui, dans un domicile, sont importants. La distinction fondée sur une zone relevant du contrôle de la personne arrêtée n’ayant pas été invoquée, son adoption est inutile, et elle complique le cadre d’analyse concernant les fouilles accessoires à l’arrestation.

[136] Dans les rares cas où des préoccupations relatives à la sécurité surviennent indépendamment de l’arrestation, d’autres principes peuvent aussi s’appliquer. Le devoir de common law qu’ont les policiers de protéger la vie et la sécurité, par exemple, peut justifier que ceux-ci effectuent une fouille de sécurité sans mandat dans des situations dont la « nécessité est objectivement vérifiable » (*MacDonald*, par. 40-41). Cependant, de telles fouilles ne peuvent pas être « absolu[es] » (par. 41). Elles doivent elles aussi être effectuées d’une manière qui reflète leur objet, c’est-à-dire faire ce qui est « raisonnablement *nécessaire* » pour dissiper la menace appréhendée (par. 47 (en italique dans l’original)).

[137] Il est évident que les préoccupations relatives à la sécurité ne sont pas toutes identiques. Comme lorsque l’on détermine s’il a été satisfait à la norme des soupçons raisonnables, l’étendue d’une fouille dépendra d’une appréciation ciblée des faits auxquels faisaient face les policiers. Cependant, vu que les fouilles accessoires à une arrestation dans une habitation exigent qu’il y ait un risque imminent pour la sécurité, leur étendue sera, à mon avis, souvent limitée. Cette conclusion est conforme au statut d’exception du pouvoir au titre de l’art. 8. Bien qu’il s’agisse d’un « outil d’une valeur inestimable pour les policiers », les fouilles accessoires à une arrestation « portent inévitablement atteinte à la vie privée d’un individu » (*Saeed*, par. 1). Les fouilles ne devraient porter atteinte à la vie privée que dans la mesure nécessaire. Dans un domicile plus que n’importe où ailleurs, ce pouvoir doit demeurer un « pouvoir précis » (*Fearon*, par. 16).

B. Application

[138] Appliquant ces principes à la présente affaire, je conclus que la fouille et les saisies ne relevaient pas des pouvoirs de common law de la police et étaient donc inconstitutionnelles.

[139] Officer Vandervelde, the officer who discovered the drugs, searched Mr. Stairs' basement to identify hazards or other people — that is, for safety. There is thus no dispute that police had “one of the purposes for a valid search incident to arrest in mind when the search [was] conducted” (*Caslake*, at para. 19). The question is whether the search — which turned up evidence that was unrelated to the reasons for the arrest or the nature of the search — was subjectively and objectively reasonable on the standard of reasonable suspicion.

[140] The trial judge's reasoning on this point was brief. Applying the unmodified common law search incident to arrest framework, she concluded that the search was both subjectively and objectively reasonable:

The search had a valid objective. Vandervelde testified that he searched to make sure no one else was there and that there were no other hazards. This is reasonable. Both the male and the female had come from the living room area. Neither Brown nor Vandervelde could see fully into the living room as they descended the stairs. The quick sweep as they descended the stairs did not fully address safety concerns. As set out above, there were parts of the living room they could not see. [para. 282]

[141] The majority at the Court of Appeal reached the same conclusions:

In the end, the police were able to articulate why they had safety concerns. That articulation made sense. They had descended into a basement where they had never been before, in a house they had never been in before. While the 9-1-1 caller said that there were two people in the car that he observed, that did not mean there were only two people in the home. Nor did it mean that there were no other safety concerns hiding around corners.

In particular, the police could not see behind the sofa from the doorway to the living room. It was not unreasonable to take a quick visual scan of the room in the circumstances.

[139] L'agent Vandervelde, qui a découvert les drogues, a effectué une fouille dans le sous-sol de M. Stairs pour voir s'il y avait des dangers ou d'autres personnes — c'est-à-dire, pour des raisons de sécurité. Nul ne conteste que les policiers avaient « à l'esprit l'un des objectifs d'une fouille valide effectuée accessoirement à une arrestation lorsqu'ils [ont] proc[édé] à la fouille » (*Caslake*, par. 19). La question est de savoir si la fouille — qui a révélé des éléments de preuve qui n'avaient aucun lien avec les motifs de l'arrestation ou la nature de la fouille — était subjectivement et objectivement raisonnable selon la norme des soupçons raisonnables.

[140] Le raisonnement de la juge du procès sur ce point était bref. Appliquant le cadre d'analyse non modifié de common law concernant les fouilles accessoires à l'arrestation, elle a conclu que la fouille était à la fois subjectivement et objectivement raisonnable :

[TRADUCTION] La fouille avait un objectif valable. L'agent Vandervelde a témoigné qu'il avait effectué une fouille pour s'assurer qu'il n'y avait personne d'autre et aucun autre danger dans la pièce, ce qui est raisonnable. L'homme et la femme étaient arrivés de la salle de séjour. Ni l'agent Brown ni l'agent Vandervelde ne pouvaient voir complètement la salle de séjour lorsqu'ils descendaient l'escalier. L'inspection rapide effectuée alors qu'ils descendaient l'escalier ne pouvait écarter toutes les préoccupations relatives à la sécurité. Comme il a été indiqué plus tôt, les agents ne pouvaient pas voir certaines parties de la salle de séjour. [par. 282]

[141] Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont tiré les mêmes conclusions :

[TRADUCTION] En fin de compte, les policiers ont été en mesure d'exprimer pourquoi ils avaient des préoccupations relatives à la sécurité, et cette explication était sensée. Ils sont descendus dans un sous-sol où ils n'étaient jamais allés auparavant, dans une maison où ils n'étaient jamais allés. Bien que la personne ayant appelé le 9-1-1 ait dit qu'il y avait deux personnes dans la voiture, cela ne signifiait pas qu'il y avait seulement deux personnes dans la maison; cela ne voulait pas non plus dire qu'il n'y avait aucun autre risque pour la sécurité caché dans les coins.

Plus précisément, les policiers ne pouvaient pas voir derrière le canapé à partir de l'embrasure de la porte de la salle de séjour. Il n'était pas déraisonnable de faire une

They had a person in handcuffs and needed to ascend the stairs, which were located right beside the living room, to safely get him out of the residence, all while the female remained on the first floor. The fact that the methamphetamine was sitting out in plain view meant that it could be seized. [paras. 67-68]

[142] My colleagues find that it was “open to the trial judge to conclude that the police subjectively believed there was a safety risk”, since the officers testified they searched to ensure no other people or hazards were present (para. 85). And they explain that the search was objectively reasonable for two main reasons. First, the dynamic before and during the arrest was “volatile and rapidly changing” (para. 87). The police entered the home fearing the assault was ongoing, encountered the victim with “fresh injuries to her face” (para. 88) and entered the basement with weapons drawn (para. 89). Meanwhile, Mr. Stairs — who police knew had a history of violence — disobeyed police commands and “barricad[ed] himself in the laundry room” (para. 88). Second, police arrested Mr. Stairs for domestic violence, an offence whose private nature can, perversely, turn the privacy in a home to the abuser’s advantage (para. 91). Its prevalence, the safety risks it poses, and the factual uncertainties at the scene, mean police “must have the ability to assess and control the situation” (para. 93). Police could not rely on the victim, who denied an assault had occurred and was reluctant to cooperate. Taken together, “it was open to the trial judge to conclude that society’s interest in effective law enforcement should prevail over Mr. Stairs’ privacy interest in the basement living room” (para. 97).

[143] I cannot agree with this analysis.

[144] As I have explained, courts assessing the reasonableness of a police search must determine whether the officer’s own grounds for the search

rapide inspection visuelle de la pièce dans les circonstances. Les policiers avaient menotté une personne et devaient monter l’escalier, qui était situé juste à côté de la salle de séjour, afin de sortir cette personne de la résidence en toute sécurité, pendant que la femme restait à l’étage. Le fait que la méthamphetamine était bien en vue faisait en sorte qu’elle pouvait être saisie. [par. 67-68]

[142] Mes collègues estiment que « [l]a juge du procès pouvait conclure que les policiers avaient subjectivement cru qu’il y avait un risque relatif à la sécurité », puisque les agents ont affirmé avoir effectué une fouille pour s’assurer qu’il n’y avait aucune autre personne ni autre risque dans la pièce (par. 85). Ils ont expliqué que la fouille était objectivement raisonnable pour deux principales raisons. Premièrement, la dynamique avant et pendant l’arrestation était « instable et évoluait rapidement » (par. 87). Les policiers sont entrés dans l’habitation car ils craignaient que l’agression se poursuive, ils ont rencontré la victime qui avait « des blessures récentes au visage » (par. 88) et sont entrés dans le sous-sol avec leur arme à la main (par. 89). Pendant ce temps, M. Stairs — dont les policiers connaissaient les antécédents de violence — a désobéi aux ordres des policiers et s’est « barricadé dans la salle de lavage » (par. 88). Deuxièmement, les policiers ont arrêté M. Stairs pour violence conjugale, infraction dont la nature privée peut, paradoxalement, faire en sorte que l’intimité du foyer profite à l’agresseur (par. 91). Sa fréquence, les risques pour la sécurité qu’elle comporte et les incertitudes factuelles sur les lieux ont pour conséquence que les policiers « doivent avoir la capacité d’évaluer et de contrôler la situation » (par. 93). Les policiers ne pouvaient pas se fier à la victime, qui a nié qu’une agression avait eu lieu et qui était réticente à coopérer. Ces facteurs considérés conjointement, « la juge du procès pouvait conclure que l’intérêt de la société relatif à l’application efficace de la loi devait l’emporter sur l’intérêt de M. Stairs au respect de sa vie privée dans la salle de séjour au sous-sol » (par. 97).

[143] Je ne peux souscrire à cette analyse.

[144] Comme je l’ai expliqué, les tribunaux qui évaluent le caractère raisonnable d’une fouille policière doivent déterminer si les propres motifs de l’agent

were reasonable. Only those subjective grounds may be considered; courts “cannot rely on the fact that, objectively, a legitimate purpose for the search existed when that is not the purpose for which they searched” (*Caslake*, at para. 27).

[145] The subjective basis for the officers’ search must be found in the evidence of the officer conducting the search. Officer Vandervelde testified as follows when asked what happened after Mr. Stairs’ arrest:

. . . so once he was in handcuffs and I felt it was safe, I proceeded through the basement, make sure there’s no other obvious threats, any other people in that basement.

...

Never really know exactly what you’re looking for when you’re entering a house in a situation like this, so whether there’s firearms sitting out, like I said, other people that could be in the basement. [Emphasis added.]

(A.R., vol. II, at pp. 212-13)

[146] He later expanded on this answer:

Q. . . . So in terms of clearing the basement, as opposed to getting a search warrant what is the importance or significance of having to go through that clearing process?

A. Mostly just to ensure my safety and other officers’ safety that are on the scene.

Q. What sort of risks are presented if you don’t clear an area?

A. Other persons could be hiding in the basement; potential unsafely stored firearms or weapons, *et cetera*, you never really know what kind of hazards could be down there. [Underlining added.]

(A.R., vol. II, at p. 229)

justifiant la fouille étaient raisonnables. Seuls ces motifs subjectifs peuvent être pris en compte; les tribunaux « ne peuvent pas invoquer le fait que, objectivement, il existait un motif légitime de procéder à la fouille, alors que ce n’est pas le motif pour lequel [les policiers] ont procédé à cette fouille » (*Caslake*, par. 27).

[145] Le fondement subjectif de la fouille effectuée par les policiers doit se trouver dans le témoignage de l’agent ayant effectué la fouille. L’agent Vandervelde a affirmé ce qui suit lorsqu’on lui a demandé ce qui s’était passé après l’arrestation de M. Stairs :

[TRADUCTION] . . . alors une fois qu’il a été menotté et que j’estimais que c’était sécuritaire, je me suis engagé dans le sous-sol pour m’assurer qu’il n’y avait pas d’autres menaces évidentes ou d’autres personnes.

...

On ne sait jamais vraiment ce qu’on cherche lorsqu’on entre dans une maison dans une situation comme celle-là, alors ça peut être des armes bien en vue, comme je l’ai déjà dit, ou d’autres personnes pouvant être dans le sous-sol. [Je souligne.]

(d.a., vol. II, p. 212-213)

[146] Il a plus tard précisé sa réponse :

[TRADUCTION]

Q. . . . Alors pour ce qui est de l’inspection du sous-sol, par opposition à l’obtention d’un mandat de perquisition, quelle est l’importance de procéder à ce processus d’inspection?

R. Surtout simplement pour assurer ma sécurité et celle des autres policiers qui sont sur les lieux.

Q. Quelles sortes de risques se posent si vous ne vérifiez pas un endroit?

R. D’autres personnes pourraient être cachées dans le sous-sol; il pourrait y avoir des armes à feu ou des armes qui ne sont pas entreposées de façon sécuritaire, etc., on ne sait jamais vraiment quel type de danger on peut trouver. [Je souligne.]

(d.a., vol. II, p. 229)

[147] As I have explained, to satisfy the reasonable suspicion standard, the evidence must be “sufficiently particularized”; the search cannot rest on generalities, hunches, intuition or educated guesses (*Chehil*, at paras. 30 and 47). But here the officer, at best, expressed a generalized concern about weapons or people that might be found “in a situation like this”. He admitted he “felt it was safe” and you “[n]ever really know exactly what you’re looking for”. His evidence gave no basis to suggest he suspected that other assailants, victims, or weapons were present. As a rationale, “you never really know” could apply any time the police make an arrest in a home. It is not a constitutionally acceptable reason to search in a private home; subjectively, the reasonable suspicion standard was not met.

[148] Nor was this subjective justification objectively reasonable. I note the following:

- Although the search of Mr. Stairs’ licence plate generated cautions for violence and family violence, there was no mention of weapons in the police dispatch, and nothing to suggest Mr. Stairs possessed any (pre-trial application reasons, at paras. 36, 76, 101 and 157).
- Officers Brown and Vandervelde visually scanned the basement when they entered. Although they could not see the entire area, that scan satisfied them that they could turn their backs and focus on drawing Mr. Stairs out from the laundry room (paras. 58, 128 and 281).
- Officer Brown found no weapons on Mr. Stairs (para. 60) and had “no observations from the scene that anyone was in danger” (para. 50).
- Officer Vandervelde only conducted the search “once [Mr. Stairs] was in handcuffs and [he] felt safe”, at a time when the victim was upstairs and in the company of Officer Martin (para. 89).

[147] Comme je l’ai déjà expliqué, pour satisfaire à la norme des soupçons raisonnables, les éléments de preuve doivent être « suffisamment spécifiques »; la fouille ne peut être fondée sur des généralités, une intuition ou des suppositions éclairées (*Chehil*, par. 30 et 47). Toutefois, en l’espèce, le policier a, au mieux, exprimé une préoccupation généralisée concernant des armes ou des personnes qui auraient pu être trouvées « dans une situation comme celle-là ». Il a admis que cela était « sécuritaire » et qu’on « ne sait jamais vraiment ce qu’on cherche ». Son témoignage ne laissait pas entendre qu’il soupçonnait la présence d’autres agresseurs, victimes ou armes. Comme justification, « on ne sait jamais vraiment » pourrait s’appliquer chaque fois que les policiers font une arrestation dans une habitation. Ce n’est pas un motif acceptable sur le plan constitutionnel pour effectuer une fouille dans une maison privée; subjectivement, la norme des soupçons raisonnables n’a pas été respectée.

[148] Cette justification subjective n’était pas non plus objectivement raisonnable. Je note ce qui suit :

- Bien que la recherche concernant la plaque d’immatriculation de M. Stairs ait indiqué qu’il faisait l’objet d’avertissements de violence et de violence familiale, il n’y avait aucune mention d’armes dans le serveur de la police, et rien ne laissait croire que M. Stairs en avait en sa possession (motifs relatifs à la demande préalable au procès, par. 36, 76, 101 et 157).
- Les agents Brown et Vandervelde ont fait une inspection visuelle du sous-sol lorsqu’ils y sont entrés. Même s’ils ne pouvaient pas voir l’endroit au complet, cette inspection les avait convaincus qu’ils pouvaient se retourner et concentrer leurs efforts à sortir M. Stairs de la salle de lavage (par. 58, 128 et 281).
- L’agent Brown n’a trouvé aucune arme sur M. Stairs (par. 60) et [TRADUCTION] « rien n’indiquait sur les lieux qu’il y avait une personne en danger » (par. 50).
- L’agent Vandervelde a effectué la fouille seulement « une fois [que M. Stairs était] menotté et [qu’il] estimai[t] que c’était sécuritaire », à un moment où la victime était à l’étage, en compagnie de l’agent Martin (par. 89).

- Although the officers knew that Mr. Stairs' father lived at the home, they never saw any signs of people aside from Mr. Stairs and the victim, and never asked either of them whether anyone else was present (paras. 55, 71, 81-84, 119 and 166-67).

[149] There were, in sum, no particularized facts to justify a safety search, only generalized uncertainty about the presence of weapons or other people. But with Mr. Stairs in handcuffs, the victim upstairs with Officer Martin, and no sign of weapons or other people, there was, quite simply, no apparent safety threat. That is not objectively reasonable suspicion.

[150] As the search was neither subjectively nor objectively reasonable, I conclude it was unlawful.

[151] Given that conclusion, there is no need to consider whether the seizures of the drugs were justified under the plain view doctrine. The question of whether and how the plain view doctrine applies inside a home has twice been raised, but not addressed, by this Court (*Godoy*, at para. 22; *Reeves*, at para. 25). Since the point was not argued before us, I would decline to do so here.

[152] As a result, I conclude the search and the seizures of the evidence infringed Mr. Stairs' s. 8 rights.

C. Section 24(2) and Disposition

[153] The question becomes whether the evidence ought to be excluded under s. 24(2) of the *Charter*, in that its admission “would bring the administration of justice into disrepute”. Three lines of inquiry guide the analysis: (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 (*Grant (2009)*), at para. 71).

- Même si les agents savaient que le père de M. Stairs vivait dans la maison, ils n'ont jamais vu d'indices de la présence d'autres personnes à part M. Stairs et la victime, et n'ont jamais demandé à l'un d'eux si quelqu'un d'autre était présent (par. 55, 71, 81-84, 119 et 166-167).

[149] En somme, il n'y avait aucun fait précis justifiant la fouille de sécurité, seulement une incertitude générale concernant la présence d'armes ou d'autres personnes. Toutefois, une fois M. Stairs menotté et la victime à l'étage avec l'agent Martin, et en l'absence d'indices indiquant la présence d'armes ou d'autres personnes, il n'y avait tout simplement pas de menace apparente pour la sécurité. Il ne s'agit pas d'un soupçon objectivement raisonnable.

[150] Comme la fouille n'était ni subjectivement ni objectivement raisonnable, je conclus qu'elle était illégale.

[151] En raison de cette conclusion, il n'est pas nécessaire de se demander si les saisies de drogues étaient justifiées selon la doctrine des objets bien en vue. La question de savoir si cette doctrine s'applique dans une habitation et, le cas échéant, de quelle façon, a été soulevée deux fois par la Cour mais n'a jamais été tranchée (*Godoy*, par. 22; *Reeves*, par. 25). Puisque ce point n'a pas été abordé devant nous, je m'abstiendrai de le faire.

[152] Par conséquent, je conclus que la fouille et les saisies des éléments de preuve violaient les droits que l'art. 8 garantit à M. Stairs.

C. Paragraphe 24(2) et dispositif

[153] La question qui se pose devient donc celle de savoir si la preuve devrait être exclue en application du par. 24(2) de la *Charte*, en ce que l'admission de celle-ci est « susceptible de déconsidérer l'administration de la justice ». Trois questions à examiner guideront mon analyse : (1) la gravité de la conduite attentatoire de l'État; (2) l'incidence de la violation sur les intérêts de l'accusé protégés par la *Charte*; et (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 (*Grant (2009)*), par. 71).

[154] As I would reach a different conclusion on the existence of a *Charter* violation, no deference is owed to the trial judge's alternative conclusions on this point (*R. v. Le*, 2019 SCC 34, [2019] 2 S.C.R. 692, at para. 138).

[155] First, the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct is assessed along a spectrum of culpability running from "inadvertent or minor violations" to "wilful or reckless disregard of *Charter* rights" (*Grant* (2009), at para. 74; see also *Le*, at para. 143). In my view, the state conduct in this case falls on the higher end of that spectrum. It was well known that private homes attract a high privacy interest and generally cannot be searched without a warrant. To be sure, the officers cannot be faulted for not applying the legal framework adopted in this appeal, of which they had no notice. But that does not excuse their conduct, given the longstanding importance the law has accorded to privacy in this context. In searching Mr. Stairs' basement without reasonable justification, the searching officer disregarded his strong privacy interest. And contrary to the trial judge's finding (pre-trial application reasons, at para. 292), he cannot be taken to have acted in good faith, since he did not act "consistent[ly] with what [he] subjectively, reasonably, and non-negligently believe[d] to be the law" (*Le*, at para. 147). In the circumstances, this inquiry favours exclusion.

[156] Second, since his privacy interests inside his home were significant, the unlawful search and seizures were a major incursion on Mr. Stairs' *Charter*-protected interests. This inquiry strongly favours exclusion.

[157] Lastly, the drugs were highly reliable evidence that was central to the Crown's case. The third inquiry pulls strongly in favour of inclusion.

[154] Comme je parviens à une autre conclusion concernant l'existence d'une violation de la *Charte*, il n'y a pas lieu de faire preuve de déférence envers les conclusions subsidiaires de la juge du procès à ce sujet (*R. c. Le*, 2019 CSC 34, [2019] 2 R.C.S. 692, par. 138).

[155] D'abord, la gravité de la conduite attentatoire de l'État est évaluée selon un spectre de culpabilité, allant de « violations mineures ou commises par inadvertance » aux violations commises « au mépris délibéré des droits garantis par la *Charte* ou en ne s'en souciant pas » (*Grant* (2009), par. 74; voir aussi *Le*, par. 143). À mon avis, la conduite de l'État dans la présente affaire se situe à l'extrémité supérieure de ce spectre. Il était bien connu que les maisons privées jouissent d'un intérêt considérable en matière de respect de la vie privée et ne peuvent généralement pas faire l'objet de fouilles sans mandat. Bien entendu, on ne peut blâmer les policiers de ne pas avoir appliqué le cadre d'analyse juridique adopté dans le présent pourvoi, qu'ils ne connaissaient pas. Toutefois, cela n'excuse pas leur conduite, compte tenu de l'importance que la loi accorde depuis longtemps au respect de la vie privée dans ce contexte. En effectuant une fouille dans le sous-sol de M. Stairs sans justification raisonnable, le policier n'a pas tenu compte de son intérêt considérable au respect de la vie privée. De plus, contrairement à ce que conclut la juge du procès (motifs relatifs à la demande préalable au procès, par. 292), il ne peut être considéré comme ayant agi de bonne foi, puisqu'il n'a pas agi « d'une manière [. . .] compatible avec ce qu'i[l] [croyait] subjectivement, raisonnablement et non négligemment être la loi » (*Le*, par. 147). Dans les circonstances, cette question milite en faveur de l'exclusion.

[156] Ensuite, puisque les intérêts au respect de la vie privée de M. Stairs dans son domicile étaient importants, la fouille et les saisies illégales représentaient une atteinte majeure à ses intérêts protégés par la *Charte*. Cette question milite fortement en faveur de l'exclusion.

[157] Finalement, les drogues constituaient des éléments de preuve très fiables, cruciaux pour la thèse de la Couronne. La troisième question milite fortement en faveur de l'inclusion.

[158] When the first two inquiries together make a strong case for exclusion, “the third inquiry will seldom if ever tip the balance in favour of admissibility” (*Le*, at para. 142). Weighing all three, I conclude that admitting the evidence would bring the administration of justice into disrepute. I would find the evidence inadmissible. I would therefore allow the appeal, set aside Mr. Stairs’ conviction for possession of a controlled substance for the purpose of trafficking, and enter an acquittal.

The following are the reasons delivered by

CÔTÉ J. —

I. Overview

[159] There is agreement with my colleague Karakatsanis J. on the reasonable suspicion standard for searches incidental to arrest inside a home. I also agree with her application of this standard to the facts of this case. I, too, conclude that the search and seizure of the evidence infringed Mr. Stairs’ rights pursuant to s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[160] However, I must respectfully part ways with my colleague on the proper disposition of the appeal under s. 24(2) of the *Charter*. As I will explain, I would not exclude the unlawfully seized evidence. In the exceptional circumstances of this case, I would adopt the trial judge’s alternative conclusion that admitting the evidence would not bring the administration of justice into disrepute.

II. Section 24(2) Analysis

[161] I note at the outset that the trial judge found no breach, and thus her s. 24(2) analysis was conducted in the alternative. In this scenario, while the trial judge’s *conclusion* is not entitled to deference on appeal, her *findings of fact* related to s. 24(2) are (*R. v. Fearon*, 2014 SCC 77, [2014] 3 S.C.R. 621, at

[158] Lorsque les deux premières questions militent fortement en faveur de l’exclusion, « la troisième question fera rarement, sinon jamais, pencher la balance en faveur de l’utilisation des éléments de preuve » (*Le*, par. 142). Soupesant les trois questions, je conclus qu’admettre la preuve serait susceptible de déconsidérer l’administration de la justice. J’estime que la preuve était irrecevable. Je suis donc d’avis d’accueillir le pourvoi, d’annuler la déclaration de culpabilité de M. Stairs pour possession d’une substance désignée en vue d’en faire le trafic et d’inscrire un verdict d’acquittal.

Version française des motifs rendus par

LA JUGE CÔTÉ —

I. Aperçu

[159] Je suis d’accord avec ma collègue la juge Karakatsanis concernant la norme des soupçons raisonnables pour les fouilles accessoires à une arrestation effectuées dans une habitation. Je souscris aussi à son application de cette norme aux faits de l’espèce. Je conclus également que la fouille et la saisie des éléments de preuve ont contrevenu aux droits de M. Stairs garantis par l’art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[160] Toutefois, je diverge d’opinion avec ma collègue quant à l’issue du présent pourvoi en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Comme je vais l’expliquer, je n’exclurais pas les éléments de preuve saisis illégalement. Dans les circonstances exceptionnelles de la présente affaire, j’adopterais la conclusion subsidiaire de la juge du procès selon laquelle l’admission des éléments de preuve ne serait pas susceptible de déconsidérer l’administration de la justice.

II. Analyse fondée sur le par. 24(2)

[161] Je note dès le départ que la juge du procès n’a constaté aucune violation et, partant, son analyse fondée sur le par. 24(2) a été effectuée à titre subsidiaire. Dans ce scénario, bien qu’il n’y ait pas lieu de faire preuve de déférence en appel envers la *conclusion* de la juge du procès, ses *conclusions de fait* relatives au

para. 90; *R. v. Pileggi*, 2021 ONCA 4, 153 O.R. (3d) 561, at para. 97; *R. v. Kelsy*, 2011 ONCA 605, 280 C.C.C. (3d) 456, at para. 60, per Rosenberg J.A.). In any event, and according due deference to the trial judge’s factual findings, I reach the same conclusion. I would decline to exclude the drug evidence seized as a result of the unlawful search.

A. *Seriousness of the Charter-Infringing Police Conduct*

[162] Although I have reservations about the officers’ conduct in this case, I conclude that the first factor set out in *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, favours admission.

[163] As my colleague Karakatsanis J. reaffirmed in *R. v. Saeed*, 2016 SCC 24, [2016] 1 S.C.R. 518, at para. 126 (concurring in the result), “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” (citing *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34, at paras. 86-87; *R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657, at paras. 69 and 71; see also *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212, at para. 77; *Fearon*, at para. 93; S. C. Hill, D. M. Tanovich and L. P. Strezos, *McWilliams’ Canadian Criminal Evidence* (5th ed. (loose-leaf)), at §19:40).

[164] I therefore accept the Crown’s submission that the seriousness of the infringement in this case is attenuated by the uncertainty of the law regarding residential searches incident to arrest at the relevant time. Indeed, it appears this is the first time this Court has considered the search incident to arrest power applied inside a home. Disagreement among the members of this Court and those of the Court of Appeal on the proper standard for and permissible scope of post-arrest residential safety searches illustrates the legal grey area in which police were operating. If a dozen distinguished jurists cannot agree on the applicable law, how can we expect these officers to have understood and properly applied it on the fly? In my respectful view, as in *Vu*, at para. 71, “[g]iven the uncertainty in the law at the time and the otherwise

par. 24(2) commandent la déférence (*R. c. Fearon*, 2014 CSC 77, [2014] 3 R.C.S. 621, par. 90; *R. c. Pileggi*, 2021 ONCA 4, 153 O.R. (3d) 561, par. 97; *R. c. Kelsy*, 2011 ONCA 605, 280 C.C.C. (3d) 456, par. 60, le juge Rosenberg). Quoi qu’il en soit, en faisant preuve de déférence envers les conclusions factuelles de la juge du procès, je parviens à la même conclusion. Je refuserais d’exclure les drogues saisies lors de la fouille illégale.

A. *Gravité de la conduite policière attentatoire à la Charte*

[162] Bien que j’aie des réserves au sujet de la conduite des policiers dans la présente affaire, je conclus que le premier facteur énoncé dans l’arrêt *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, milite en faveur de l’admission de la preuve.

[163] Comme ma collègue la juge Karakatsanis l’a réaffirmé dans l’arrêt *R. c. Saeed*, 2016 CSC 24, [2016] 1 R.C.S. 518, par. 126 (motifs concordants quant au résultat), « 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 » (citant *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34, par. 86-87; *R. c. Vu*, 2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657, par. 69 et 71; voir aussi *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212, par. 77; *Fearon*, par. 93; S. C. Hill, D. M. Tanovich et L. P. Strezos, *McWilliams’ Canadian Criminal Evidence* (5^e éd. (feuilles mobiles)), §19:40).

[164] J’accepte donc l’argument de la Couronne selon lequel la gravité de la violation en l’espèce est atténuée par l’incertitude, au moment des faits, du droit concernant les fouilles résidentielles accessoires à une arrestation. De fait, il semble que ce soit la première fois que la Cour se penche sur l’application du pouvoir de procéder à une fouille accessoire à une arrestation dans une habitation. Le désaccord entre les membres de la Cour et ceux de la Cour d’appel quant à la norme applicable aux fouilles de sécurité effectuées dans une résidence à la suite d’une arrestation et à l’étendue acceptable de celles-ci illustre la zone grise juridique dans laquelle opéraient les policiers. Si une douzaine d’éminents juristes ne peuvent s’entendre sur le droit applicable, comment pouvons-nous nous attendre à ce que ces policiers l’aient compris et bien appliqué

reasonable manner in which the search was carried out”, the seriousness of the police misconduct in this case was at the lowest end of the spectrum.

[165] I would add that the trial judge in this case found as a fact that the police acted in “good faith” at all times during this “dynamic” arrest and search, believing their conduct was authorized by law (2018 ONSC 3747, 412 C.R.R. (2d) 95 (“pre-trial application reasons”), at para. 292). As in *Vu*, the cogent analysis of my colleagues on the applicable standard in this case “should serve to clarify the law” and “prevent this kind of confusion in the future” (para. 69).

[166] That said, I acknowledge the difficulties with Officer Vandervelde’s evidence, as highlighted by the dissenting judge of the Court of Appeal (2020 ONCA 678, 153 O.R. (3d) 32, at para. 100). But I do not see a sufficient evidentiary basis on which to interfere with the trial judge’s factual finding of good faith. I see nothing to suggest any systemic concerns regarding the police conduct in this case. Further, I agree with the trial judge that there is “no evidence of a blatant or callous disregard of the *Charter* rights by any of the three officers” (pre-trial application reasons, at para. 292). In my view, the unlawful search and seizure was the result of an honest one-off mistake, albeit one with serious implications for Mr. Stairs’ right to privacy.

B. *Impact on Mr. Stairs’ Charter Right to Privacy*

[167] I would accept the Crown’s concession that the second *Grant* factor favours exclusion.

[168] As the trial judge recognized, an unlawful warrantless residential search violates privacy interests

sur-le-champ? À mon avis, « [c]omme le droit applicable était incertain au moment des faits pertinents et vu la manière par ailleurs non abusive dont la fouille a été effectuée », tel qu’il a été énoncé dans l’arrêt *Vu*, par. 71, la gravité de la conduite policière en l’espèce se situait à l’extrémité inférieure du spectre.

[165] J’ajouterais que la juge du procès dans la présente affaire a tiré la conclusion de fait que les policiers avaient agi de [TRADUCTION] « bonne foi » en tout temps pendant cette arrestation et cette fouille dans une situation « instable », croyant que leur conduite était autorisée par la loi (2018 ONSC 3747, 412 C.R.R. (2d) 95 (« motifs relatifs à la demande préalable au procès »), par. 292). Comme dans l’arrêt *Vu*, l’analyse convaincante de mes collègues sur la norme applicable en l’espèce « devrait permettre de clarifier le droit » et de « prévenir ce genre de confusion à l’avenir » (par. 69).

[166] Cela dit, je reconnais les difficultés concernant le témoignage de l’agent Vandervelde, comme l’a souligné le juge dissident de la Cour d’appel (2020 ONCA 678, 153 O.R. (3d) 32, par. 100). Toutefois, je ne vois pas de preuve suffisante justifiant la modification de la conclusion factuelle relative à la bonne foi qu’a tirée la juge du procès. Je ne vois rien qui semble indiquer des préoccupations générales concernant la conduite policière dans la présente affaire. De plus, je suis d’accord avec la juge du procès pour dire qu’il n’y a [TRADUCTION] « aucune preuve que l’un des trois policiers a fait montre d’un mépris flagrant ou total des droits garantis par la *Charte* » (motifs relatifs à la demande préalable au procès, par. 292). À mon avis, la fouille et la saisie illégales découlaient d’une erreur involontaire et isolée, quoique celle-ci ait eu d’importantes répercussions sur le droit de M. Stairs au respect de sa vie privée.

B. *Répercussions sur le droit de M. Stairs au respect de sa vie privée garanti par la Charte*

[167] J’accepte la concession de la Couronne selon laquelle le deuxième facteur énoncé dans l’arrêt *Grant* milite en faveur de l’exclusion de la preuve.

[168] Comme l’a reconnu la juge du procès, une fouille illégale sans mandat dans une résidence viole

which lie at the very core of s. 8. I agree with my colleague Karakatsanis J. that the sanctity of one's home is an indispensable component of personal privacy (para. 121).

[169] The police conduct in this case therefore had a serious impact on Mr. Stairs' *Charter*-protected privacy interests.

C. Society's Interest in Adjudication on the Merits

[170] Mr. Stairs fairly concedes that the third *Grant* factor "favours the admission of the evidence" (A.F., at para. 86). I would accept this concession.

[171] I wish to underscore the fact that the police seized over 90 grams of crystal methamphetamine. This evidence is plainly reliable and, without it, the Crown would have no case on Mr. Stairs' charge for possession for the purpose of trafficking. The sentence for this charge represented 20 months of Mr. Stairs' global 26-month sentence. I agree with the Crown that there is a significant public interest in an adjudication of the drug charge on its merits.

D. Final Balancing

[172] Balancing the three lines of inquiry above, I would decline to exclude the evidence under s. 24(2).

[173] Going forward, with the benefit of this Court's guidance, it will be very difficult for police to justify admission in a similar scenario to the one at bar. The modifications to the law my colleagues outline will require police to respect individual privacy rights within a home, by refraining from warrantless searches unless they reasonably suspect a search is necessary to address a safety risk. Where no such risk exists which meets the requisite threshold, the arrestee's s. 8 privacy interests should generally prevail. In other words, police should secure the home and

les intérêts au respect de la vie privée qui sont au cœur même de l'art. 8. Je suis d'accord avec ma collègue la juge Karakatsanis pour dire que le caractère sacré d'un domicile est un élément indispensable de la vie privée (par. 121).

[169] La conduite policière en l'espèce a donc eu des conséquences importantes sur les intérêts de M. Stairs au respect de sa vie privée protégés par la *Charte*.

C. Intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée sur le fond

[170] Monsieur Stairs concède à juste titre que le troisième facteur énoncé dans l'arrêt *Grant* [TRADUCTION] « milite en faveur de l'admission de la preuve » (m.a., par. 86). J'accepte cette concession.

[171] J'aimerais souligner le fait que les policiers ont saisi plus de 90 grammes de méthamphétamine en cristaux. Ces éléments de preuve sont manifestement fiables et sans eux, la Couronne n'aurait aucun argument à faire valoir pour justifier l'accusation de possession de drogues en vue d'en faire le trafic dont fait l'objet M. Stairs. La peine à purger pour cette accusation représentait 20 mois de la peine globale de 26 mois à laquelle a été condamné M. Stairs. Je partage l'avis de la Couronne qu'il y a un intérêt public considérable à ce que l'accusation relative aux drogues soit jugée sur le fond.

D. Pondération finale

[172] Pondérant les trois considérations ci-dessus, je refuserais d'exclure la preuve en vertu du par. 24(2).

[173] À l'avenir, à la lumière des directives de la Cour, les policiers auront beaucoup de mal à justifier l'admission d'éléments de preuve dans un scénario semblable à celui qui nous occupe. Les modifications au droit qu'énoncent mes collègues exigeront que les policiers respectent les droits individuels au respect de la vie privée dans une habitation, en s'abstenant d'effectuer des fouilles sans mandat à moins qu'ils soupçonnent raisonnablement qu'une fouille est nécessaire pour écarter le risque relatif à la sécurité. Lorsqu'il n'y a aucun risque de ce genre correspondant

obtain a search warrant, which is not a particularly onerous task.

[174] However, in the present case, I would not interfere with the trial judge's finding that the police were acting in good faith on their understanding of unsettled law. As I have explained, the justificatory standard for and permissible scope of a residential search incident to arrest were unclear at the relevant time. Further, society has a strong interest in the adjudication of a charge involving a large quantity of a highly dangerous and pernicious street drug.

[175] Accordingly, I would adopt the trial judge's alternative conclusion that the admission of the evidence would not bring the administration of justice into disrepute.

III. Disposition

[176] For the foregoing reasons, I would decline to exclude the evidence seized in violation of Mr. Stairs' s. 8 rights.

[177] In the result, I would dismiss the appeal and affirm the conviction.

Appeal dismissed, KARAKATSANIS, BROWN and MARTIN JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Embry Dann, Toronto; Courtyard Chambers, Toronto.

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

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

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Kapoor Barristers, Toronto.

au standard requis, les intérêts de la personne arrêtée au respect de sa vie privée protégés par l'art. 8 devraient généralement avoir préséance. Autrement dit, les policiers devraient sécuriser l'habitation et obtenir un mandat de perquisition, ce qui n'est pas une tâche particulièrement onéreuse.

[174] Toutefois, en l'espèce, je ne modifierais pas la conclusion de la juge du procès voulant que les policiers aient agi de bonne foi selon leur compréhension de principes de droit qui n'étaient pas bien définis. Comme je l'ai expliqué, la norme de justification pour les fouilles accessoires à une arrestation effectuées dans une résidence et l'étendue acceptable de celles-ci n'étaient pas claires à l'époque. De plus, la société a un intérêt considérable à ce qu'une accusation visant une grande quantité de drogue illicite très dangereuse et pernicieuse soit jugée.

[175] Par conséquent, j'adopterais la conclusion subsidiaire de la juge du procès portant que l'admission de la preuve ne serait pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

III. Dispositif

[176] Pour les motifs qui précèdent, je refuserais d'exclure la preuve saisie en violation des droits de M. Stairs garantis par l'art. 8.

[177] Ainsi, je rejetterais le pourvoi et je confirmerais la déclaration de culpabilité.

Pourvoi rejeté, les juges KARAKATSANIS, BROWN et MARTIN sont dissidents.

Procureurs de l'appelant : Embry Dann, Toronto; Courtyard Chambers, Toronto.

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

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

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Kapoor Barristers, Toronto.

Sokha Tim *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. TIM

2022 SCC 12

File No.: 39525.

2021: October 7; 2022: April 14.

Present: Wagner C.J. and Moldaver, Côté, Brown, Rowe, Kasirer and Jamal JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Arbitrary detention — Search and seizure — Remedy — Exclusion of evidence — Police arresting accused for possession of controlled substance based on mistake of law about pill in accused’s possession being controlled substance — Police subsequently conducting searches of accused and his car and finding drugs, ammunition and handgun — Whether arrest and subsequent searches infringed accused’s rights against arbitrary detention and unreasonable search and seizure — If so, whether admission of evidence would bring administration of justice into disrepute warranting its exclusion — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 9, 24(2).

The accused hit a roadside sign on a busy road and kept driving until his car stopped about a kilometre away. When a police officer arrived at the scene, he asked the accused for his driver’s licence, vehicle registration, and proof of insurance. When the accused opened his car’s door to get the documents, the officer saw him try to hide a small ziplock bag containing a single yellow pill. The officer correctly recognized the pill as gabapentin, which he mistakenly believed was a controlled substance under the *Controlled Drugs and Substances Act* (“CDSA”). The officer immediately arrested the accused for possession of a controlled substance.

After the accused was arrested, the police conducted four searches. Initially, they conducted both a pat-down

Sokha Tim *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. TIM

2022 CSC 12

N° du greffe : 39525.

2021 : 7 octobre; 2022 : 14 avril.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Côté, Brown, Rowe, Kasirer et Jamal.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Détention arbitraire — Fouilles, perquisitions et saisies — Réparation — Exclusion de la preuve — Accusé arrêté par les policiers pour possession d’une substance désignée sur la base d’une erreur de droit en ce que ces derniers ont cru à tort qu’un comprimé en la possession de l’accusé était une substance désignée — Fouilles subséquentes par les policiers de l’accusé et de son véhicule menant à la découverte de drogues, de munitions et d’une arme de poing — L’arrestation et les fouilles subséquentes ont-elles violé les droits de l’accusé contre la détention arbitraire et contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives? — Dans l’affirmative, l’utilisation des éléments de preuve obtenus est-elle susceptible de déconsidérer l’administration de la justice, justifiant ainsi leur exclusion? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 9, 24(2).

L’accusé a heurté un panneau routier avec son véhicule dans une rue achalandée et a poursuivi sa route sur environ un kilomètre jusqu’à ce que le véhicule ne puisse plus rouler. Lorsqu’un policier est arrivé sur les lieux, il a demandé à l’accusé son permis de conduire, l’immatriculation du véhicule et une preuve d’assurance. Quand l’accusé a ouvert la portière de son automobile pour aller chercher les documents, le policier l’a vu tenter de dissimuler un petit sac ziplock contenant un seul comprimé jaune. Le policier a correctement identifié le comprimé comme étant de la gabapentine, qu’il a cru à tort être une substance désignée figurant dans la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* (« LRCDS »). Ce policier a immédiatement arrêté l’accusé pour possession d’une substance désignée.

Après l’arrestation de l’accusé, la police a effectué quatre fouilles. D’abord, les policiers ont effectué accessoirement à

search of the accused and a search of his car incident to arrest, through which they found fentanyl, other illegal drugs, and ammunition. Then, when the accused was being taken to the patrol car, the officer saw bullets falling from his pants. A second pat-down search was then conducted, during which a loaded handgun fell from the accused's pants. Finally, the accused was strip searched at the police station but no more contraband was found.

At trial, the accused applied to exclude the evidence obtained during the searches on the basis that the police had breached his rights against arbitrary detention and unreasonable search and seizure respectively guaranteed under ss. 9 and 8 of the *Charter*. The trial judge dismissed the application, holding that the warrantless arrest did not violate s. 9 of the *Charter*, as the officer had reasonable and probable grounds to believe that an offence had been committed. He admitted the evidence and convicted the accused of several drug and firearm offences. A majority of the Court of Appeal found no breach of s. 8 or s. 9 of the *Charter* and dismissed the accused's appeal. The dissenting judge concluded that the police breached ss. 8 and 9 of the *Charter* and would have excluded all the evidence under s. 24(2) of the *Charter* and acquitted the accused.

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

Per Wagner C.J. and Moldaver, Côté, Rowe, Kasirer and Jamal JJ.: The police breached s. 9 of the *Charter* by arresting the accused based on a mistake of law about the legal status of gabapentin. In addition, they breached s. 8 of the *Charter* by searching his person and car incident to the unlawful arrest. All of the impugned evidence was obtained in a manner that breached the *Charter* so as to trigger s. 24(2). However, the evidence should not be excluded under s. 24(2) because its admission would not bring the administration of justice into disrepute.

The right against arbitrary detention under s. 9 of the *Charter* is infringed when an arrest is based on a mistake of law. It is unlawful for the police to arrest someone based on a mistake of law and an unlawful arrest is necessarily arbitrary. A warrantless arrest is permitted pursuant to s. 495(1)(a) and (b) of the *Criminal Code* when the arresting officer subjectively has reasonable and probable grounds for the arrest, and those grounds are justifiable from an objective viewpoint. The reasonable grounds concept relates to the facts, not the existence of an offence in law. A warrantless arrest is lawful only if the arresting officer's

arrestation une fouille par palpation de l'accusé ainsi qu'une fouille de son automobile qui ont permis découvrir du fentanyl, d'autres drogues illégales et des munitions. Ensuite, pendant qu'on amenait l'accusé à la voiture de patrouille, un policier a vu des balles tomber de son pantalon et a alors procédé à une seconde fouille par palpation pendant laquelle une arme de poing chargée est tombée du pantalon de l'accusé. Enfin, l'accusé a été soumis à une fouille à nu au poste de police, mais aucun autre objet de contrebande n'a été trouvé.

Au procès, l'accusé a demandé l'exclusion de la preuve obtenue pendant les fouilles au motif que la police avait violé le droit à la protection contre la détention arbitraire et le droit contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives qui lui sont respectivement garantis par l'art. 9 et l'art. 8 de la *Charte*. Le juge du procès a rejeté la demande, statuant que l'arrestation sans mandat n'avait pas violé l'art. 9 de la *Charte*, car le policier possédait des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction avait été commise. Il a admis les éléments de preuve et déclaré l'accusé coupable de plusieurs infractions liées aux drogues et aux armes à feu. Dans un arrêt rendu à la majorité, la Cour d'appel a conclu à l'absence de violation des art. 8 et 9 de la *Charte* et a rejeté l'appel de l'accusé. La juge dissidente a statué que la police avait violé les art. 8 et 9 de la *Charte*, et elle aurait écarté tous les éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte* et acquitté l'accusé.

Arrêt (le juge Brown est dissident) : Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Côté, Rowe, Kasirer et Jamal : Les policiers ont violé l'art. 9 de la *Charte* en arrêtant l'accusé sur la base d'une erreur de droit quant au statut juridique de la gabapentine. En outre, ils ont violé l'art. 8 de la *Charte* en fouillant l'accusé et son véhicule accessoirement à l'arrestation illégale. Tous les éléments de preuve contestés ont été obtenus dans des conditions qui ont violé la *Charte* et fait entrer en jeu le par. 24(2). Toutefois, les éléments de preuve ne devraient pas être écartés en application du par. 24(2), puisque leur utilisation n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Le droit contre les détentions arbitraires garanti par l'art. 9 de la *Charte* est violé lorsqu'une arrestation est basée sur une erreur de droit. Il est illégal pour des policiers de procéder à une arrestation sur la base d'une erreur de droit, et une arrestation illégale est nécessairement arbitraire. Une arrestation sans mandat est autorisée par les al. 495(1)(a) et b) du *Code criminel* lorsque le policier qui procède à l'arrestation possède subjectivement des motifs raisonnables et probables pour agir, et que ces motifs sont justifiables d'un point de vue objectif. La notion de motifs raisonnables porte sur les faits, et non sur l'existence en droit d'une

reasonable belief in the facts, if true, traces a pathway to a criminal offence known to the law. If there is a mistake of law, it makes no difference whether the mistake involves a non-existent offence, or an existing offence that could not be engaged on the facts, even if true, relied on by the officer. The Court's conclusion in the civil cases of *Frey v. Fedoruk*, [1950] S.C.R. 517, and *Kosoian v. Société de transport de Montréal*, 2019 SCC 59, [2019] 4 S.C.R. 335, that a lawful arrest cannot be based on a mistake of law, applies equally in the criminal context. There are compelling considerations of principle and legal policy confirming this. Allowing the police to arrest someone based on what they believe the law is — rather than based on what the law actually is — would dramatically expand police powers at the expense of civil liberties.

In the instant case, the arrest of the accused was unlawful and arbitrary, contrary to s. 9 of the *Charter*. While the arresting officer subjectively believed that he had reasonable and probable grounds to arrest the accused for possession of a controlled substance under the *CDSA*, his subjective belief was based on a mistake of law, given that, even though he correctly identified the pill as gabapentin, he was mistaken about its legal status. His subjective belief thus was not — and could not be — objectively reasonable.

A warrantless search is *prima facie* unreasonable, and thus contrary to the s. 8 *Charter* right to be secure against unreasonable search or seizure. A search is reasonable, and thus complies with s. 8 of the *Charter*, if: (1) the search is authorized by law; (2) the law authorizing the search is reasonable; and (3) the search is conducted in a reasonable manner. The police have a common law power to search incident to investigative detention under certain circumstances. In the present case, the initial pat-down search of the accused's person and the search of his car, which were purportedly conducted incident to arrest, infringed his s. 8 *Charter* right because the accused's arrest was unlawful. However, the second pat-down search and the strip search did not infringe s. 8. The second pat-down search of the accused's person was a lawful search incident to investigative detention relating to the traffic collision investigation. The arresting officer had reasonable grounds to believe that his safety or the safety of others was at risk. He expressed subjective concerns about safety, even if only implicitly, and those concerns were objectively reasonable in the circumstances. Moreover, the search was conducted reasonably.

Une arrestation sans mandat est légale uniquement si la croyance raisonnable que le policier procédant à l'arrestation a à l'égard des faits, si ceux-ci sont avérés, se rattache à une infraction criminelle connue en droit. Si une erreur de droit est commise, il ne fait aucune différence que cette erreur porte sur une infraction inexistante, ou encore sur une infraction existante que ne supportaient pas les faits — même avérés — sur lesquels le policier s'est fondé. La conclusion selon laquelle une arrestation légale ne saurait reposer sur une erreur de droit, tirée par la Cour dans les affaires civiles *Frey c. Fedoruk*, [1950] R.C.S. 517, et *Kosoian c. Société de transport de Montréal*, 2019 CSC 59, [2019] 4 R.C.S. 335, s'applique tout autant en contexte criminel. Des considérations impérieuses en matière de principes et de politiques juridiques le confirment. Permettre aux policiers de procéder à des arrestations sur la base de ce qu'ils croient être la loi — plutôt que sur la base de ce qu'est réellement la loi — élargirait de façon radicale les pouvoirs des policiers au détriment des libertés civiles.

En l'espèce, l'arrestation de l'accusé était illégale et arbitraire, contrevenant ainsi à l'art. 9 de la *Charte*. Même si le policier qui a procédé à l'arrestation croyait subjectivement avoir des motifs raisonnables et probables d'arrêter l'accusé pour possession d'une substance désignée figurant dans la *LRCDAS*, sa croyance subjective était basée sur une erreur de droit, car bien qu'il ait correctement identifié le comprimé comme étant de la gabapentine, il a commis une erreur quant au statut juridique de cette substance. Par conséquent, la croyance subjective du policier n'était pas — et ne pouvait pas être — objectivement raisonnable.

Une fouille sans mandat est à première vue abusive et, de ce fait, contraire au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte*. Une fouille n'est pas abusive et elle est par conséquent conforme à l'art. 8 de la *Charte* si les conditions suivantes sont réunies : (1) la fouille est autorisée par la loi; (2) la loi l'autorisant n'a rien d'abusif; et (3) la fouille n'est pas effectuée d'une manière abusive. Les policiers possèdent, en vertu de la common law, le pouvoir d'effectuer une fouille accessoire à une détention aux fins d'enquête dans certaines circonstances. Dans la présente affaire, la fouille initiale par palpation de l'accusé ainsi que la fouille de son véhicule, lesquelles ont censément été effectuées accessoirement à l'arrestation, ont violé le droit garanti à l'accusé par l'art. 8 de la *Charte* parce que l'arrestation de ce dernier était illégale. Toutefois, la seconde fouille par palpation et la fouille à nu n'ont pas violé l'art. 8. La seconde fouille par palpation de l'accusé était une fouille légale effectuée accessoirement à la détention aux fins de l'enquête relative à l'accident de la route. Le policier qui a procédé à l'arrestation possédait des motifs raisonnables

As for the strip search at the police station, given that the accused was lawfully arrested for the weapons offences after the ammunition and handgun fell from his pants, it was incident to this arrest and it was conducted reasonably.

Section 24(2) of the *Charter* is triggered where evidence is obtained in a manner that violates an accused's *Charter* rights. To determine whether evidence is so obtained, the courts take a purposive and generous approach. The entire chain of events should be examined, and evidence will be tainted if the breach and the discovery are part of the same transaction or course of conduct. The connection between the *Charter* breach and the impugned evidence can be temporal, contextual, causal, or a combination of the three. A remote or tenuous connection between the *Charter* breach and the impugned evidence will not suffice to trigger s. 24(2). When evidence is obtained in breach of the *Charter*, the s. 24(2) inquiry then examines the impact of admitting this evidence on public confidence in the justice system over the long term, based on three lines of inquiry: (1) the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct; (2) the impact of the breach on the accused's *Charter*-protected interests; and (3) society's interest in the adjudication of the case on the merits. The final step of the s. 24(2) analysis involves balancing the factors under the three lines of inquiry to assess the impact of admission or exclusion of the evidence on the long-term repute of the administration of justice.

In the instant case, all the evidence seized was obtained in a manner that breached the accused's *Charter* rights. With respect to the ammunition and illegal drugs seized during the first and second searches, this was the case because the accused's arrest for possession of a controlled substance and the searches of his person and car incident to arrest infringed ss. 8 and 9. As for the evidence found during the second pat-down search, there were temporal and contextual connections between the *Charter* breaches and the discovery of the evidence. The discovery of this evidence was very close in time to the *Charter* breaches and it flowed directly out of the same encounter with the

de croire que sa sécurité ou celle d'autrui était menacée. Il a exprimé des préoccupations subjectives liées à la sécurité, ne serait-ce qu'implicitement, et ces préoccupations étaient objectivement raisonnables dans les circonstances. Qui plus est, la fouille n'a pas été effectuée de manière abusive. Pour ce qui est de la fouille à nu au poste de police, étant donné que l'accusé a été arrêté légalement pour des infractions liées aux armes après que les munitions et l'arme de poing sont tombées de son pantalon, la fouille était accessoire à cette arrestation et elle a été effectuée de manière non abusive.

Le paragraphe 24(2) de la *Charte* entre en jeu lorsque des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui violent les droits garantis par la *Charte* à la personne accusée. Afin de déterminer si des éléments de preuve ont été obtenus de cette façon, les tribunaux appliquent une approche généreuse et fondée sur l'objet visé. Il faut examiner toute la suite des événements, et la preuve est viciée lorsque la violation des droits et la découverte des éléments de preuve s'inscrivent dans le cadre de la même opération ou conduite. Le lien entre la violation de la *Charte* et les éléments de preuve contestés peut être temporel, contextuel, causal ou un mélange des trois. Un lien éloigné ou ténu entre la violation de la *Charte* et les éléments de preuve contestés ne sera pas suffisant pour faire entrer en jeu le par. 24(2). Lorsque des éléments de preuve ont été obtenus en violation de la *Charte*, l'analyse requise aux fins d'application du par. 24(2) examine ensuite, sur la base de trois questions, l'effet à long terme de l'utilisation de ces éléments de preuve sur la confiance du public envers le système de justice. Ces trois questions sont : (1) la gravité de la conduite étatique attentatoire à la *Charte*; (2) l'incidence de la violation sur les intérêts de l'accusé protégés par la *Charte*; et (3) l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond. La dernière étape dans l'analyse requise aux fins d'application du par. 24(2) consiste à mettre en balance les facteurs dégagés lors de l'examen des trois questions afin d'évaluer l'incidence de l'utilisation ou de l'exclusion des éléments de preuve sur la considération à long terme portée à l'administration de la justice.

En l'espèce, tous les éléments de preuve saisis ont été obtenus dans des conditions qui ont violé les droits garantis à l'accusé par la *Charte*. Ce fut le cas en ce qui concerne les munitions et les drogues illégales saisies durant les première et deuxième fouilles, étant donné que l'arrestation de l'accusé pour possession d'une substance désignée ainsi que les fouilles de sa personne et de sa voiture effectuées accessoirement à l'arrestation ont violé les art. 8 et 9. Pour ce qui est des éléments de preuve qui ont été trouvés au cours de la seconde fouille par palpation, il existait des liens de nature temporelle et contextuelle entre les violations de la *Charte* et la découverte des éléments de preuve. La découverte de

police and was part of the same transaction or course of conduct as the first and second searches.

Under the first line of inquiry, the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct is situated at the less serious end of the scale of culpability and weakly favours exclusion. The conduct underlying the accused's arrest and the searches incident to arrest was inadvertent, not deliberate, and reflected an honest mistake about whether gabapentin was listed under the *CDSA*; the arresting officer tried to respect the accused's *Charter* rights throughout and at no time did the police conduct display wilful blindness or a flagrant disregard for those rights; and the facts disclose human error by a single, relatively inexperienced police officer with no evidence of a systemic problem or lack of training in the police force that contributed to the mistake. As to the second line of inquiry, the *Charter* breaches arising from the unlawful arrest and the first two searches had a moderate impact on the accused's *Charter*-protected interests, such that this line of inquiry pulls moderately toward exclusion. When the accused was unlawfully arrested, his liberty interests were lawfully restricted for the traffic collision investigation, which mitigates the impact of his arbitrary arrest to some extent. With regard to the impact of the s. 8 *Charter* breaches, the searches were minimally intrusive. Finally, as to the third line of inquiry — society's interest in the adjudication of the case on the merits — the evidence seized was reliable and relevant to the Crown's prosecution of serious offences and its admission would better serve the truth-seeking function of the criminal trial process than its exclusion. This line of inquiry pulls strongly toward admission. The final balancing does not call for exclusion of the evidence to protect the long-term repute of the justice system. Excluding the evidence would damage, rather than vindicate, the long-term repute of the criminal justice system.

Per Brown J. (dissenting): The appeal should be allowed. The evidence should be excluded, and verdicts of acquittal on all charges should be substituted.

ces éléments de preuve était très rapprochée dans le temps des violations de la *Charte*, et elle découlait directement de la même interaction avec les policiers et faisait partie de la même opération ou série d'actes que les première et deuxième fouilles.

Suivant la première question de l'analyse, la gravité de la conduite étatique attentatoire à la *Charte* se situe à l'extrémité la moins grave de l'échelle de culpabilité et milite faiblement en faveur de l'exclusion. La conduite sous-jacente à l'arrestation de l'accusé et aux fouilles accessoires à l'arrestation a été commise par inadvertance, elle n'était pas délibérée et elle résultait d'une erreur honnête quant à la question de savoir si la gabapentine figurait dans la *LRCDA*S; le policier qui a procédé à l'arrestation a tenté tout au long de l'interaction de respecter les droits garantis à l'accusé par la *Charte*, et les policiers n'ont à aucun moment fait preuve d'aveuglement volontaire ou de mépris flagrant à l'égard de ces droits; en outre, les faits révèlent une erreur humaine commise par un seul policier, relativement peu expérimenté, et il n'a été présentée aucune preuve d'un problème systémique ou d'un manque de formation au sein des forces policières qui aurait contribué à cette erreur. En ce qui a trait à la deuxième question de l'analyse, les violations de la *Charte* découlant de l'arrestation illégale et des deux premières fouilles ont eu une incidence modérée sur les intérêts de l'accusé protégés par la *Charte*, de telle sorte que le résultat de l'examen de la seconde question milite modérément en faveur de l'exclusion des éléments de preuve. Lorsque l'accusé a été arrêté illégalement, ses intérêts en matière de liberté étaient restreints légalement aux fins de l'enquête liée à l'accident de la route, ce qui a pour effet d'atténuer dans une certaine mesure l'incidence de son arrestation arbitraire. Pour ce qui est de l'incidence des violations de l'art. 8 de la *Charte*, les fouilles étaient minimalement envahissantes. Enfin, en ce qui a trait à la troisième question de l'analyse, soit l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond, les éléments de preuve saisis étaient fiables et pertinents aux fins de poursuites intentées par la Couronne à l'égard d'infractions graves, et leur utilisation servirait mieux la fonction de recherche de la vérité que remplit le procès criminel que leur exclusion. Cette question de l'analyse milite fortement en faveur de leur utilisation. La mise en balance finale ne commande pas l'exclusion des éléments de preuve afin de protéger la considération à long terme portée au système de justice. L'exclusion des éléments de preuve affaiblirait au lieu de soutenir la considération à long terme portée au système de justice pénale.

Le juge Brown (dissident) : Le pourvoi devrait être accueilli. Les éléments de preuve devraient être exclus, et des verdicts d'acquiescement devraient être substitués à l'égard de tous les chefs d'accusation.

There is agreement with the majority that (1) an arrest based on a mistake of law is unlawful, (2) in this case, it resulted in a breach of the accused's rights under s. 8 and s. 9 of the *Charter*, and (3) no deference is owed to the trial judge's findings on s. 24(2) given his legal errors. There is also agreement with the majority's account of the law and principles governing s. 24(2). There is disagreement on the application of the law and principles to the facts, as they relate to the seriousness of the *Charter*-infringing conduct. On that point, there is agreement with the dissenting judge at the Court of Appeal. Taking that into account, and accepting the majority's discussion of the other lines of inquiry, admitting the evidence would bring the administration of justice into disrepute.

Cases Cited

By Jamal J.

Applied: *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Storrey*, [1990] 1 S.C.R. 241; *Frey v. Fedoruk*, [1950] S.C.R. 517; *Kosoian v. Société de transport de Montréal*, 2019 SCC 59, [2019] 4 S.C.R. 335; **referred to:** *R. v. Blaney*, 2018 BCSC 2211; *R. v. Jongbloets*, 2017 BCSC 2329; *R. v. J.G.B.*, 2020 YKTC 14; *Pearce v. Canada (Attorney General)*, 2016 FC 1409; *R. v. Johnson*, 2018 SKQB 322, aff'd 2021 SKCA 63; *R. v. Qaqasiq*, 2020 NUCJ 36, aff'd 2021 NUCA 16; *R. v. Bourdon*, 2016 ONSC 5707; *R. v. Suberu*, 2009 SCC 33, [2009] 2 S.C.R. 460; *R. v. Le*, 2019 SCC 34, [2019] 2 S.C.R. 692; *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59; *R. v. Loewen*, 2011 SCC 21, [2011] 2 S.C.R. 167; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Chehil*, 2013 SCC 49, [2013] 3 S.C.R. 220; *R. v. MacKenzie*, 2013 SCC 50, [2013] 3 S.C.R. 250; *R. v. Shepherd*, 2009 SCC 35, [2009] 2 S.C.R. 527; *R. v. D.L.W.*, 2016 SCC 22, [2016] 1 S.C.R. 402; *R. v. McDonnell*, [1997] 1 S.C.R. 948; *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901; *Hudson v. Brantford Police Services Board* (2001), 158 C.C.C. (3d) 390; *R. v. Douglas*, 2021 ONCJ 562; *Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129; *Heien v. North Carolina*, 574 U.S. 54 (2014); *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Orr*, 2021 BCCA 42, 399 C.C.C. (3d) 441; *R. v. Griffith*, 2021 ONCA 302, 71 C.R. (7th) 239; *R. v. Todd*, 2019 SKCA 36, [2019] 9 W.W.R. 207; *R. v. Canary*, 2018 ONCA 304, 361 C.C.C. (3d) 63; *R. v. Messina*, 2013 BCCA 499, 346 B.C.A.C.

Il y a accord avec les juges majoritaires pour dire (1) qu'une arrestation basée sur une erreur de droit est illégale, (2) qu'en l'espèce l'arrestation a entraîné une violation des droits garantis à l'accusé par les art. 8 et 9 de la *Charte*, et (3) que les conclusions du juge du procès relativement au par. 24(2) ne commandent aucune déférence compte tenu des erreurs de droit commises par ce dernier. Il y a en outre accord avec la présentation faite par les juges majoritaires des règles de droit et des principes qui régissent le par. 24(2). Il y a désaccord quant à l'application des règles de droit et des principes aux faits, en ce qui a trait aux faits se rapportant à la gravité de la conduite attentatoire à la *Charte*. Sur ce point, il y a accord avec la juge dissidente de la Cour d'appel. Compte tenu de ce qui précède, et acceptant l'analyse des juges majoritaires à l'égard des autres questions, l'utilisation des éléments de preuve recueillis serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Jurisprudence

Citée par le juge Jamal

Arrêts appliqués : *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Storrey*, [1990] 1 R.C.S. 241; *Frey c. Fedoruk*, [1950] R.C.S. 517; *Kosoian c. Société de transport de Montréal*, 2019 CSC 59, [2019] 4 R.C.S. 335; **arrêts mentionnés :** *R. c. Blaney*, 2018 BCSC 2211; *R. c. Jongbloets*, 2017 BCSC 2329; *R. c. J.G.B.*, 2020 YKTC 14; *Pearce c. Canada (Procureur général)*, 2016 CF 1409; *R. c. Johnson*, 2018 SKQB 322, conf. par 2021 SKCA 63; *R. c. Qaqasiq*, 2020 NUCJ 36, conf. par 2021 NUCA 16; *R. c. Bourdon*, 2016 ONSC 5707; *R. c. Suberu*, 2009 CSC 33, [2009] 2 R.C.S. 460; *R. c. Le*, 2019 CSC 34, [2019] 2 R.C.S. 692; *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59; *R. c. Loewen*, 2011 CSC 21, [2011] 2 R.C.S. 167; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Chehil*, 2013 CSC 49, [2013] 3 R.C.S. 220; *R. c. MacKenzie*, 2013 CSC 50, [2013] 3 R.C.S. 250; *R. c. Shepherd*, 2009 CSC 35, [2009] 2 R.C.S. 527; *R. c. D.L.W.*, 2016 CSC 22, [2016] 1 R.C.S. 402; *R. c. McDonnell*, [1997] 1 R.C.S. 948; *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901; *Hudson c. Brantford Police Services Board* (2001), 158 C.C.C. (3d) 390; *R. c. Douglas*, 2021 ONCJ 562; *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129; *Heien c. North Carolina*, 574 U.S. 54 (2014); *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. Orr*, 2021 BCCA 42, 399 C.C.C. (3d) 441; *R. c. Griffith*, 2021 ONCA 302, 71 C.R. (7th) 239; *R. c. Todd*, 2019 SKCA 36, [2019] 9 W.W.R.

179; *R. v. Wilson*, 2012 BCCA 517, 331 B.C.A.C. 195, leave to appeal refused, [2013] 3 S.C.R. xii; *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51; *R. v. Nolet*, 2010 SCC 24, [2010] 1 S.C.R. 851; *R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Saeed*, 2016 SCC 24, [2016] 1 S.C.R. 518; *R. v. Fearon*, 2014 SCC 77, [2014] 3 S.C.R. 621; *R. v. Stairs*, 2022 SCC 11, [2022] 1 S.C.R. 169; *R. v. Clayton*, 2007 SCC 32, [2007] 2 S.C.R. 725; *R. v. Rowson*, 2015 ABCA 354, 332 C.C.C. (3d) 165, aff'd 2016 SCC 40, [2016] 2 S.C.R. 158; *R. v. Thibodeau*, 2007 BCCA 489, 247 B.C.A.C. 103, leave to appeal refused, [2008] 1 S.C.R. xiii; *R. v. Ali*, 2022 SCC 1, [2022] 1 S.C.R. 3; *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679; *R. v. Latimer*, [1997] 1 S.C.R. 217; *R. v. Paterson*, 2017 SCC 15, [2017] 1 S.C.R. 202; *R. v. Wittwer*, 2008 SCC 33, [2008] 2 S.C.R. 235; *R. v. Mack*, 2014 SCC 58, [2014] 3 S.C.R. 3; *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980; *R. v. Plaha* (2004), 189 O.A.C. 376; *R. v. Mian*, 2014 SCC 54, [2014] 2 S.C.R. 689; *R. v. Goldhart*, [1996] 2 S.C.R. 463; *R. v. Pino*, 2016 ONCA 389, 130 O.R. (3d) 561; *R. v. Lichtenwald*, 2020 SKCA 70, 388 C.C.C. (3d) 377; *R. v. Reilly*, 2020 BCCA 369, 397 C.C.C. (3d) 219, aff'd 2021 SCC 38, [2021] 2 S.C.R. 1078; *R. v. Harrison*, 2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34; *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158; *R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341; *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527; *R. v. Keller*, 2019 ABCA 38, 372 C.C.C. (3d) 502; *R. v. Côté*, 2011 SCC 46, [2011] 3 S.C.R. 215; *R. v. Parranto*, 2021 SCC 46, [2021] 3 S.C.R. 366.

By Brown J. (dissenting)

R. v. Grant, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 9, 24(2).
Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 320.16(1), 495(1).
Traffic Safety Act, R.S.A. 2000, c. T-6, s. 69(1)(a), (c).

Authors Cited

Cournoyer, Guy. *Code criminel annoté 2021*. Montréal: Yvon Blais, 2020.
 Ewaschuk, E. G. *Criminal Pleadings & Practice in Canada*, 2nd ed. Toronto: Thomson Reuters, 1987 (loose-leaf updated February 2022, release 1).
 Manning, Morris, and Peter Sankoff. *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2015.

207; *R. c. Canary*, 2018 ONCA 304, 361 C.C.C. (3d) 63; *R. c. Messina*, 2013 BCCA 499, 346 B.C.A.C. 179; *R. c. Wilson*, 2012 BCCA 517, 331 B.C.A.C. 195, autorisation d'appel refusée, [2013] 3 R.C.S. xii; *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51; *R. c. Nolet*, 2010 CSC 24, [2010] 1 R.C.S. 851; *R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Saeed*, 2016 CSC 24, [2016] 1 R.C.S. 518; *R. c. Fearon*, 2014 CSC 77, [2014] 3 R.C.S. 621; *R. c. Stairs*, 2022 CSC 11, [2022] 1 R.C.S. 169; *R. c. Clayton*, 2007 CSC 32, [2007] 2 R.C.S. 725; *R. c. Rowson*, 2015 ABCA 354, 332 C.C.C. (3d) 165, conf. par 2016 CSC 40, [2016] 2 R.C.S. 158; *R. c. Thibodeau*, 2007 BCCA 489, 247 B.C.A.C. 103, autorisation d'appel refusée, [2008] 1 R.C.S. xiii; *R. c. Ali*, 2022 CSC 1, [2022] 1 R.C.S. 3; *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679; *R. c. Latimer*, [1997] 1 R.C.S. 217; *R. c. Paterson*, 2017 CSC 15, [2017] 1 R.C.S. 202; *R. c. Wittwer*, 2008 CSC 33, [2008] 2 R.C.S. 235; *R. c. Mack*, 2014 CSC 58, [2014] 3 R.C.S. 3; *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980; *R. c. Plaha* (2004), 189 O.A.C. 376; *R. c. Mian*, 2014 CSC 54, [2014] 2 R.C.S. 689; *R. c. Goldhart*, [1996] 2 R.C.S. 463; *R. c. Pino*, 2016 ONCA 389, 130 O.R. (3d) 561; *R. c. Lichtenwald*, 2020 SKCA 70, 388 C.C.C. (3d) 377; *R. c. Reilly*, 2020 BCCA 369, 397 C.C.C. (3d) 219, conf. par 2021 CSC 38, [2021] 2 R.C.S. 1078; *R. c. Harrison*, 2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34; *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158; *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341; *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527; *R. c. Keller*, 2019 ABCA 38, 372 C.C.C. (3d) 502; *R. c. Côté*, 2011 CSC 46, [2011] 3 R.C.S. 215; *R. c. Parranto*, 2021 CSC 46, [2021] 3 R.C.S. 366.

Citée par le juge Brown (dissident)

R. c. Grant, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 9, 24(2).
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 320.16(1), 495(1).
Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, c. 19.
Traffic Safety Act, R.S.A. 2000, c. T-6, art. 69(1)(a), (c).

Doctrine et autres documents cités

Cournoyer, Guy. *Code criminel annoté 2021*, Montréal, Yvon Blais, 2020.
 Ewaschuk, E. G. *Criminal Pleadings & Practice in Canada*, 2nd ed., Toronto, Thomson Reuters, 1987 (loose-leaf updated February 2022, release 1).
 Manning, Morris, and Peter Sankoff. *Manning, Mewett & Sankoff : Criminal Law*, 5th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2015.

Marin, René J. *Admissibility of Statements*, 9th ed. Toronto: Thomson Reuters, 1995 (loose-leaf updated February 2022, release 1).

McWilliams' Canadian Criminal Evidence, 5th ed. by S. Casey Hill, David M. Tanovich and Louis P. Strezos, eds. Toronto: Thomson Reuters, 2013 (loose-leaf updated February 2022, release 1).

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 8th ed. Toronto: Thomson Reuters, 2020.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (McDonald, Veldhuis and Wakeling JJ.A.), 2020 ABCA 469, 21 Alta. L.R. (7th) 95, 397 C.C.C. (3d) 163, 477 C.R.R. (2d) 11, [2021] 6 W.W.R. 55, [2020] A.J. No. 1426 (QL), 2020 CarswellAlta 2496 (WL), affirming the convictions of the accused for weapons and drug offences. Appeal dismissed, Brown J. dissenting.

Daniel J. Song and Curtis Steeves, for the appellant.

Elisa Frank, for the respondent.

The judgment of Wagner C.J. and Moldaver, Côté, Rowe, Kasirer and Jamal JJ. was delivered by

JAMAL J. —

I. Introduction

[1] At issue on this appeal is whether the arrest of an individual based on a mistake of law and subsequent searches infringed the individual's rights against arbitrary detention (s. 9) and unreasonable search and seizure (s. 8) guaranteed under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and if so, whether the evidence obtained should be excluded under s. 24(2).

[2] The police investigated the appellant, Mr. Sokha Tim, for a traffic collision after he hit a roadside sign on a busy road in Calgary and kept driving until his

Marin, René J. *Admissibility of Statements*, 9th ed., Toronto, Thomson Reuters, 1995 (loose-leaf updated February 2022, release 1).

McWilliams' Canadian Criminal Evidence, 5th ed. by S. Casey Hill, David M. Tanovich and Louis P. Strezos, eds., Toronto, Thomson Reuters, 2013 (loose-leaf updated February 2022, release 1).

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law : A Treatise*, 8th ed., Toronto, Thomson Reuters, 2020.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges McDonald, Veldhuis et Wakeling), 2020 ABCA 469, 21 Alta. L.R. (7th) 95, 397 C.C.C. (3d) 163, 477 C.R.R. (2d) 11, [2021] 6 W.W.R. 55, [2020] A.J. No. 1426 (QL), 2020 CarswellAlta 2496 (WL), qui a confirmé les déclarations de culpabilité prononcées contre l'accusé à l'égard d'infractions liées aux armes et aux drogues. Pourvoi rejeté, le juge Brown est dissident.

Daniel J. Song et Curtis Steeves, pour l'appelant.

Elisa Frank, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Moldaver, Côté, Rowe, Kasirer et Jamal rendu par

LE JUGE JAMAL —

I. Introduction

[1] La question en litige dans le présent pourvoi consiste à déterminer si l'arrestation d'un individu basée sur une erreur de droit et les fouilles effectuées subséquemment ont violé les droits à la protection contre la détention arbitraire (art. 9) et les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives (art. 8) garantis à cette personne par la *Charte canadienne des droits et libertés*, et, dans l'affirmative, si les éléments de preuve obtenus doivent être écartés en application du par. 24(2).

[2] La police a interrogé l'appelant, M. Sokha Tim, relativement à un accident de la route, après que ce dernier a heurté un panneau routier avec son véhicule

car stopped. An officer found the appellant standing on the roadside by his damaged car and asked him for his driver's licence, vehicle registration, and proof of insurance. When the appellant returned to his car to get these documents, the officer saw him try to hide a yellow pill that the officer correctly identified as gabapentin, a prescription drug that the officer mistakenly believed was a controlled substance under the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19 ("CDSA"). The officer then arrested him for possession of a controlled substance. The police conducted a pat-down search of the appellant and searched his car incident to arrest, finding fentanyl, other illegal drugs, and ammunition. Because the police saw bullets falling from the appellant's pants and believed that he was hiding something, they conducted a second pat-down search, this time finding a loaded handgun. A strip search at the police station found no further contraband.

[3] At trial, the appellant applied to exclude the evidence of the gun, ammunition, and drugs on the basis that the police had breached his rights under ss. 8 and 9 of the *Charter*. The trial judge dismissed the application, admitted the evidence, and convicted the appellant of several drug and firearm offences, including possession of fentanyl and a loaded prohibited firearm. A majority of the Court of Appeal of Alberta dismissed his appeal. The appellant now appeals to this Court as of right.

[4] For the reasons that follow, I would dismiss the appeal. The police breached s. 9 of the *Charter* by arresting the appellant based on a mistake of law about the legal status of gabapentin. They then breached s. 8 of the *Charter* by searching his person and car incident to the unlawful arrest. However, the subsequent pat-down search of the appellant was

dans une rue achalandée de Calgary et a poursuivi sa route jusqu'à ce que le véhicule ne puisse plus rouler. Un policier a trouvé l'appelant debout, sur le bord de la route, à côté de son véhicule endommagé, et il lui a demandé son permis de conduire, l'immatriculation du véhicule et une preuve d'assurance. Quand l'appelant est retourné à son automobile pour y récupérer ces documents, le policier l'a vu tenter de dissimuler un comprimé jaune. Le policier a correctement identifié le comprimé comme étant de la gabapentine, un médicament délivré sur ordonnance, mais il a cru à tort qu'il s'agissait d'une substance désignée figurant dans la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, c. 19 (« LRC DAS »). Ce policier a alors arrêté l'appelant pour possession d'une substance désignée. La fouille par palpation de l'appelant et la fouille de son automobile qui ont été effectuées par la police accessoirement à l'arrestation ont permis de découvrir du fentanyl, d'autres drogues illégales et des munitions. Parce qu'ils ont vu des balles tomber du pantalon de l'appelant et ont cru que ce dernier dissimulait quelque chose, les policiers ont effectué une seconde fouille par palpation, découvrant cette fois une arme de poing chargée. Une fouille à nu réalisée au poste de police n'a pas permis de trouver d'autres objets de contrebande.

[3] Au procès, l'appelant a demandé l'exclusion de la preuve liée à l'arme à feu, aux munitions et aux drogues au motif que la police avait violé les droits qui lui sont garantis par les art. 8 et 9 de la *Charte*. Le juge du procès a rejeté la demande, admis les éléments de preuve et déclaré l'appelant coupable de plusieurs infractions liées aux drogues et aux armes à feu, notamment de possession de fentanyl et d'une arme à feu prohibée chargée. Dans un arrêt rendu à la majorité, la Cour d'appel de l'Alberta a rejeté son appel. L'appelant se pourvoit maintenant de plein droit devant notre Cour.

[4] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Les policiers ont violé l'art. 9 de la *Charte* en arrêtant l'appelant sur la base d'une erreur de droit quant au statut juridique de la gabapentine. Ils ont ensuite violé l'art. 8 de la *Charte* en fouillant l'appelant et son véhicule accessoirement à l'arrestation illégale. Cependant, la fouille par

a lawful search incident to a parallel investigative detention for the traffic collision investigation. In addition, the strip search at the police station was a lawful search incident to arrest for possession of a prohibited firearm. Although all the impugned evidence was “obtained in a manner” that breached the *Charter*, I would not exclude it under s. 24(2). The *Charter* breaches were at the less serious end of the scale of culpability and only moderately impacted the appellant’s *Charter*-protected interests. On the other side of the ledger, the evidence was reliable and essential to the prosecution of serious offences. In my view, weighing these considerations, the admission of the evidence would not bring the administration of justice into disrepute.

II. Facts

[5] On the afternoon of October 8, 2016, a member of the public called 9-1-1 to report a single-vehicle collision on Memorial Drive in Calgary. The appellant’s car had veered off the road, hit a roadside sign, and continued for about a kilometre before it became disabled. Fire, medical, and police services rushed to the scene. The appellant was standing at the side of the road talking to a firefighter when a police officer arrived.

[6] The officer, suspecting that the appellant had fled the scene of the collision, approached the appellant and asked if he had been involved in an accident. The appellant acknowledged that he had hit the sign, but he claimed that he could not stop. The officer asked the appellant for his driver’s licence, vehicle registration, and proof of insurance. The appellant said he would get the documents from his car. The officer followed him as he did so.

[7] When the appellant opened the driver-side door, the officer saw a small ziplock bag containing a single yellow pill near the window controls in the door

palpation subséquente de l’appelant constituait une fouille légale accessoire à une détention parallèle pour les besoins de l’enquête sur l’accident de la route. En outre, la fouille à nu effectuée au poste de police constituait une fouille légale accessoire à l’arrestation pour possession d’une arme à feu prohibée. Bien que tous les éléments de preuve contestés aient été « obtenus dans des conditions » qui ont violé la *Charte*, je ne suis pas d’avis de les écarter en application du par. 24(2). Les violations de la *Charte* se situent à l’extrémité la moins grave de l’échelle de culpabilité, et elles n’ont eu qu’une incidence modérée sur les intérêts de l’appelant protégés par la *Charte*. En revanche, les éléments de preuve étaient fiables et essentiels à la poursuite d’infractions graves. À mon avis, il ressort de la mise en balance de ces considérations que l’utilisation des éléments de preuve n’est pas susceptible de déconsidérer l’administration de la justice.

II. Faits

[5] Dans l’après-midi du 8 octobre 2016, un membre du public a composé le 9-1-1 pour signaler un accident impliquant un seul véhicule sur Memorial Drive, à Calgary. Le véhicule de l’appelant avait quitté la route, heurté un panneau routier et continué de rouler sur environ un kilomètre avant de s’arrêter. Les services d’incendie, les services médicaux et les services de police se sont précipités sur les lieux. L’appelant se tenait sur le bord de la route et parlait à un pompier lorsqu’un policier est arrivé.

[6] Soupçonnant que l’appelant avait fui les lieux de l’accident, le policier s’est approché de ce dernier et lui a demandé s’il avait été impliqué dans un accident. L’appelant a reconnu qu’il avait heurté le panneau routier, mais il a affirmé qu’il n’avait pas été en mesure de s’arrêter. Le policier lui a demandé son permis de conduire, l’immatriculation du véhicule et une preuve d’assurance. L’appelant a répondu qu’il allait chercher les documents dans son automobile. Le policier l’a suivi pendant qu’il y allait.

[7] Quand l’appelant a ouvert la portière du côté du conducteur, le policier a vu un petit sac ziplock contenant un seul comprimé jaune près des commandes

area. The appellant’s eyes motioned to the pill, and he quickly swiped it to the ground outside of the car, as if he were trying to hide it. The officer recognized the pill as gabapentin, which he had seen trafficked on the street with illegal drugs such as fentanyl and methamphetamine. Because the officer believed that gabapentin was a controlled drug under the *CDSA*, he immediately arrested the appellant for possession of a controlled substance. He did not ask the appellant about the drug because he wanted to arrest and caution him without delay. However, as the officer later learned, gabapentin — which goes by the street name “gabby” or “gabbies” — is not a controlled substance but rather a prescription painkiller and anti-seizure medication. It is also trafficked and used as a recreational drug for the high it creates.¹

[8] After the appellant was arrested, the police conducted four searches. The legality of those searches was challenged in the courts below and before this Court.

[9] In the first search, the officer conducted a pat-down search of the appellant’s person incident to arrest. This search revealed live ammunition for a .22 calibre rifle and a .45 calibre handgun, 5 fentanyl pills, 2 pills later identified as hydromorphone (an opioid and controlled substance under the *CDSA*), 2 pills later identified as alprazolam (a tranquilizer and controlled substance under the *CDSA*), another gabapentin pill, 3 cell phones, and \$480 in cash.

[10] In the second search, another police officer, who arrived moments before the arresting officer placed

¹ See, e.g., *R. v. Blaney*, 2018 BCSC 2211, at paras. 3 and 11 (CanLII); *R. v. Jongbloets*, 2017 BCSC 2329, at para. 20 (CanLII); *R. v. J.G.B.*, 2020 YKTC 14, at paras. 6-7 (CanLII); *Pearce v. Canada (Attorney General)*, 2016 FC 1409, at para. 17 (CanLII); *R. v. Johnson*, 2018 SKQB 322, at para. 21 (CanLII), aff’d 2021 SKCA 63; *R. v. Qaqasiq*, 2020 NUCJ 36, at para. 17 (CanLII), aff’d 2021 NUCA 16; *R. v. Bourdon*, 2016 ONSC 5707, at paras. 14 and 475-76 (CanLII).

de la vitre dans la portière. L’appelant a regardé en direction du sac, qu’il a fait tomber par terre à l’extérieur du véhicule d’un geste vif de la main, comme s’il essayait de le dissimuler. Le policier a reconnu le comprimé comme étant de la gabapentine, substance dont il avait observé le trafic dans les rues avec des drogues illicites tels le fentanyl et la méthamphétamine. Comme le policier croyait que la gabapentine était une substance désignée figurant dans la *LRCIDAS*, il a immédiatement arrêté l’appelant pour possession d’une substance désignée. Il ne lui a pas posé de questions au sujet de la drogue, parce qu’il voulait l’arrêter et lui donner sans délai la mise en garde usuelle. Toutefois, comme l’a par la suite appris le policier, la gabapentine — familièrement appelée « *gabby* » ou « *gabbies* » — n’est pas une substance désignée, mais plutôt un analgésique et un anti-convulsif délivré sur ordonnance. Elle fait aussi l’objet de trafic et est utilisée comme drogue à usage récréatif pour l’euphorie qu’elle procure¹.

[8] Après l’arrestation de l’appelant, la police a effectué quatre fouilles. La légalité de ces fouilles a été contestée devant les juridictions inférieures et devant notre Cour.

[9] La première fouille a consisté en une fouille par palpation de l’appelant effectuée par le policier accessoirement à l’arrestation. Cette fouille a permis de découvrir des munitions réelles pour une carabine de calibre .22 et une arme de poing de calibre .45, 5 comprimés de fentanyl, 2 comprimés qui ont plus tard été identifiés comme étant de l’hydromorphone (un opioïde et une substance désignée figurant dans la *LRCIDAS*), 2 comprimés qui ont été par la suite identifiés comme étant de l’alprazolam (un tranquillisant et une substance désignée figurant dans la *LRCIDAS*), un autre comprimé de gabapentine, 3 téléphones cellulaires et 480 \$ en argent liquide.

[10] La deuxième fouille a consisté en une fouille de la voiture de l’appelant effectuée accessoirement

¹ Voir, p. ex., *R. c. Blaney*, 2018 BCSC 2211, par. 3 et 11 (CanLII); *R. c. Jongbloets*, 2017 BCSC 2329, par. 20 (CanLII); *R. c. J.G.B.*, 2020 YKTC 14, par. 6-7 (CanLII); *Pearce c. Canada (Procureur général)*, 2016 CF 1409, par. 17 (CanLII); *R. c. Johnson*, 2018 SKQB 322, par. 21 (CanLII), conf. par 2021 SKCA 63; *R. c. Qaqasiq*, 2020 NUCJ 36, par. 17 (CanLII), conf. par 2021 NUCA 16; *R. c. Bourdon*, 2016 ONSC 5707, par. 14 et 475-476 (CanLII).

the appellant under arrest, searched the appellant's car incident to arrest. He found a folded serrated knife, a canister of bear spray, four fentanyl pills, and two pills later identified as alprazolam.

[11] In the third search, the arresting officer searched the appellant's person again because he became concerned that the first search might have missed some items. His suspicions were aroused because the appellant was walking strangely while being taken to the patrol car: he was limping and shaking his leg, as if he had something hidden in his pants or falling down his pant leg. The officer then saw .22 calibre ammunition fall from the leg of the appellant's pants. While searching his person, the officer touched the outside of the appellant's pants in his groin area and felt a metal object. A double-barrelled handgun immediately fell from his pants. The gun was loaded with two live rounds, one in each barrel.

[12] In the fourth search, the appellant was strip searched at the police station. The appellant was asked to strip down to his underwear and an officer searched around his waistband to see if he had hidden anything else. No more contraband was found.

III. Judgments Below

A. *Court of Queen's Bench of Alberta (Sullivan J.)*

[13] On a *voir dire*, the appellant asserted that the police had infringed his rights under ss. 8 and 9 of the *Charter*, and he sought to exclude the evidence of the fentanyl, ammunition, and handgun under s. 24(2). The trial judge held that the warrantless arrest did not violate s. 9 of the *Charter*, as the officer had reasonable and probable grounds to believe that an

à l'arrestation. Cette fouille a été réalisée par un autre policier, qui était arrivé quelques instants avant que le premier policier ne mette l'appelant en état d'arrestation. Le second policier a trouvé un couteau à lame dentelée plié, un vaporisateur chasse-ours, quatre comprimés de fentanyl et deux comprimés qui ont ultérieurement été identifiés comme étant de l'alprazolam.

[11] Pour ce qui est de la troisième fouille, le policier qui avait procédé à l'arrestation de l'appelant a de nouveau fouillé celui-ci, car il s'inquiétait d'avoir peut-être omis de repérer certains objets lors de la première fouille. Ses soupçons ont été éveillés parce que l'appelant marchait de façon étrange pendant qu'on l'amenait à la voiture de patrouille : il boitait et remuait la jambe, comme si quelque chose était dissimulé dans son pantalon ou en train de tomber de la jambe de son pantalon. Le policier a alors vu des munitions de calibre .22 tomber de la jambe du pantalon de l'appelant. Pendant qu'il le fouillait, le policier a touché l'extérieur du pantalon de l'appelant, dans la région de l'aîne, et il a senti la présence d'un objet métallique. Une arme de poing à deux canons est immédiatement tombée du pantalon de l'appelant. L'arme à feu était chargée et contenait deux cartouches non utilisées, une dans chaque canon.

[12] Dans le cas de la quatrième fouille, il s'est agi d'une fouille à nu de l'appelant effectuée au poste de police. On a demandé à l'appelant de se dévêtir, sans retirer son sous-vêtement, et un policier l'a fouillé le long de la ceinture élastique du sous-vêtement pour voir s'il avait dissimulé quoi que ce soit d'autre. Aucun autre objet de contrebande n'a été trouvé.

III. Décisions des juridictions inférieures

A. *Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (le juge Sullivan)*

[13] Lors d'un *voir-dire*, l'appelant a affirmé que les policiers avaient violé les droits que lui garantissent les art. 8 et 9 de la *Charte*, et il a demandé que soient écartés, en application du par. 24(2), les éléments de preuve relatifs au fentanyl, aux munitions et à l'arme de poing. Le juge du procès a décidé que l'arrestation sans mandat n'avait pas violé l'art. 9 de la *Charte*, car

offence had been committed, even though possession of gabapentin was not an offence. The officer had a subjective belief that gabapentin was a controlled substance, and his belief was objectively reasonable given his experience seeing it trafficked with other street drugs and his observation of the appellant trying to hide the pill. The trial judge held that the searches at the scene were incident to a lawful arrest, and they therefore did not infringe s. 8 of the *Charter*. Although the trial judge found no breach of s. 8 or s. 9 of the *Charter*, he said that he had considered all the factors under s. 24(2) and admitted the evidence. The appellant then pleaded guilty to possession of fentanyl and to several firearms offences.

B. *Court of Appeal of Alberta, 2020 ABCA 469, 397 C.C.C. (3d) 163 (McDonald and Wakeling J.J.A., Veldhuis J.A. (Dissenting))*

[14] The Court of Appeal of Alberta divided on whether ss. 8 and 9 of the *Charter* were infringed and whether the evidence should be excluded under s. 24(2).

[15] The majority found no breach of s. 8 or s. 9 of the *Charter* and dismissed the appeal. The officer had reasonable and probable grounds to believe that the appellant had committed an indictable offence, and the officer could thus arrest him without a warrant under s. 495(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The arresting officer's mistake of law — in believing that gabapentin was a controlled substance under the *CDSA* — did not invalidate the arrest. The officer was not enforcing a “non-existent law”; “[h]e was enforcing the *CDSA* pertaining to the possession of a controlled substance” (para. 36). Although the officer made a mistake of law, he believed on reasonable and probable grounds in a state of facts and law that, had they existed, would have resulted in the offence of possession of a controlled substance. The officer was not expected to be perfect in hindsight. He

le policier possédait des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction avait été commise, même si la possession de gabapentine ne constituait pas une infraction. Le policier croyait subjectivement que la gabapentine était une substance désignée, et sa croyance était objectivement raisonnable, puisqu'il avait constaté, dans le cours de son travail, qu'elle faisait l'objet de trafic avec d'autres drogues de rues, et qu'il avait vu l'appelant essayer de dissimuler le comprimé. Le juge du procès a statué que les fouilles effectuées sur les lieux l'avaient été accessoirement à une arrestation légale, et qu'en conséquence elles n'avaient pas violé l'art. 8 de la *Charte*. Bien que le juge du procès ait conclu à l'absence de violation des art. 8 et 9 de la *Charte*, il a dit qu'il avait considéré tous les facteurs pertinents pour l'application du par. 24(2) et il a admis les éléments de preuve. L'appelant a alors plaidé coupable à une infraction de possession de fentanyl et à plusieurs infractions liées aux armes à feu.

B. *Cour d'appel de l'Alberta, 2020 ABCA 469, 397 C.C.C. (3d) 163 (les juges McDonald et Wakeling, la juge Veldhuis (dissidente))*

[14] La Cour d'appel de l'Alberta a été divisée relativement à la question de savoir s'il y avait eu violation des art. 8 et 9 de la *Charte* et si les éléments de preuve recueillis devaient être écartés en application du par. 24(2).

[15] Les juges majoritaires ont conclu à l'absence de violation des art. 8 et 9 de la *Charte* et ils ont rejeté l'appel. Selon eux, le policier possédait des motifs raisonnables et probables de croire que l'appelant avait commis un acte criminel et il pouvait en conséquence l'arrêter sans mandat en vertu du par. 495(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. L'erreur de droit qu'a commise le policier ayant procédé à l'arrestation — c'est-à-dire le fait qu'il croyait que la gabapentine était une substance désignée figurant dans la *LRCDS* — n'a pas eu pour effet de rendre l'arrestation invalide. Le policier ne mettait pas en application une [TRADUCTION] « loi inexistante »; « [i]l mettait en application les dispositions de la *LRCDS* relatives à la possession d'une substance désignée » (par. 36). Bien que le policier ait commis une erreur de droit, il possédait des motifs raisonnables et probables

acted in good faith and his actions were reasonable in the circumstances. There was thus no breach of s. 9 of the *Charter*. Since the arrest was lawful, the searches did not infringe s. 8 of the *Charter*. There was no need to consider s. 24(2).

[16] The dissenting judge concluded that the police breached ss. 8 and 9 of the *Charter*. The appellant's arrest was arbitrary and breached s. 9. Although the officer had a subjective belief that the appellant was in possession of a controlled substance, that belief was not objectively reasonable. The police must be familiar with and consult the legislation that they are enforcing. Here, the arresting officer made a mistake of law about the legal status of gabapentin. There were no safety concerns, urgency, or other circumstances requiring an immediate arrest, and the appellant was cooperating with the police at the time of his arrest. All four searches breached s. 8 of the *Charter*. The Crown conceded that the first and second searches breached s. 8 if the arrest was arbitrary. The dissenting judge ruled that the Crown did not prove independent grounds justifying the third and fourth searches. The officer's evidence did not establish grounds for a safety search incident to an investigative detention.

[17] The dissenting judge would have excluded all the evidence under s. 24(2) of the *Charter* and acquitted the appellant. The *Charter*-infringing state conduct was serious: the arresting officer was not acting in good faith, since his belief that the appellant had committed an offence was not reasonable in the circumstances; he did not make use of the investigative detention powers available to him; and he took no reasonable steps to investigate whether the appellant possessed a controlled substance. The impact on the appellant's *Charter*-protected interests was serious, since he was subject to searches of varying degrees of intrusion, culminating in a highly invasive strip search.

de croire à l'existence d'une situation factuelle et légale qui, si elle avait existé, aurait constitué une infraction de possession d'une substance désignée. On ne demande pas à un policier d'être parfait en considérant les choses après coup. Le policier a agi de bonne foi et ses actions étaient raisonnables dans les circonstances. Il n'y avait donc pas eu de violation de l'art. 9 de la *Charte*. Comme l'arrestation était légale, les fouilles n'avaient pas violé l'art. 8 de la *Charte*. Il n'y avait nul besoin de se pencher sur le par. 24(2).

[16] La juge dissidente a conclu que la police avait violé les art. 8 et 9 de la *Charte*. L'arrestation de l'appelant était arbitraire et avait violé l'art. 9. Bien que le policier ait eu une croyance subjective que l'appelant était en possession d'une substance désignée, cette croyance n'était pas objectivement raisonnable. Les policiers doivent être familiers avec les lois qu'ils mettent en application et les consulter. En l'espèce, le policier ayant procédé à l'arrestation a commis une erreur de droit quant au statut juridique de la gabapentine. Il n'existait pas de préoccupations liées à la sécurité, ni d'urgence ni d'autres circonstances exigeant une arrestation immédiate, et l'appelant coopérait avec les policiers au moment de son arrestation. Les quatre fouilles ont toutes violé l'art. 8 de la *Charte*. La Couronne a concédé que si l'arrestation était arbitraire, les première et deuxième fouilles avaient violé l'art. 8. La juge dissidente a statué que la Couronne n'avait pas prouvé l'existence de motifs indépendants justifiant les troisième et quatrième fouilles. Le témoignage du policier n'avait pas permis d'établir de motifs justifiant une fouille de sécurité accessoire à une détention aux fins d'enquête.

[17] La juge dissidente aurait écarté tous les éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*, et elle aurait acquitté l'appelant. La conduite étatique attentatoire à la *Charte* était grave : le policier qui a procédé à l'arrestation n'agissait pas de bonne foi, puisque sa croyance selon laquelle l'appelant avait commis une infraction n'était pas raisonnable dans les circonstances; il n'avait pas utilisé les pouvoirs de détention aux fins d'enquête à sa disposition; et il n'avait pris aucune mesure raisonnable pour déterminer si l'appelant était en possession d'une substance désignée. L'incidence sur les intérêts de l'appelant protégés par la *Charte* était grave, car ce dernier a été soumis à des fouilles

The final balancing led to excluding the evidence, as admitting it would bring the administration of justice into disrepute. Although society's interest in adjudicating this case on the merits supported admission of the evidence, the seriousness of the breaches and the impact on the appellant's *Charter*-protected interests supported exclusion.

IV. Issues

[18] The appellant raises three issues:

- A. Did the police infringe s. 9 of the *Charter* by arresting the appellant based on a mistake of law?
- B. Did the four searches infringe s. 8 of the *Charter*?
- C. Should the evidence be excluded under s. 24(2) of the *Charter*?

V. Analysis

- A. *Did the Police Infringe Section 9 of the Charter by Arresting the Appellant Based on a Mistake of Law?*

(1) Introduction

[19] The first issue is whether the police infringed the appellant's right against arbitrary detention under s. 9 of the *Charter* by arresting him based on a mistake of law. The Crown concedes that the appellant's arrest involved a mistake of law as to whether gabapentin was a controlled substance under the *CDSA*. However, the Crown claims that the majority of the Court of Appeal correctly held that an arrest based on a reasonable mistake of law is nevertheless lawful.

[20] I disagree. As I will explain, an arrest based on a mistake of law is unlawful and infringes s. 9 of the *Charter*.

dont le caractère intrusif a varié et qui ont culminé par une fouille à nu hautement envahissante. La mise en balance finale a abouti à l'exclusion des éléments de preuve, au motif que leur utilisation était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Même si l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond militait en faveur de l'utilisation des éléments de preuve, la gravité des violations et leur incidence sur les intérêts de l'appellant protégés par la *Charte* appuyaient leur exclusion.

IV. Questions en litige

[18] L'appellant soulève les trois questions litigieuses suivantes :

- A. Les policiers ont-ils violé l'art. 9 de la *Charte* en arrêtant l'appellant sur la base d'une erreur de droit?
- B. Les quatre fouilles ont-elles violé l'art. 8 de la *Charte*?
- C. Les éléments de preuve devraient-ils être écartés en application du par. 24(2) de la *Charte*?

V. Analyse

- A. *Les policiers ont-ils violé l'art. 9 de la Charte en arrêtant l'appellant sur la base d'une erreur de droit?*

(1) Introduction

[19] La première question consiste à déterminer si les policiers ont violé le droit contre les détentions arbitraires garanti à l'appellant par l'art. 9 de la *Charte* en procédant à son arrestation sur la base d'une erreur de droit. La Couronne concède qu'il y a eu, lors de l'arrestation de l'appellant, une erreur de droit relativement à la question de savoir si la gabapentine était une substance désignée figurant dans la *LRCDA*. Toutefois, la Couronne plaide que les juges majoritaires de la Cour d'appel ont à juste titre décidé qu'une arrestation basée sur une erreur de droit raisonnable est néanmoins légale.

[20] Je ne suis pas d'accord. Comme je l'expliquerai, une arrestation basée sur une erreur de droit est illégale et viole l'art. 9 de la *Charte*.

(2) Applicable Legal Principles(a) *Section 9 of the Charter*

[21] Section 9 of the *Charter* provides that “[e]veryone has the right not to be arbitrarily detained or imprisoned.” This Court has adopted a generous and purposive approach to the interpretation of s. 9, one that seeks to balance society’s interest in effective policing with robust protection for constitutional rights (see *R. v. Suberu*, 2009 SCC 33, [2009] 2 S.C.R. 460, at para. 24; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, at paras. 15-18 and 23). The purpose of s. 9, broadly stated, “is to protect individual liberty from unjustified state interference” (*Grant*, at para. 20; see also *R. v. Le*, 2019 SCC 34, [2019] 2 S.C.R. 692, at para. 25).

[22] Consistent with this purpose, a lawful arrest or detention is not arbitrary, and does not infringe s. 9 of the *Charter*, unless the law authorizing the arrest or detention is itself arbitrary (see *Grant*, at para. 54; *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59, at para. 20). Conversely, an unlawful arrest or detention is necessarily arbitrary and infringes s. 9 of the *Charter* (see *Grant*, at para. 54; *R. v. Loewen*, 2011 SCC 21, [2011] 2 S.C.R. 167, at para. 3).

(b) *The Power of a Peace Officer to Arrest Without a Warrant*

[23] Sections 495(1)(a) and 495(1)(b) of the *Criminal Code* provide that a peace officer may arrest without warrant “a person who has committed an indictable offence or who, on reasonable grounds, he believes has committed or is about to commit an indictable offence” or “a person whom he finds committing a criminal offence”.

[24] The applicable framework for a warrantless arrest was set out in *R. v. Storrey*, [1990] 1 S.C.R. 241, at pp. 250-51. A warrantless arrest requires both subjective and objective grounds. The arresting officer must subjectively have reasonable and probable grounds for the arrest, and those grounds must be justifiable from an objective viewpoint. The

(2) Principes juridiques applicablesa) *L'article 9 de la Charte*

[21] L'article 9 de la *Charte* précise que « [c]hacon a droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires. » Notre Cour a adopté une interprétation généreuse et téléologique de l'art. 9, une interprétation qui vise à mettre en équilibre l'intérêt de la société dans le maintien efficace de l'ordre et une robuste protection des garanties constitutionnelles (voir *R. c. Suberu*, 2009 CSC 33, [2009] 2 R.C.S. 460, par. 24; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, par. 15-18 et 23). Exprimé en termes larges, l'objet de l'art. 9 « vise à protéger la liberté individuelle contre l'ingérence injustifiée de l'État » (*Grant*, par. 20; voir aussi *R. c. Le*, 2019 CSC 34, [2019] 2 R.C.S. 692, par. 25).

[22] Conformément à cet objet, une arrestation ou une détention qui est légale n'est pas arbitraire et ne viole pas l'art. 9 de la *Charte*, à moins que la loi autorisant l'arrestation ou la détention ne soit elle-même arbitraire (voir *Grant*, par. 54; *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59, par. 20). À l'inverse, une arrestation ou une détention qui est illégale est nécessairement arbitraire et elle viole l'art. 9 de la *Charte* (voir *Grant*, par. 54; *R. c. Loewen*, 2011 CSC 21, [2011] 2 R.C.S. 167, par. 3).

b) *Le pouvoir d'un agent de la paix d'arrêter sans mandat*

[23] Les alinéas 495(1)a) et b) du *Code criminel* disposent qu'un agent de la paix peut arrêter sans mandat « une personne qui a commis un acte criminel ou qui, d'après ce qu'il croit pour des motifs raisonnables, a commis ou est sur le point de commettre un acte criminel » ou « une personne qu'il trouve en train de commettre une infraction criminelle ».

[24] Le cadre d'analyse applicable à l'égard des arrestations sans mandat été énoncé dans l'arrêt *R. c. Storrey*, [1990] 1 R.C.S. 241, p. 250-251. Une arrestation sans mandat requiert l'existence tant de motifs subjectifs que de motifs objectifs. Le policier qui procède à l'arrestation doit posséder subjectivement des motifs raisonnables et probables pour

objective assessment is based on the totality of the circumstances known to the officer at the time of the arrest, including the dynamics of the situation, as seen from the perspective of a reasonable person with comparable knowledge, training, and experience as the arresting officer. The police are not required to have a *prima facie* case for conviction before making the arrest (see also *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13, at para. 24; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, at para. 28; *R. v. Chehil*, 2013 SCC 49, [2013] 3 S.C.R. 220, at paras. 45-47; *R. v. MacKenzie*, 2013 SCC 50, [2013] 3 S.C.R. 250, at para. 73).

[25] The existence of reasonable and probable grounds is founded on the trial judge’s factual findings. Although such factual findings attract appellate deference and are reviewable only for palpable and overriding error, whether the facts as found by the trial judge amount to reasonable and probable grounds is a question of law reviewable for correctness (see *R. v. Shepherd*, 2009 SCC 35, [2009] 2 S.C.R. 527, at para. 20).

[26] The specific s. 9 *Charter* issue raised here is whether an arrest based on a mistake of law is unlawful. Can a police officer arrest someone whom they believe has committed an offence, even if the facts relied on by the arresting officer, if true, do not involve unlawful conduct? In my view, the answer is no. As I will elaborate, precedent, principle, and legal policy preclude a lawful arrest based on a mistake of law.

(c) *Precedent*

[27] This Court first ruled that a lawful arrest cannot be based on a mistake of law in *Frey v. Fedoruk*, [1950] S.C.R. 517. *Frey* involved a civil action for false imprisonment brought by a “peeping tom” against a police officer and another person after the

agir, et ces motifs doivent être justifiables d’un point de vue objectif. Cette appréciation objective tient compte de l’ensemble des circonstances connues du policier au moment de l’arrestation — y compris le caractère dynamique de la situation — considérées du point de vue d’une personne raisonnable possédant des connaissances, une formation et une expérience comparables à celles du policier ayant procédé à l’arrestation. Les policiers ne sont pas tenus, avant de procéder à une arrestation, de disposer d’une preuve suffisante à première vue pour justifier une déclaration de culpabilité (voir aussi *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13, par. 24; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, par. 28; *R. c. Chehil*, 2013 CSC 49, [2013] 3 R.C.S. 220, par. 45-47; *R. c. MacKenzie*, 2013 CSC 50, [2013] 3 R.C.S. 250, par. 73).

[25] L’existence de motifs raisonnables et probables est fondée sur les conclusions factuelles du juge du procès. Bien que de telles conclusions factuelles commandent la déférence en appel et qu’elles soient révisables uniquement en cas d’erreur manifeste et déterminante, la question de savoir si les faits tels qu’ils ont été constatés par le juge du procès constituent des motifs raisonnables et probables est une question de droit susceptible de contrôle au regard de la norme de la décision correcte (voir *R. c. Shepherd*, 2009 CSC 35, [2009] 2 R.C.S. 527, par. 20).

[26] La question précise concernant l’art. 9 de la *Charte* que soulève la présente affaire est celle de savoir si une arrestation basée sur une erreur de droit est illégale. Un policier peut-il arrêter une personne qui, selon ce qu’il croit, a commis une infraction, même si les faits sur lesquels se fonde le policier, s’ils sont avérés, n’impliquent pas une conduite illégale? À mon avis, la réponse à cette question est non. Comme je l’expliquerai, les précédents, les principes et les politiques juridiques s’opposent à ce qu’une arrestation basée sur une erreur de droit puisse être légale.

c) *Précédents*

[27] C’est dans l’arrêt *Frey c. Fedoruk*, [1950] R.C.S. 517, que notre Cour a statué pour la première fois qu’une arrestation légale ne saurait être basée sur une erreur de droit. L’affaire *Frey* portait sur une action civile pour emprisonnement illégal intentée par

officer arrested the voyeur for breach of the peace. The Court held that the conduct for which the plaintiff was arrested was not a criminal offence and should not be recognized as a new offence at common law (voyeurism is now contrary to s. 162(1) of the *Criminal Code*). *Frey* is usually cited for the proposition that it is for Parliament and not the courts to create new offences or to expand the basis of criminal liability (see *R. v. D.L.W.*, 2016 SCC 22, [2016] 1 S.C.R. 402, at para. 57; *R. v. McDonnell*, [1997] 1 S.C.R. 948, at para. 33; *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901, at p. 930; D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (8th ed. 2020), at pp. 21-22; M. Manning and P. Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law* (5th ed. 2015), at pp. 6-7). But the Court in *Frey* also held that an officer's mistake of law in believing that certain conduct was a criminal offence could not provide "reasonable and probable grounds" for a warrantless arrest under what was then s. 30 of the *Criminal Code* (p. 531). A warrantless arrest is lawful only if the arresting officer's reasonable belief in the facts, if true, traces a pathway to a criminal offence known to the law. As Cartwright J. (as he then was) explained in *Frey*, at p. 531:

I think that [s. 30 of the *Criminal Code*] contemplates the situation where a Peace Officer, on reasonable and probable grounds, believes in the existence of a state of facts which, if it did exist would have the legal result that the person whom he was arresting had commit[t]ed an offence for which such person could be arrested without a warrant. It cannot, I think, mean that a Peace Officer is justified in arresting a person when the true facts are known to the Officer and he erroneously concludes that they amount to an offence, when, as a matter of law, they do not amount to an offence at all. "Ignorantia legis non excusat". [Emphasis added.]

[28] *Frey* was recently affirmed on this point in *Kosoian v. Société de transport de Montréal*, 2019 SCC 59, [2019] 4 S.C.R. 335. In *Kosoian*, a subway

un voyeur contre un policier et une autre personne, à la suite de l'arrestation du voyeur par le policier pour violation de la paix. La Cour a jugé que la conduite pour laquelle le plaignant avait été arrêté ne constituait pas une infraction criminelle et ne devait pas être reconnue en tant que nouvelle infraction en common law (le voyeurisme est maintenant une infraction prévue au par. 162(1) du *Code criminel*). L'arrêt *Frey* est habituellement invoqué pour appuyer la proposition selon laquelle c'est au Parlement et non aux tribunaux qu'il appartient de créer de nouvelles infractions ou d'élargir le champ d'application de la responsabilité criminelle (voir *R. c. D.L.W.*, 2016 CSC 22, [2016] 1 R.C.S. 402, par. 57; *R. c. McDonnell*, [1997] 1 R.C.S. 948, par. 33; *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901, p. 930; D. Stuart, *Canadian Criminal Law : A Treatise* (8^e éd. 2020), p. 21-22; M. Manning et P. Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff : Criminal Law* (5^e éd. 2015), p. 6-7). Cependant, la Cour a également décidé, dans *Frey*, que l'erreur de droit que commet un policier en croyant qu'une conduite donnée constitue une infraction criminelle ne pouvait pas fournir de [TRADUCTION] « motifs raisonnables et probables » de procéder à une arrestation sans mandat en vertu de l'ancien art. 30 du *Code criminel* (p. 531). Une arrestation sans mandat est légale uniquement si la croyance raisonnable qu'a le policier procédant à l'arrestation à l'égard des faits, si ceux-ci sont avérés, se rattache à une infraction criminelle connue en droit. Comme l'a expliqué le juge Cartwright (plus tard juge en chef), à la p. 531 de l'arrêt *Frey* :

[TRADUCTION] Je suis d'avis que [l'art. 30 du *Code criminel*] vise la situation où un agent de la paix a des motifs raisonnables et probables de croire à l'existence d'un état de fait qui, s'il avait existé, aurait pour conséquence juridique que la personne qu'il arrêterait avait commis une infraction pour laquelle cette personne pouvait être arrêtée sans mandat. Il ne peut pas, à mon avis, signifier qu'un agent de la paix est fondé à arrêter une personne lorsque le policier connaît les faits réels et qu'il conclut erronément que ces faits constituent une infraction, alors qu'en droit ils n'en constituent absolument pas une. « Ignorantia legis non excusat ». [Je souligne.]

[28] L'arrêt *Frey* a récemment été confirmé sur ce point dans *Kosoian c. Société de transport de Montréal*, 2019 CSC 59, [2019] 4 R.C.S. 335. Dans

passenger sued the police when she was arrested and searched for refusing to comply with a subway pictogram warning passengers to hold an escalator handrail. The Court ruled that the pictogram was simply a warning and did not create an offence, and the police officer's error of law in believing otherwise did not provide reasonable and probable grounds to arrest the passenger without a warrant under Quebec's *Code of Penal Procedure*, CQLR, c. C-25.1 ("C.P.P."). In *Kosoian*, at para. 78, citing *Frey*, Côté J. stated that the reasonable grounds concept relates to the facts, not the existence of an offence in law — and thus an arrest based on a mistake of law is unlawful, even if the arresting officer believes in good faith that the offence exists:

The exercise of these powers presupposes that there are reasonable grounds to believe an offence has been committed. The "reasonable grounds" concept relates to the *facts*, not to the existence in *law* of the offence in question (*Frey v. Fedoruk*, [1950] S.C.R. 517, at p. 531). If the offence that the police officer believes has been committed simply does not exist, neither the C.P.P. nor, for that matter, any other statute or common law rule gives the officer the power to require a person to identify himself or herself and to arrest the person if he or she refuses to comply (see *Moore v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 195, at pp. 205-6, per Dickson J., dissenting; *R. v. Guthrie* (1982), 21 Alta. L.R. (2d) 1, at p. 8; *R. v. Coles*, 2003 PESCAD 3, 221 Nfld. & P.E.I.R. 98, at para. 14). An officer who makes an arrest on this basis is acting unlawfully, even if he or she believes in good faith that the offence exists (*R. v. Houle* (1985), 41 Alta. L.R. (2d) 295, at pp. 297-99; *Crépeau v. Yannonie*, [1988] R.R.A. 265 (Que. Sup. Ct.), at p. 269; see also P. Ceysens, *Legal Aspects of Policing* (loose-leaf), vol. 1, at p. 2-3). It was therefore incumbent upon Constable Camacho to verify the existence of the offence alleged against Ms. Kosoian before using the powers conferred on him by the C.P.P. [Underlining added.]

See, to similar effect, *Hudson v. Brantford Police Services Board* (2001), 158 C.C.C. (3d) 390 (Ont. C.A.), at para. 24, per Rosenberg J.A. (s. 25(1) of the *Criminal Code*, which protects a peace officer from civil liability when acting on "reasonable grounds", encompasses mistakes of fact, but "[i]t does not protect against reasonable mistakes of law"); *R. v. Douglas*,

Kosoian, une usagère du métro a poursuivi la police après avoir été arrêtée et fouillée parce qu'elle avait refusé de se conformer à un pictogramme du métro avertissant les passagers de tenir la main courante d'un escalier mécanique. Notre Cour a statué que le pictogramme était simplement un avertissement et ne créait pas d'infraction, et que l'erreur de droit qu'avait commise le policier en croyant le contraire ne lui avait pas conféré de motifs raisonnables et probables d'arrêter l'usagère sans mandat en application du *Code de procédure pénale*, RLRQ, c. C-25.1 (« C.p.p. »), du Québec. Dans *Kosoian*, citant l'arrêt *Frey*, la juge Côté a déclaré, au par. 78, que la notion de motifs raisonnables porte sur les faits, et non sur l'existence en droit d'une infraction — et qu'en conséquence une arrestation basée sur une erreur de droit est illégale, même si le policier procédant à l'arrestation croit de bonne foi en l'existence de l'infraction :

L'exercice de ces pouvoirs suppose l'existence de motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été commise. Cette notion de « motifs raisonnables » porte sur les *faits*, et non sur l'existence en *droit* de l'infraction en cause (*Frey c. Fedoruk*, [1950] R.C.S. 517, p. 531). Si l'infraction que le policier croit avoir été commise n'existe tout simplement pas, ni le C.p.p. — ni aucune autre loi ou règle de common law, du reste — ne lui confèrent le pouvoir d'exiger qu'une personne s'identifie et celui de procéder à son arrestation, en cas de refus de celle-ci d'obtempérer (voir *Moore c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 195, p. 205-206, le juge Dickson, dissident; *R. c. Guthrie* (1982), 21 Alta. L.R. (2d) 1, p. 8; *R. c. Coles*, 2003 PESCAD 3, 221 Nfld. & P.E.I.R. 98, par. 14). En procédant à une arrestation sur cette base, le policier se trouve à agir illégalement, même s'il croit de bonne foi en l'existence de l'infraction (*R. c. Houle* (1985), 41 Alta. L.R. (2d) 295, p. 297-299; *Crépeau c. Yannonie*, [1988] R.R.A. 265 (C.S. Qc), p. 269; voir aussi P. Ceysens, *Legal Aspects of Policing* (feuilles mobiles), vol. 1, p. 2-3). Conséquemment, il incombait à l'agent Camacho de vérifier l'existence de l'infraction reprochée à madame Kosoian avant de faire usage des pouvoirs qui lui sont conférés par le C.p.p. [Je souligne.]

Voir, au même effet, *Hudson c. Brantford Police Services Board* (2001), 158 C.C.C. (3d) 390 (C.A. Ont.), par. 24, le juge Rosenberg (le par. 25(1) du *Code criminel*, qui protège contre les poursuites en responsabilité civile les agents de la paix qui agissent sur la foi de « motifs raisonnables », vise les erreurs de fait, mais [TRADUCTION] « n'offre aucune protection en

2021 ONCJ 562, at paras. 47-48 (CanLII), per Rose J. (“A lawful arrest must have lawful grounds, which excludes the possibility of a mistake of law”). See also R. J. Marin, *Admissibility of Statements* (9th ed. (loose-leaf)), at § 9:51 (“[B]ecause the risk of abuse is undeniable, it is important there must be a legal basis for police actions. In the absence of justification their actions and conduct cannot be tolerated”); E. G. Ewaschuk, *Criminal Pleadings & Practice in Canada* (2nd ed. (loose-leaf)), at § 5:59 (“[A]n officer who arrests someone on the basis of a ‘non-existent offence’ may be civilly liable”).

[29] Although *Frey* and *Kosoian* were civil cases, this Court’s conclusion that a lawful arrest cannot be based on a mistake of law applies equally in the criminal context. In both cases, this Court analyzed the lawfulness of a warrantless arrest based on a mistake of law as part of a chain of reasoning to find civil liability. That reasoning concerns the scope of police powers and applies equally to the criminal context. See *Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129, at para. 68, per McLachlin C.J. (The reasonable officer standard in civil cases “entails no conflict between criminal standards” but rather “incorporates them”.); G. Cournoyer, *Code criminel annoté 2021* (2020), s. 129 ([TRANSLATION] “If the offence that the police officer believes has been committed simply does not exist, the officer does not have the power to require a person to identify himself or herself or the power to arrest the person if he or she refuses to comply.”).

(d) *Principle and Legal Policy*

[30] Compelling considerations of principle and legal policy confirm that a lawful arrest cannot be based on a mistake of law — that is, when the officer knows the facts and erroneously concludes that they amount to an offence, when, as a matter of law, they

cas d’erreurs de droit raisonnables »); *R. c. Douglas*, 2021 ONCJ 562, par. 47-48 (CanLII), le juge Rose ([TRADUCTION] « Pour être légale, une arrestation doit être basée sur des motifs fondés en droit, ce qui exclut la possibilité qu’une erreur de droit puisse constituer un tel motif »). Voir aussi R. J. Marin, *Admissibility of Statements* (9^e éd. (feuilles mobiles)), § 9:51 ([TRADUCTION] « [P]arce que le risque d’abus est indéniable, il est important que les actions des policiers aient un fondement légal. En l’absence de justification, leurs actions et leur conduite ne peuvent pas être tolérées »); E. G. Ewaschuk, *Criminal Pleadings & Practice in Canada* (2^e éd. (feuilles mobiles)), § 5:59 ([TRADUCTION] « [U]n agent qui arrête une personne sur la base d’une “infraction inexistante” peut être tenu civilement responsable »).

[29] Bien que les arrêts *Frey* et *Kosoian* aient porté sur des affaires civiles, la conclusion de notre Cour selon laquelle une arrestation légale ne saurait reposer sur une erreur de droit s’applique tout autant en contexte criminel. Dans les deux affaires, la Cour a analysé le caractère légal d’une arrestation sans mandat basée sur une erreur de droit dans le cadre d’un raisonnement visant à statuer sur l’existence de la responsabilité civile. Ce raisonnement concerne la portée des pouvoirs des policiers et s’applique tout autant en contexte criminel. Voir *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129, par. 68, la juge en chef McLachlin (La norme du policier raisonnable dans les affaires civiles « n’a pas pour effet de rendre les normes criminelles contradictoires entre elles », mais au contraire elle « les intègre ».); G. Cournoyer, *Code criminel annoté 2021* (2020), art. 129 (« Si l’infraction que le policier croit avoir été commise n’existe tout simplement pas, celui-ci n’a pas le pouvoir d’exiger qu’une personne s’identifie ni le pouvoir de procéder à son arrestation, en cas de refus de celle-ci d’obtempérer. »).

d) *Principes et politiques juridiques*

[30] Des considérations impérieuses en matière de principes et de politiques juridiques confirment qu’une arrestation légale ne saurait être basée sur une erreur de droit — c’est-à-dire lorsqu’un policier connaît les faits et conclut erronément qu’ils constituent

do not. Allowing the police to arrest someone based on what they believe the law is — rather than based on what the law actually is — would dramatically expand police powers at the expense of civil liberties. This would leave people at the mercy of what particular police officers happen to understand the law to be and would create disincentives for the police to know the law. Canadians rightly expect the police to follow the law, which requires the police to know the law. This Court has affirmed that “[w]hile police are not expected to engage in judicial reflection on conflicting precedents, they are rightly expected to know what the law is” (*Grant*, at para. 133; *Le*, at para. 149). Côté J. helpfully encapsulated the relevant considerations of principle and legal policy in *Kosoian*, at para. 6:

In a free and democratic society, police officers may interfere with the exercise of individual freedoms only to the extent provided for by law. Every person can therefore legitimately expect that police officers who deal with him or her will comply with the law in force, which necessarily requires them to know the statutes, regulations and by-laws they are called upon to enforce. Police officers are thus obliged to have an adequate knowledge and understanding of the statutes, regulations and by-laws they have to enforce.

[31] It is thus unlawful for the police to arrest someone based on a mistake of law.

(e) *American Jurisprudence*

[32] Given the Canadian precedents on point, I see no pressing need to turn to American jurisprudence. The majority of the Court of Appeal of Alberta, however, found persuasive the reasoning of the majority of the Supreme Court of the United States in *Heien v. North Carolina*, 574 U.S. 54 (2014), which held that a traffic stop based on a reasonable mistake of law does not infringe the right to be secure against unreasonable search and seizure protected by the Fourth Amendment to the United States Constitution.

une infraction, alors qu’en droit ce n’est pas le cas. Permettre aux policiers de procéder à des arrestations sur la base de ce qu’ils croient être la loi — plutôt que sur la base de ce qu’est réellement la loi — élargirait de façon radicale les pouvoirs des policiers au détriment des libertés civiles. Cela ferait en sorte que les gens seraient à la merci de la compréhension de la loi qu’auraient des policiers donnés, et que les policiers seraient moins enclins à vouloir connaître la loi. La population canadienne s’attend à juste titre à ce que les policiers respectent la loi, ce qui exige qu’ils la connaissent. Notre Cour a affirmé que, « [s]i la police n’est pas tenue d’entreprendre une réflexion juridique au sujet de précédents contradictoires, elle doit cependant connaître l’état du droit » (*Grant*, par. 133; *Le*, par. 149). La juge Côté a résumé de manière fort utile les considérations pertinentes en matière de principes et de politiques juridiques dans l’arrêt *Kosoian*, par. 6 :

Dans une société libre et démocratique, le policier ne peut entraver l’exercice des libertés individuelles que dans la mesure prévue par la loi. Toute personne peut donc légitimement s’attendre à ce que le policier qui intervient auprès d’elle se conforme au droit en vigueur, ce qui requiert nécessairement qu’il connaisse les lois et règlements qu’il est appelé à faire respecter. Le policier a donc l’obligation d’avoir une connaissance et une compréhension adéquates des lois et règlements qu’il doit faire respecter.

[31] Il est en conséquence illégal pour des policiers de procéder à une arrestation sur la base d’une erreur de droit.

e) *Jurisprudence américaine*

[32] Compte tenu des précédents canadiens sur ce point, je ne vois nul besoin pressant de me tourner vers la jurisprudence américaine. Cependant, les juges majoritaires de la Cour d’appel de l’Alberta ont trouvé persuasif le raisonnement des juges de la majorité de la Cour suprême des États-Unis dans l’arrêt *Heien c. North Carolina*, 574 U.S. 54 (2014), affaire dans laquelle il a été jugé qu’une interception routière basée sur une erreur de droit raisonnable ne violait pas le droit à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives garanti par le Quatrième amendement de la Constitution des États-Unis.

[33] In *Heien*, the police stopped a car because one of its two brake lights was out, even though the state law, while ambiguous, was later held to require only one working light. The police became suspicious during the stop, secured consent to search the car, and found cocaine. Under the Fourth Amendment, a traffic stop for a suspected offence is considered “a ‘seizure’ of the occupants of the vehicle” (p. 60).

[34] Writing for the majority, Chief Justice Roberts ruled that the traffic stop did not infringe the Fourth Amendment, as the officer made a reasonable mistake of law (pp. 66-68). Justice Sotomayor, dissenting, concluded that “an officer’s mistake of law, no matter how reasonable, cannot support the individualized suspicion necessary to justify a seizure under the Fourth Amendment” (p. 80).

[35] With respect, I do not find *Heien* to be helpful in deciding on the legality of an arrest based on a mistake of law under Canadian law. This Court has noted that the greatest caution must be exercised before transplanting American decisions under the Fourth Amendment to the Canadian context under s. 8 of the *Charter* (see *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 161). This is in part because “the *Charter* regime mandates a more flexible and contextual approach to the admissibility of evidence than the United States Constitution; thus there is no counterpart to s. 24(2) of the *Charter* in that country” (*Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at pp. 546-47, per La Forest J.). This note of caution, coupled with this Court’s own precedents on point, provide good reasons not to import American precedent in this case.

[33] Dans l’affaire *Heien*, un policier avait intercepté un véhicule parce que l’un de ses deux feux de freinage ne fonctionnait pas, même s’il a été jugé plus tard que la loi de l’État — bien qu’ambigüe — n’exigeait qu’un seul feu fonctionnel. Les soupçons du policier ont été éveillés pendant l’interception, et après avoir obtenu le consentement de le faire, le policier a fouillé le véhicule et a découvert de la cocaïne. Pour l’application du Quatrième amendement, une interception routière pour une infraction suspectée est considérée comme [TRADUCTION] « une “saisie” des occupants du véhicule » (p. 60).

[34] Rédigeant l’opinion de la majorité, le juge en chef Roberts a statué que l’interception routière n’avait pas violé le Quatrième amendement, étant donné que le policier avait commis une erreur de droit raisonnable (p. 66-68). La juge Sotomayor, dissidente, a pour sa part conclu qu’une [TRADUCTION] « erreur de droit commise par un policier, aussi raisonnable qu’elle puisse être, ne peut pas étayer le soupçon individualisé requis pour justifier une saisie visée par le Quatrième amendement » (p. 80).

[35] Soit dit en tout respect, je ne considère pas que l’arrêt *Heien* soit utile pour statuer sur la légalité d’une arrestation basée sur une erreur de droit en droit canadien. Notre Cour a souligné qu’il faut faire montre d’énormément de prudence avant de transplanter des décisions américaines relatives au Quatrième amendement dans le contexte canadien de l’art. 8 de la *Charte* (voir *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 161). C’est le cas en partie parce que « le régime de la *Charte* exige que l’admissibilité de la preuve soit abordée de façon plus souple et plus fondée sur le contexte que la Constitution américaine; ainsi, il n’existe pas aux États-Unis de disposition équivalente au par. 24(2) de la *Charte* » (*Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, p. 546-547, le juge La Forest). Cet appel à la prudence, conjuguée aux précédents de notre Cour sur ce point, fournit de bonnes raisons de ne pas importer un précédent américain dans la présente cause.

(f) *Conclusion*

[36] Canadian law has long held that an arrest based on a mistake of law is unlawful, even if the mistake is made in good faith. The concept of “reasonable and probable grounds” for arrest relates to the facts, not the existence of an offence in law. A police officer makes a mistake of law when the officer knows the facts and erroneously concludes that they amount to an offence, when, as a matter of law, they do not.

(3) Application

[37] I will now apply the *Storrey* framework to the subjective and objective grounds for the warrantless arrest in this case.

[38] The arresting officer subjectively believed that he had reasonable and probable grounds to arrest the appellant for possession of a controlled substance under the *CDSA*. The arresting officer testified that he arrested the appellant because he saw him “swipe” a pill “to the ground”, and he believed that the appellant was “trying to hide it” from his view (A.R., at p. 141). The arresting officer immediately identified the pill as gabapentin, which he had seen “traded amongst people on the street” and “for some reason” believed was a controlled substance (A.R., at p. 145). He thus “arrested [the appellant] for possession of a controlled substance” (A.R., at p. 141). The question is then whether the arresting officer’s subjective belief was objectively reasonable.

[39] The arresting officer’s subjective belief that he had reasonable and probable grounds to arrest the appellant was based on a mistake of law, and thus was not — and could not be — objectively reasonable. The arrest was consequently unlawful and arbitrary, contrary to s. 9 of the *Charter*. As noted by the dissenting judge in the Court of Appeal of Alberta, at para. 66, the officer was not mistaken about any facts, because he correctly identified the pill as gabapentin. Instead, as the Crown conceded on appeal, the officer

f) *Conclusion*

[36] Il est depuis longtemps établi en droit canadien qu’une arrestation basée sur une erreur de droit est illégale, même si cette erreur est commise de bonne foi. La notion de « motifs raisonnables et probables » justifiant une arrestation porte sur les faits, et non sur l’existence d’une infraction en droit. Un policier commet une erreur de droit lorsqu’il connaît les faits et conclut erronément qu’ils constituent une infraction, alors qu’en droit ce n’est pas le cas.

(3) Application

[37] Je vais maintenant appliquer le cadre d’analyse énoncé dans l’arrêt *Storrey* aux motifs subjectifs et objectifs avancés pour justifier l’arrestation sans mandat en l’espèce.

[38] Le policier qui a procédé à l’arrestation croyait subjectivement qu’il avait des motifs raisonnables et probables d’arrêter l’appelant pour possession d’une substance désignée figurant dans la *LRCDas*. Dans son témoignage, ce policier a dit avoir arrêté l’appelant parce qu’il l’a vu [TRADUCTION] « faire tomber » un comprimé « par terre », et qu’il a cru que ce dernier « essayait de le dissimuler » pour qu’il ne le voie pas (d.a., p. 141). Le policier qui a procédé à l’arrestation a immédiatement identifié le comprimé comme étant de la gabapentine, substance dont il avait observé le [TRADUCTION] « trafic dans les rues », et « pour quelque raison » il a cru qu’il s’agissait d’une substance désignée (d.a., p. 145). Il a donc [TRADUCTION] « arrêté [l’appelant] pour possession d’une substance désignée » (d.a., p. 141). La question qui se pose maintenant est celle de savoir si la croyance subjective du policier était objectivement raisonnable.

[39] La croyance subjective du policier qui a procédé à l’arrestation qu’il avait des motifs raisonnables et probables d’arrêter l’appelant était basée sur une erreur de droit, et de ce fait cette croyance n’était pas — et ne pouvait pas être — objectivement raisonnable. Par conséquent, l’arrestation était illégale et arbitraire, contrevenant ainsi à l’art. 9 de la *Charte*. Comme l’a fait observer la juge dissidente de la Cour d’appel de l’Alberta, au par. 66, le policier n’a commis aucune erreur quant aux faits, car il a correctement identifié

was mistaken as to the law on those facts — about the legal status of gabapentin, which was not a controlled substance under the *CDSA*.

[40] Before this Court, the Crown again concedes that the officer’s mistake “can be classified as a legal error” (transcript, at p. 25; see also R.F., at para. 43), but submits that the arrest was unlike the arrests in *Frey* and *Kosoian*. The Crown says that the officer arrested the appellant for possession of a controlled substance under the *CDSA* — an existing offence at law.

[41] I do not accept this submission. The officer arrested the appellant for possession of gabapentin specifically. The officer knew the facts — he correctly identified the pill as gabapentin — but mistakenly concluded that possession of gabapentin was an offence, when, in law, it was not. That brings this case squarely within *Frey* and *Kosoian*. It makes no difference whether the mistake of law involves a non-existent offence, or an existing offence that could not be engaged on the facts, even if true, relied on by the officer. In both instances, the mistake of law precludes a lawful arrest. The courts below erred in concluding otherwise.

[42] To be clear, I am not suggesting that the police must see and correctly identify a specific drug from the hundreds of controlled substances under the *CDSA* before they may lawfully arrest a suspected drug offender. Police routinely arrest suspected drug offenders for potential infractions of the *CDSA*, even when they do not see or identify specific drugs. Courts routinely uphold the legality of such arrests, if they conclude that there were reasonable and probable grounds to arrest (see, e.g., *Loewen*, at paras. 7-8; *R. v. Orr*, 2021 BCCA 42, 399 C.C.C. (3d) 441, at para. 78; *R. v. Griffith*, 2021 ONCA 302, 71 C.R. (7th) 239, at paras. 29-33; *R. v. Todd*, 2019 SKCA 36, [2019] 9 W.W.R. 207, at paras. 6-11 and 44; *R. v. Canary*,

le comprimé comme étant de la gabapentine. Mais, comme l’a reconnu la Couronne en appel, c’est plutôt quant au droit relatif à ces faits que le policier était dans l’erreur — c’est-à-dire quant au statut juridique de la gabapentine, qui n’était pas une substance désignée figurant dans la *LRCDAS*.

[40] Devant notre Cour, la Couronne concède une fois de plus que l’erreur du policier [TRADUCTION] « peut être qualifiée d’erreur de droit » (transcription, p. 25; voir aussi m.i., par. 43), mais elle soutient que l’arrestation en litige ici diffère de celles en cause dans les arrêts *Frey* et *Kosoian*. La Couronne affirme que le policier a arrêté l’appelant en vertu de la *LRCDAS* pour possession d’une substance désignée — une infraction qui existe en droit.

[41] Je n’accepte pas cet argument. Le policier a arrêté l’appelant explicitement pour possession de gabapentine. Le policier connaissait les faits — il a correctement identifié le comprimé comme étant de la gabapentine —, mais il a erronément conclu que la possession de gabapentine constituait une infraction, alors qu’en droit ce n’était pas le cas. Ces circonstances font en sorte que la présente affaire relève carrément du cadre d’application des arrêts *Frey* et *Kosoian*. Que l’erreur de droit porte sur une infraction inexistante, ou encore sur une infraction existante que ne supportaient pas les faits — même avérés — sur lesquels le policier s’est fondé, ne fait aucune différence. Dans les deux cas, l’erreur de droit fait obstacle à une arrestation légale. Les juridictions inférieures ont fait erreur en concluant différemment.

[42] Je tiens à préciser que je ne suggère pas que, avant de pouvoir arrêter légalement une personne soupçonnée d’avoir commis une infraction liée aux drogues, les policiers doivent observer la présence d’une drogue précise et l’identifier correctement parmi les centaines de substances désignées figurant dans la *LRCDAS*. Les policiers arrêtent de façon routinière des personnes soupçonnées d’avoir commis des infractions liées aux drogues pour de possibles infractions à la *LRCDAS*, même quand ils n’observent pas ou n’identifient pas de drogues précises. Les tribunaux confirment régulièrement la légalité de telles arrestations, s’ils concluent qu’il existait des motifs raisonnables et probables de procéder à l’arrestation

2018 ONCA 304, 361 C.C.C. (3d) 63, at paras. 25-31; *R. v. Messina*, 2013 BCCA 499, 346 B.C.A.C. 179, at paras. 26-29; *R. v. Wilson*, 2012 BCCA 517, 331 B.C.A.C. 195, at paras. 14 and 52, leave to appeal refused, [2013] 3 S.C.R. xii).

[43] I conclude that the arrest was unlawful and infringed s. 9 of the *Charter*.

B. *Did the Four Searches Infringe Section 8 of the Charter?*

(1) Introduction

[44] I now turn to consider whether the four searches infringed the appellant's s. 8 *Charter* right "to be secure against unreasonable search or seizure". Recall that the four warrantless searches were: (1) an initial pat-down search of the appellant's person incident to arrest; (2) a search of his car incident to arrest; (3) a second pat-down search of his person; and (4) a strip search at the police station. As I will explain, I conclude that the first two searches breached s. 8 of the *Charter*, but the third and fourth searches did not.

(2) General Principles

[45] A warrantless search is *prima facie* unreasonable, and thus contrary to s. 8 of the *Charter*. The Crown bears the onus of demonstrating on a balance of probabilities that a warrantless search was reasonable (see *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51, at para. 11; *R. v. Nolet*, 2010 SCC 24, [2010] 1 S.C.R. 851, at para. 21; *R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631, at para. 32).

[46] A search is reasonable, and thus complies with s. 8 of the *Charter*, if: (1) the search is authorized by law; (2) the law authorizing the search is reasonable; and (3) the search is conducted in a reasonable

(voir, p. ex., *Loewen*, par. 7-8; *R. c. Orr*, 2021 BCCA 42, 399 C.C.C. (3d) 441, par. 78; *R. c. Griffith*, 2021 ONCA 302, 71 C.R. (7th) 239, par. 29-33; *R. c. Todd*, 2019 SKCA 36, [2019] 9 W.W.R. 207, par. 6-11 et 44; *R. c. Canary*, 2018 ONCA 304, 361 C.C.C. (3d) 63, par. 25-31; *R. c. Messina*, 2013 BCCA 499, 346 B.C.A.C. 179, par. 26-29; *R. c. Wilson*, 2012 BCCA 517, 331 B.C.A.C. 195, par. 14 et 52, autorisation d'appel refusée, [2013] 3 R.C.S. xii).

[43] Je conclus que l'arrestation en cause était illégale et a violé l'art. 9 de la *Charte*.

B. *Les quatre fouilles ont-elles violé l'art. 8 de la Charte?*

(1) Introduction

[44] Je vais maintenant me pencher sur la question de savoir si les quatre fouilles ont violé le droit « à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives » garanti à l'appelant par l'art. 8 de la *Charte*. Je rappelle que les quatre fouilles sans mandat étaient : (1) une fouille initiale par palpation de l'appelant effectuée accessoirement à l'arrestation; (2) une fouille de sa voiture effectuée accessoirement à l'arrestation; (3) une deuxième fouille par palpation de l'appelant; et (4) une fouille à nu de ce dernier au poste de police. Comme je l'expliquerai, je conclus que les deux premières fouilles ont violé l'art. 8 de la *Charte*, mais non les troisième et quatrième fouilles.

(2) Principes généraux

[45] Une fouille sans mandat est à première vue abusive et, de ce fait, contraire à l'art. 8 de la *Charte*. Il incombe à la Couronne de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, qu'une fouille sans mandat n'était pas abusive (voir *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51, par. 11; *R. c. Nolet*, 2010 CSC 24, [2010] 1 R.C.S. 851, par. 21; *R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631, par. 32).

[46] Une fouille n'est pas abusive et elle est par conséquent conforme à l'art. 8 de la *Charte* si les conditions suivantes sont réunies : (1) la fouille est autorisée par la loi; (2) la loi l'autorisant n'a rien

manner (see *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 278; *Caslake*, at para. 10; *R. v. Saeed*, 2016 SCC 24, [2016] 1 S.C.R. 518, at para. 36).

[47] Here, the laws potentially authorizing the searches are the common law powers to search incident to arrest (the first and second searches), to search incident to investigative detention (the third search), and to strip search (the fourth search). I will address each potential power below.

(3) The First and Second Searches: Unlawful Searches Incident to Arrest

[48] The Crown concedes that the first two searches — the initial pat-down search of the appellant’s person and the search of the appellant’s car on discovering the gabapentin — were purportedly conducted incident to arrest, and that if the appellant’s arrest was unlawful, then these searches were also unlawful and breached s. 8 of the *Charter*. I agree with this concession.

[49] To be valid, a search incident to arrest must meet three conditions: (1) the person searched is lawfully arrested; (2) the search is “truly incidental” to the arrest, i.e., for a valid law enforcement purpose related to the reasons for the arrest; and (3) the search is conducted reasonably (see *Saeed*, at para. 37; *R. v. Fearon*, 2014 SCC 77, [2014] 3 S.C.R. 621, at paras. 21 and 27; *R. v. Stairs*, 2022 SCC 11, [2022] 1 S.C.R. 169, at paras. 6 and 35).

[50] Here, the initial pat-down search of the appellant’s person and the search of his car incident to arrest falter on the first condition: the appellant was not lawfully arrested. Thus, the first two searches necessarily breached s. 8 of the *Charter*.

d’abusif; et (3) la fouille n’est pas effectuée d’une manière abusive (voir *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 278; *Caslake*, par. 10; *R. c. Saeed*, 2016 CSC 24, [2016] 1 R.C.S. 518, par. 36).

[47] En l’espèce, les règles de droit susceptibles d’avoir autorisé les fouilles sont les pouvoirs de common law autorisant les fouilles accessoires à l’arrestation (les première et deuxième fouilles), les fouilles accessoires à une détention aux fins d’enquête (la troisième fouille) et les fouilles à nu (la quatrième fouille). Je vais examiner ci-après chacun de ces pouvoirs potentiels.

(3) Les première et deuxième fouilles : des fouilles illégales effectuées accessoirement à l’arrestation

[48] La Couronne concède que les deux premières fouilles — la fouille initiale par palpation de l’appelant et la fouille de sa voiture après la découverte de la gabapentine — ont censément été effectuées accessoirement à l’arrestation, et que si l’arrestation de l’appelant était illégale, alors ces fouilles étaient elles aussi illégales et ont violé l’art. 8 de la *Charte*. J’accepte cette concession.

[49] Pour être valide, une fouille accessoire à une arrestation doit satisfaire à trois conditions : (1) la personne soumise à la fouille a été arrêtée légalement; (2) la fouille est « véritablement accessoire » à l’arrestation, c.-à-d. qu’elle vise un objectif valide d’application de la loi lié aux raisons de l’arrestation; et (3) la fouille n’est pas effectuée de manière abusive (voir *Saeed*, par. 37; *R. c. Fearon*, 2014 CSC 77, [2014] 3 R.C.S. 621, par. 21 et 27; *R. c. Stairs*, 2022 CSC 11, [2022] 1 R.C.S. 169, par. 6 et 35).

[50] Dans la présente affaire, la fouille initiale de l’appelant par palpation et la fouille de sa voiture qui ont été effectuées accessoirement à l’arrestation ne satisfont pas à la première condition : l’appelant n’a pas été arrêté légalement. Par conséquent, les deux premières fouilles ont nécessairement violé l’art. 8 de la *Charte*.

(4) The Third Search: A Lawful Search Incident to Investigative Detention

[51] The dissenting judge concluded that the third search — the further pat-down search of the appellant’s person — could not be justified as a search incident to investigative detention because the arresting officer did not have a subjective belief that his safety was at risk.

[52] I respectfully disagree. The third search was a lawful search incident to investigative detention relating to the traffic collision investigation.

[53] This Court in *Mann* recognized that the police have a common law power to search incident to investigative detention under certain circumstances. Speaking for the majority, Iacobucci J. stated that “police officers may detain an individual for investigative purposes if there are reasonable grounds to suspect in all the circumstances that the individual is connected to a particular crime and that such a detention is necessary” (para. 45). He added that a police officer “may engage in a protective pat-down search of the detained individual” when the officer “has reasonable grounds to believe that his or her safety or that of others is at risk” (para. 45). In addition, both the investigative detention and the pat-down search “must be conducted in a reasonable manner” (para. 45; see also *R. v. Clayton*, 2007 SCC 32, [2007] 2 S.C.R. 725, at paras. 20 and 29-31).

[54] Here, the dissenting judge of the Court of Appeal appeared to accept that there was a lawful investigative detention, both for the drug investigation and for the traffic collision investigation. She said that she “agree[d] with the Crown that the objective factual matrix met the test for an investigative detention related to controlled substances” (para. 77). She also noted that, “[a]t trial, the appellant conceded [that] he was detained for the purposes of investigating the motor-vehicle accident in any event” (para. 77).

(4) La troisième fouille : une fouille légale effectuée accessoirement à une détention aux fins d’enquête

[51] La juge dissidente a conclu que la troisième fouille — l’autre fouille par palpation de l’appelant — ne pouvait être justifiée en tant que fouille accessoire à une détention aux fins d’enquête, étant donné que le policier qui a procédé à l’arrestation ne croyait pas subjectivement que sa sécurité était menacée.

[52] Avec égards, je ne peux souscrire à cette conclusion. La troisième fouille était une fouille légale effectuée accessoirement à la détention aux fins de l’enquête relative à l’accident de la route.

[53] Dans l’arrêt *Mann*, la Cour a reconnu que les policiers possèdent, en vertu de la common law, le pouvoir d’effectuer une fouille accessoire à une détention aux fins d’enquête dans certaines circonstances. S’exprimant pour la majorité, le juge Iacobucci a déclaré que « les policiers peuvent détenir une personne aux fins d’enquête s’ils ont des motifs raisonnables de soupçonner, à la lumière de toutes les circonstances, que cette personne est impliquée dans un crime donné et qu’il est nécessaire de la détenir » (par. 45). Il a ajouté qu’un policier « peut soumettre la personne qu’il détient à une fouille par palpation préventive », lorsque le policier « possède des motifs raisonnables de croire que sa sécurité ou celle d’autrui est menacée » (par. 45). De plus, tant la détention aux fins d’enquête que la fouille par palpation « doivent être effectuées de manière non abusive » (par. 45; voir aussi *R. c. Clayton*, 2007 CSC 32, [2007] 2 R.C.S. 725, par. 20 et 29-31).

[54] En l’espèce, la juge dissidente de la Cour d’appel a semblé accepter qu’il y avait eu détention légale aux fins d’enquête, tant dans le cas de l’enquête liée aux drogues que dans celui de l’enquête liée à l’accident de la route. Elle a déclaré être [TRADUCTION] « d’accord avec la Couronne pour dire que le contexte factuel objectif satisfaisait au critère relatif à une détention aux fins d’enquête concernant des substances désignées » (par. 77). Elle a en outre souligné que, [TRADUCTION] « [a]u procès, l’appelant a concédé qu’il était détenu aux fins de l’enquête liée à l’accident de la route de toute façon » (par. 77).

[55] The appellant, however, argues that the dissenting judge erred in finding grounds to detain him for the drug investigation. He submits that if the officer's "mistake of law about [g]abapentin could not justify a warrantless arrest on reasonable and probable grounds, then it should similarly be incapable of supporting an investigative detention on reasonable suspicion that [the appellant] was connected 'to a particular crime'" (A.F., at para. 94).

[56] I agree with the appellant. Just as a warrantless arrest based on a mistake of law infringes s. 9 of the *Charter*, so too does an investigative detention based on a mistake of law.

[57] However, the dissenting judge was correct that the police could detain the appellant for the traffic collision investigation, as the appellant conceded. The police's interaction with the appellant was at first a traffic collision investigation. The arresting officer testified that he came to where the appellant's damaged car had stopped and approached him because he suspected that he had fled the scene of a collision with a roadside sign.

[58] In doing so, the officer was properly exercising investigatory powers under provincial traffic law and the *Criminal Code*. Section 69(1)(a) of Alberta's *Traffic Safety Act*, R.S.A. 2000, c. T-6, requires a driver or any other person in charge of a vehicle involved in a motor-vehicle accident on a road to "remain at the scene of the accident or, if the person has left the scene of the accident, [to] immediately return to the scene of the accident unless otherwise directed by a peace officer". The driver or any other person in charge of the vehicle must also provide the peace officer with requested information as provided by law (see *Traffic Safety Act*, s. 69(1)(c)). Thus, a driver involved in a car accident "ha[s] a duty, separate and apart from the criminal law, to remain at the scene of the accident" (*R. v. Rowson*, 2015 ABCA 354, 332 C.C.C. (3d) 165 ("*Rowson (ABCA)*"), at para. 44, aff'd 2016 SCC 40, [2016] 2 S.C.R. 158). There is "no ability to choose not to cooperate with

[55] Toutefois, l'appellant plaide que la juge dissidente a fait erreur en concluant qu'il existait des motifs justifiant de le détenir aux fins de l'enquête liée aux drogues. Il soutient que, si [TRADUCTION] « l'erreur de droit [du policier] concernant la gabapentine ne permettait pas de justifier une arrestation sans mandat basée sur des motifs raisonnables et probables, elle ne devrait pas non plus permettre de justifier une détention aux fins d'enquête basée sur des soupçons raisonnables que [l'appellant] était lié "à un crime donné" » (m.a., par. 94).

[56] Je retiens cet argument de l'appellant. Tout comme une arrestation sans mandat basée sur une erreur de droit viole l'art. 9 de la *Charte*, une détention aux fins d'enquête basée sur une erreur de droit a le même effet.

[57] Cependant, la juge dissidente a à juste titre conclu que les policiers pouvaient détenir l'appellant aux fins de l'enquête liée à l'accident de la route, comme l'a reconnu ce dernier. L'interaction de la police avec l'appellant a commencé par l'enquête liée à l'accident de la route. Le policier qui a procédé à l'arrestation a témoigné qu'il s'est rendu à l'endroit où le véhicule endommagé de l'appellant s'était arrêté et qu'il s'est approché de ce dernier parce qu'il le soupçonnait d'avoir fui les lieux de la collision avec un panneau routier.

[58] Ce faisant, le policier exerçait régulièrement ses pouvoirs d'enquête en vertu du code provincial de la route et du *Code criminel*. L'alinéa 69(1)(a) de la loi albertaine intitulée *Traffic Safety Act*, R.S.A. 2000, c. T-6, exige que le conducteur ou quiconque a la charge d'un véhicule à moteur impliqué dans un accident de la route [TRADUCTION] « demeure sur les lieux de l'accident ou, si la personne a quitté les lieux de l'accident, y retourne immédiatement, sauf ordre contraire d'un agent de la paix ». Le conducteur ou quiconque a la charge du véhicule doit aussi fournir à l'agent de la paix les renseignements demandés, comme l'exige la loi (voir *Traffic Safety Act*, al. 69(1)(c)). En conséquence, un conducteur impliqué dans un accident automobile [TRADUCTION] « [est] tenu, indépendamment de ses obligations en droit criminel, de demeurer sur les lieux de l'accident » (*R. c. Rowson*, 2015 ABCA 354, 332 C.C.C. (3d) 165 (« *Rowson (ABCA)* »), par. 44, conf. par 2016 CSC

the police if one is the driver of a car involved in an automobile accident” — such a driver is “not free to go” (*Rowson (ABCA)*, at para. 44). Furthermore, under s. 320.16(1) of the *Criminal Code*, it is an offence, in certain circumstances, to fail to stop after a traffic accident.

[59] As a result, the appellant had no right to refuse to cooperate with the police, nor was he free to go. He was lawfully detained as part of a traffic collision investigation, even if he could not be lawfully detained as part of a drug investigation.

[60] This takes me to whether the arresting officer had reasonable grounds to believe that his safety or the safety of others was at risk (see *Mann*, at paras. 40 and 45; see also *R. v. Thibodeau*, 2007 BCCA 489, 247 B.C.A.C. 103, at para. 10, leave to appeal refused, [2008] 1 S.C.R. xiii). The dissenting judge concluded that the officer had no such grounds. She cited the officer’s testimony to the effect that he conducted another pat-down search because he was concerned that he may have “missed some items” after he saw bullets falling out of the appellant’s pant leg, which she concluded showed that he did not believe that “his safety was at stake”, but rather that he was “concerned about collecting evidence” (para. 80). The officer’s testimony was as follows:

Q. [Crown counsel]: After you found these items [i.e., the drugs and ammunition found on the appellant], what did you do?

A.: So once I had found all these items on the accused, I started walking him towards my police vehicle. At that time, he started limping and shaking his leg, which seemed strange to me at the time. It’s almost as though he had something falling down his pant leg or something concealed in his pants. So when I got him to my vehicle, before I placed him in the vehicle, more ammunition, like, .22 calibre ammunition, fell from inside of his pant leg, which was

40, [2016] 2 R.C.S. 158). Il n’existe [TRADUCTION] « aucune faculté de choisir de ne pas coopérer avec les policiers si on est le conducteur d’un véhicule impliqué dans un accident automobile » — un tel conducteur « n’est pas libre de s’en aller » (*Rowson (ABCA)*, par. 44). De plus, aux termes du par. 320.16(1) du *Code criminel*, commet une infraction quiconque, dans certaines circonstances, omet de s’arrêter après un accident de la route.

[59] Il s’ensuit que l’appelant n’avait aucun droit de refuser de coopérer avec les policiers, il n’était pas non plus libre de s’en aller. Il était légalement détenu dans le cadre d’une enquête liée à un accident de la route, même s’il ne pouvait pas être légalement détenu dans le cadre d’une enquête liée aux drogues.

[60] Cela m’amène à la question de savoir si le policier qui a procédé à l’arrestation possédait des motifs raisonnables de croire que sa sécurité ou celle d’autrui était menacée (voir *Mann*, par. 40 et 45; voir aussi *R. c. Thibodeau*, 2007 BCCA 489, 247 B.C.A.C. 103, par. 10, autorisation d’appel refusée, [2008] 1 R.C.S. xiii). La juge dissidente a conclu que le policier ne possédait pas de tels motifs. Elle a cité le témoignage du policier indiquant qu’il avait effectué une autre fouille par palpation parce qu’il s’inquiétait du fait qu’il avait peut-être [TRADUCTION] « omis de repérer certains objets », après avoir vu des balles tomber de la jambe du pantalon de l’appelant, affirmation qui, a-t-elle conclu, démontrait que le policier ne croyait pas que « sa sécurité était menacée », mais plutôt qu’il était « soucieux de recueillir des éléments de preuve » (par. 80). Voici le passage pertinent du témoignage du policier :

[TRADUCTION]

Q. [Avocat de la Couronne] : Après avoir trouvé ces objets [c.-à-d. les drogues et les munitions trouvées sur l’appelant], qu’avez-vous fait?

R. : Bien, une fois que j’ai eu trouvé tous ces objets sur l’accusé, j’ai commencé à l’amener vers ma voiture de patrouille. À ce moment-là, il s’est mis à boiter et à remuer la jambe, ce qui m’a alors paru étrange. Ça donnait l’impression qu’il y avait quelque chose qui tombait le long de la jambe de son pantalon ou que quelque chose était dissimulé dans son pantalon. En conséquence, une fois qu’il a été rendu à mon véhicule, avant de le faire asseoir

suspicious to me. So I conducted another search, thinking that I've missed some items. [Emphasis added.]

(A.R., at p. 150)

[61] On this basis, the dissenting judge inferred that “[t]he officer did not turn his mind to or have any concerns about conducting a safety search” (para. 81).

[62] I disagree. While the dissenting judge’s inference is a possible reading of the transcript, it is not the *only* possible reading, nor even the most plausible reading. I read the officer’s evidence in context as expressing concern for whether he might have “missed some items” that would pose a safety risk to himself or to others. The officer had just found bullets on the appellant during a pat-down search, and then he saw more bullets falling from his pants. The appellant was “limping and shaking his leg”, as if he had “something concealed in his pants”. The obvious “something” was a gun.

[63] This reading of the arresting officer’s evidence as expressing safety concerns is confirmed by the evidence of the other officer who was at the scene. He testified that he got out of his police cruiser “due to the fact that it was ammunition that was located”, and he therefore “stayed with them for a moment while [the arresting officer] continued to search” (A.R., at p. 163). This evidence also suggests that the officers suspected that the appellant might have been armed, thereby posing a clear risk to the police and the public.

[64] I therefore conclude that the arresting officer did express subjective concerns about safety, even if only implicitly, and that those concerns were objectively

dans celui-ci, d’autres munitions, comme, des munitions de calibre .22, sont tombées de l’intérieur de la jambe de son pantalon, ce qui a éveillé mes soupçons. J’ai alors effectué une autre fouille, me disant que j’avais omis de repérer certains objets. [Je souligne.]

(d.a., p. 150)

[61] Sur la base de ces propos, la juge dissidente a inféré que [TRADUCTION] « [l]e policier n’avait pas songé à mener une fouille de sécurité ou ressenti quelque préoccupation à cet égard » (par. 81).

[62] Je dois exprimer mon désaccord. Bien que l’inférence de la juge dissidente constitue *une* interprétation possible de la transcription du témoignage, ce n’est pas la *seule* interprétation possible, ni même l’interprétation la plus plausible. Pour moi, considéré à la lumière du contexte, le témoignage du policier indique que celui-ci était préoccupé par le fait qu’il avait peut-être « omis de repérer certains objets » susceptibles de constituer une menace à sa sécurité et à celle d’autrui. Le policier venait tout juste de trouver des balles sur l’appelant pendant une fouille par palpation, et il a ensuite vu d’autres balles tomber du pantalon de celui-ci. L’appelant s’était mis « à boiter et à remuer la jambe » comme si « quelque chose était dissimulé dans son pantalon ». Ce « quelque chose » d’apparent était une arme à feu.

[63] Cette interprétation du témoignage du policier qui a procédé à l’arrestation — à savoir que les propos formulés révèlent des préoccupations liées à la sécurité — est confirmée par le témoignage de l’autre policier qui se trouvait sur les lieux. Ce dernier a témoigné qu’il est sorti de sa voiture de patrouille [TRADUCTION] « parce que c’étaient des munitions qui avaient été trouvées », et qu’il est en conséquence « resté sur les lieux pendant un certain temps, tandis [que le policier qui a procédé à l’arrestation] a continué ses recherches » (d.a., p. 163). Ce témoignage tend lui aussi à indiquer que les policiers soupçonnaient que l’appelant pouvait être armé, et qu’il représentait de ce fait un risque évident pour les policiers et pour le public.

[64] J’arrive donc à la conclusion que le policier qui a procédé à l’arrestation a effectivement exprimé des préoccupations subjectives liées à la sécurité, ne

reasonable in the circumstances. When there are concealed bullets, there may be a concealed gun. The further pat-down search of the appellant's person, in which the officer dislodged a loaded handgun by merely touching the outside of the appellant's pants, was also conducted reasonably. This search did not breach s. 8 of the *Charter*.

(5) The Fourth Search: A Lawful Strip Search

[65] Although the dissenting judge did not separately address the strip search of the appellant at the police station, she seemed to conclude that it was unlawful on the same basis as the third search. No further evidence was found during the strip search.

[66] A strip search can be justified at common law as incident to a lawful arrest where there are “reasonable and probable grounds justifying the strip search, in addition to reasonable and probable grounds justifying the arrest” (*R. v. Ali*, 2022 SCC 1, [2022] 1 S.C.R. 3, at para. 2; *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679, at para. 99). Reasonable and probable grounds exist to justify a strip search “where there is some evidence suggesting the possibility of concealment of weapons or other evidence related to the reason for the arrest” (*Ali*, at para. 2; see also *Golden*, at paras. 94 and 111). The strip search must also be conducted reasonably, in a manner that “interferes with the privacy and dignity of the person being searched as little as possible” (*Golden*, at para. 104).

[67] Here, the appellant was lawfully arrested for the weapons offences after the ammunition and the handgun fell from his pants. The officer testified that, following the third search, he “seized the items that fell onto the ground out of [the appellant’s] pant leg . . . and then [he] placed the [appellant] in [his] vehicle, where he was chartered and cautioned” (*A.R.*, at p. 152). The officer’s language and conduct conveyed clearly that the appellant was under arrest (see *R. v. Latimer*, [1997] 1 S.C.R. 217, at para. 25). His conduct had the effect of placing the appellant

serait-ce qu’implicitement, et que ces préoccupations étaient objectivement raisonnables dans les circonstances. Lorsqu’on trouve des balles dissimulées, il est possible qu’il y ait aussi une arme à feu dissimulée. L’autre fouille par palpation de l’appelant, celle au cours de laquelle le policier a délogé une arme de poing chargée simplement en touchant l’extérieur du pantalon de l’appelant, a elle aussi été effectuée de manière non abusive. Cette fouille n’a pas violé l’art. 8 de la *Charte*.

(5) La quatrième fouille : une fouille à nu légale

[65] Bien que la juge dissidente n’ait pas examiné séparément la fouille à nu de l’appelant au poste de police, elle a semblé conclure que cette fouille était illégale pour les mêmes raisons que la troisième. Aucun élément de preuve additionnel n’a été découvert durant la fouille à nu.

[66] Une fouille à nu peut être justifiée en common law en tant que mesure accessoire à une arrestation légale quand il existe « des motifs raisonnables et probables justifiant cette fouille, en plus des motifs raisonnables et probables justifiant l’arrestation » (*R. c. Ali*, 2022 CSC 1, [2022] 1 R.C.S. 3, par. 2; *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679, par. 99). Il y a des motifs raisonnables et probables justifiant une fouille à nu « lorsqu’il existe certains éléments de preuve suggérant la possibilité que des armes ou d’autres preuves liées au motif de l’arrestation soient dissimulées » (*Ali*, par. 2; voir aussi *Golden*, par. 94 et 111). La fouille à nu doit aussi être effectuée raisonnablement, 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).

[67] En l’espèce, l’appelant a été arrêté légalement pour des infractions liées aux armes, après que les munitions et l’arme de poing sont tombées de son pantalon. Le policier a témoigné que, après la troisième fouille, il [TRADUCTION] « a saisi les objets qui étaient tombés par terre, de la jambe du pantalon [de l’appelant], [. . .] et qu’ensuite [il] a fait asseoir [l’appelant] dans [son] véhicule, où ce dernier a été informé des droits qui lui sont garantis par la *Charte* et a reçu la mise en garde usuelle » (d.a., p. 152). La conduite du policier et les mots employés par celui-ci

under arrest for possession of a prohibited firearm (*Latimer*, at para. 24). I thus infer from the record that the appellant was placed under arrest for possession of a prohibited firearm following the third search.

[68] The strip search at the police station was incident to this weapons arrest, because it was for the purpose of discovering concealed weapons or evidence related to the offence for which the appellant was lawfully arrested (see *Golden*, at para. 94). Strip searches unquestionably “represent a significant invasion of privacy and are often a humiliating, degrading and traumatic experience for individuals subject to them” (*Golden*, at para. 83). However, the strip search here was minimally intrusive, as it was conducted reasonably, in a manner consistent with this Court’s guidelines for strip searches (see *Golden*, at paras. 101-2). It was performed at the police station, it was limited to the appellant’s underwear waistband, and the appellant wore his underwear throughout the search.

[69] I therefore conclude that the strip search did not infringe s. 8 of the *Charter*.

(6) Conclusion

[70] The initial pat-down search of the appellant’s person and the search of his car infringed s. 8 of the *Charter*, but the further pat-down search and the strip search did not.

C. *Should the Evidence Be Excluded Under Section 24(2) of the Charter?*

(1) Introduction

[71] Given the breaches of ss. 8 and 9 of the *Charter*, the final issue to consider is whether the evidence should have been excluded under s. 24(2). Section 24(2) provides that when “a court concludes that evidence was obtained in a manner” that infringed a

indiquaient clairement que l’appelant était en état d’arrestation (voir *R. c. Latimer*, [1997] 1 R.C.S. 217, par. 25). Sa conduite a eu pour effet de placer l’appelant en état d’arrestation pour possession d’une arme à feu prohibée (*Latimer*, par. 24). J’infère par conséquent du dossier que l’appelant a été placé en état d’arrestation pour possession d’une arme à feu prohibée à la suite de la troisième fouille.

[68] La fouille à nu effectuée au poste de police était accessoire à cette arrestation liée à des armes, puisqu’elle visait à découvrir des armes dissimulées ou des éléments de preuve se rapportant à l’infraction pour laquelle l’appelant avait été légalement arrêté (voir *Golden*, par. 94). Les fouilles à nu constituent incontestablement « une atteinte importante à la vie privée et, souvent, une expérience humiliante, avilissante et traumatisante pour les personnes qui les subissent » (*Golden*, par. 83). Dans le présent cas, toutefois, la fouille à nu a été minimalement envahissante, car elle a été effectuée de manière non abusive, conformément aux lignes directrices énoncées par la Cour relativement à ces fouilles (voir *Golden*, par. 101-102). Elle a été réalisée au poste de police, et elle s’est limitée à la ceinture du sous-vêtement de l’appelant, sous-vêtement que ce dernier a conservé tout au long de la fouille.

[69] En conséquence, je conclus que la fouille à nu n’a pas violé l’art. 8 de la *Charte*.

(6) Conclusion

[70] La première fouille par palpation de l’appelant ainsi que la fouille de son véhicule ont violé l’art. 8 de la *Charte*, mais ni la seconde fouille par palpation ni la fouille à nu n’ont contrevenu à cette disposition.

C. *Les éléments de preuve devraient-ils être écartés en application du par. 24(2) de la Charte?*

(1) Introduction

[71] Vu les violations des art. 8 et 9 de la *Charte*, la dernière question à examiner est celle de savoir si les éléments de preuve doivent être écartés en application du par. 24(2). Aux termes de cette disposition, lorsque « le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont

Charter right, “the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute”.

[72] Because the trial judge erred in law in assessing the nature and extent of the *Charter* breaches, no appellate deference is owed to his “alternative” conclusion to admit the evidence. This Court must therefore consider that issue afresh (see *Grant*, at para. 129; *Le*, at para. 138; *R. v. Paterson*, 2017 SCC 15, [2017] 1 S.C.R. 202, at para. 42).

[73] As I explain below, although all the impugned evidence was “obtained in a manner” that infringed the appellant’s *Charter* rights, the evidence should not be excluded under s. 24(2).

(2) Applicable Legal Principles

[74] Section 24(2) of the *Charter* is triggered where evidence is “obtained in a manner” that violates an accused’s *Charter* rights. A s. 24(2) inquiry examines the impact of admitting evidence obtained in breach of the *Charter* on public confidence in the justice system over the long term, based on three lines of inquiry: (1) the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct; (2) the impact of the breach on the accused’s *Charter*-protected interests; and (3) society’s interest in the adjudication of the case on the merits. A court’s task is to balance the assessments under these three lines of inquiry “to determine whether, considering all the circumstances, admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute” (*Grant*, at para. 71; see also *Le*, at paras. 139-42).

[75] Section 24(2) does not create an automatic exclusionary rule when evidence is obtained in breach of a *Charter* right. The accused bears the onus of establishing that, having regard to all the

été obtenus dans des conditions » qui portent atteinte à un droit garanti par la *Charte*, « ces éléments de preuve sont écartés s’il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice ».

[72] Étant donné que le juge du procès a commis une erreur de droit dans l’évaluation de la nature et de l’étendue des violations de la *Charte*, sa conclusion « subsidiaire » en faveur de l’utilisation des éléments de preuve ne commande aucune déférence. Notre Cour doit donc procéder à un nouvel examen de cette question (voir *Grant*, par. 129; *Le*, par. 138; *R. c. Paterson*, 2017 CSC 15, [2017] 1 R.C.S. 202, par. 42).

[73] Comme je l’explique ci-après, bien que les éléments de preuve contestés aient été « obtenus dans des conditions » qui ont porté atteinte aux droits garantis à l’appelant par la *Charte*, ils ne devraient pas être écartés en application du par. 24(2).

(2) Principes juridiques applicables

[74] Le paragraphe 24(2) de la *Charte* entre en jeu lorsque des éléments de preuve ont été « obtenus dans des conditions » qui violent les droits garantis par la *Charte* à la personne accusée. L’analyse requise aux fins d’application du par. 24(2) examine, sur la base de trois questions, l’effet à long terme de l’utilisation d’éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte* sur la confiance du public envers le système de justice. Ces trois questions sont : (1) la gravité de la conduite étatique attentatoire à la *Charte*; (2) l’incidence de la violation sur les intérêts de l’accusé protégés par la *Charte*; et (3) l’intérêt de la société à ce que l’affaire soit jugée au fond. Le rôle du tribunal consiste à mettre en balance le résultat de l’examen de chacune de ces questions en vue de « déterminer si, eu égard aux circonstances, l’utilisation d’éléments de preuve serait susceptible de déconsidérer l’administration de la justice » (*Grant*, par. 71; voir aussi *Le*, par. 139-142).

[75] Le paragraphe 24(2) ne crée pas une règle d’exclusion automatique des éléments de preuve obtenus en violation d’un droit garanti par la *Charte*. Il incombe à la personne accusée d’établir que, eu

circumstances, the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute (see *Collins*, at p. 280; *Fearon*, at para. 89; see also S. C. Hill, D. M. Tanovich and L. P. Strezos, *McWilliams' Canadian Criminal Evidence* (5th ed. (loose-leaf)), at § 19:12).

(3) All the Evidence Seized Was “Obtained in a Manner” That Breached the Appellant’s Charter Rights

[76] Because I have concluded that the appellant’s arrest for possession of a controlled substance and the searches of his person and car incident to arrest infringed ss. 8 and 9 of the *Charter*, the ammunition and illegal drugs seized during the first and second searches were “obtained in a manner” that breached his *Charter* rights. This triggers consideration of whether to exclude this evidence under s. 24(2) of the *Charter*.

[77] The key disputed point concerns whether the loaded handgun and ammunition found during the third search were “obtained in a manner” that breached the appellant’s *Charter* rights. The Crown submits that because the appellant was lawfully detained for the traffic collision investigation when the police saw bullets falling from his pants, the nexus between the unlawful drug arrest and the discovery of the gun and ammunition is tenuous. The Crown also says that the bullets falling from the appellant’s pants was “a significant intervening factor”, effectively breaking the chain of causation between the unlawful arrest and first two searches, on the one hand, and the evidence obtained during the third search, on the other hand (R.F., at para. 81). As a result, the Crown submits that the evidence found during the third search was not “obtained in a manner” that breached the appellant’s *Charter* rights. By contrast, the appellant submits that his unlawful arrest for possession of a controlled substance triggered all four searches, thus providing a temporal, causal, or contextual connection between the *Charter* breaches and the discovery of the gun and ammunition on his person. According to the appellant, *all* the evidence was “obtained in a

égard aux circonstances, l’utilisation des éléments de preuve est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice (voir *Collins*, p. 280; *Fearon*, par. 89; voir aussi S. C. Hill, D. M. Tanovich et L. P. Strezos, *McWilliams' Canadian Criminal Evidence* (5^e éd. (feuilles mobiles)), § 19:12).

(3) Tous les éléments de preuve saisis ont été « obtenus dans des conditions » qui ont violé les droits garantis à l’appelant par la Charte

[76] Comme j’ai conclu que l’arrestation de l’appelant pour possession d’une substance désignée ainsi que les fouilles de sa personne et de sa voiture effectuées accessoirement à l’arrestation ont violé les art. 8 et 9 de la *Charte*, les munitions et les drogues illégales saisies durant les première et deuxième fouilles ont été « obtenu[es] dans des conditions » qui ont violé les droits garantis à l’appelant par la *Charte*. Cette conclusion oblige à se demander si ces éléments de preuve doivent être écartés en application du par. 24(2) de la *Charte*.

[77] Le principal point contesté concerne la question de savoir si l’arme de poing chargée et les munitions qui ont été trouvées au cours de la troisième fouille ont été « obtenu[es] dans des conditions » qui ont violé les droits garantis à l’appelant par la *Charte*. La Couronne soutient que, comme l’appelant était détenu légalement aux fins de l’enquête liée à l’accident de la route quand les policiers ont vu des balles tomber de son pantalon, le lien entre l’arrestation illégale liée aux drogues et la découverte de l’arme à feu et des munitions est ténue. La Couronne affirme aussi que la chute des balles du pantalon de l’appelant a été [TRADUCTION] « un facteur intermédiaire significatif », qui a effectivement rompu le lien de causalité entre l’arrestation illégale et les deux premières fouilles d’une part, et les éléments de preuve obtenus pendant la troisième fouille d’autre part (m.i., par. 81). En conséquence, la Couronne avance que les éléments de preuve découverts pendant la troisième fouille n’ont pas été « obtenus dans des conditions » qui ont violé les droits garantis à l’appelant par la *Charte*. À l’inverse, l’appelant prétend que c’est son arrestation illégale pour possession d’une substance désignée qui a entraîné les quatre fouilles, établissant ainsi un lien temporel, causal ou contextuel entre les violations de la *Charte* et la découverte de l’arme à

manner” that breached his *Charter* rights. As I will explain, I agree with the appellant.

[78] This Court has provided guidance as to when evidence is “obtained in a manner” that breached an accused’s *Charter* rights so as to trigger s. 24(2):

1. The courts take “a purposive and generous approach” to whether evidence was “obtained in a manner” that breached an accused’s *Charter* rights (*R. v. Wittwer*, 2008 SCC 33, [2008] 2 S.C.R. 235, at para. 21; *R. v. Mack*, 2014 SCC 58, [2014] 3 S.C.R. 3, at para. 38).
2. The “entire chain of events” involving the *Charter* breach and the impugned evidence should be examined (*R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980, at pp. 1005-6).
3. “Evidence will be tainted if the breach and the discovery of the impugned evidence are part of the same transaction or course of conduct” (*Mack*, at para. 38; see also *Wittwer*, at para. 21).
4. The connection between the *Charter* breach and the impugned evidence can be “temporal, contextual, causal or a combination of the three” (*Wittwer*, at para. 21, quoting *R. v. Plaha* (2004), 189 O.A.C. 376, at para. 45). A causal connection is not required (*Wittwer*, at para. 21; *R. v. Mian*, 2014 SCC 54, [2014] 2 S.C.R. 689, at para. 83; *Strachan*, at pp. 1000-1002).
5. A remote or tenuous connection between the *Charter* breach and the impugned evidence will not suffice to trigger s. 24(2) (*Mack*, at para. 38; *Wittwer*, at para. 21; *R. v. Goldhart*, [1996] 2 S.C.R. 463, at para. 40; *Strachan*, at pp. 1005-6). Such situations should be dealt with on a case by case basis. There is “no hard and fast rule for determining when evidence obtained following the infringement of a *Charter* right becomes too remote” (*Strachan*, at p. 1006).

feu et des munitions sur sa personne. Selon l’appelant, tous les éléments de preuve ont été « obtenus dans des conditions » qui ont violé les droits que lui garantit la *Charte*. Comme je vais l’expliquer, je suis d’accord avec l’appelant.

[78] Notre Cour a donné des indications permettant de déterminer dans quels cas des éléments de preuve ont été « obtenus dans des conditions » qui ont violé les droits garantis à la personne accusée par la *Charte*, circonstance qui fait entrer en jeu le par. 24(2) :

1. Les tribunaux appliquent « une approche généreuse et fondée sur l’objet visé » afin de décider si des éléments de preuve ont été « obtenus dans des conditions » qui ont violé les droits garantis à l’accusé par la *Charte* (*R. c. Wittwer*, 2008 CSC 33, [2008] 2 R.C.S. 235, par. 21; *R. c. Mack*, 2014 CSC 58, [2014] 3 R.C.S. 3, par. 38).
2. Il faut examiner « toute la suite des événements » liés à la violation de la *Charte* et aux éléments de preuve contestés (*R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980, p. 1005-1006).
3. « La preuve est viciée lorsque l’atteinte et la découverte de la preuve dont l’admissibilité est contestée s’inscrivent dans le cadre de la même opération ou conduite » (*Mack*, par. 38; voir aussi *Wittwer*, par. 21).
4. Le lien entre la violation de la *Charte* et les éléments de preuve contestés peut être [TRADUCTION] « temporel, contextuel, causal ou un mélange des trois » (*Wittwer*, par. 21, citant *R. c. Plaha* (2004), 189 O.A.C. 376, par. 45). Il n’est pas nécessaire d’établir un lien de causalité (*Wittwer*, par. 21; *R. c. Mian*, 2014 CSC 54, [2014] 2 R.C.S. 689, par. 83; *Strachan*, p. 1000-1002).
5. Un lien éloigné ou ténu entre la violation de la *Charte* et les éléments de preuve contestés ne sera pas suffisant pour faire entrer en jeu le par. 24(2) (*Mack*, par. 38; *Wittwer*, par. 21; *R. c. Goldhart*, [1996] 2 R.C.S. 463, par. 40; *Strachan*, p. 1005-1006). De telles situations doivent être considérées au cas par cas. Il n’existe pas « de règle stricte pour déterminer le moment où les éléments de preuve obtenus par suite de la violation d’un droit garanti par la *Charte* deviennent trop éloignés » (*Strachan*, p. 1006).

See also *R. v. Pino*, 2016 ONCA 389, 130 O.R. (3d) 561, at para. 72; *R. v. Lichtenwald*, 2020 SKCA 70, 388 C.C.C. (3d) 377, at para. 57; *R. v. Reilly*, 2020 BCCA 369, 397 C.C.C. (3d) 219, at paras. 75-76, aff'd 2021 SCC 38, [2021] 2 S.C.R. 1078; and Hill, Tanovich and Strezos, at § 19:22.

[79] Here, I need not decide whether, as urged by the Crown, the bullets falling from the appellant's pants broke the chain of causation between the appellant's unlawful arrest and the unlawful first two searches, on the one hand, and the lawful third search, on the other hand. Even if it could be said that there was no causal connection between the *Charter* breaches and the discovery of the evidence during the third search, there were undoubtedly temporal and contextual connections that were neither tenuous nor remote. The connection between the *Charter* breaches and the impugned evidence from the third search was temporal, because the discovery of this evidence was very close in time to the *Charter* breaches. The connection was also contextual, because the discovery of this evidence flowed directly out of the same encounter with the police: the third search arose because the officer was concerned that he had "missed some items" during the first search. The third search was also part of the same transaction or course of conduct as the first and second searches: the encounter began as a traffic collision investigation that quickly led to an unlawful arrest for possession of what was believed to be a controlled substance, which then immediately gave rise to safety concerns justifying the third search.

[80] Under this Court's generous approach to the "obtained in a manner" threshold requirement, these temporal and contextual connections are sufficient to require consideration of whether the evidence obtained from the third search should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*, in addition to the evidence from the first two searches.

Voir aussi *R. c. Pino*, 2016 ONCA 389, 130 O.R. (3d) 561, par. 72; *R. c. Lichtenwald*, 2020 SKCA 70, 388 C.C.C. (3d) 377, par. 57; *R. c. Reilly*, 2020 BCCA 369, 397 C.C.C. (3d) 219, par. 75-76, conf. par 2021 CSC 38, [2021] 2 R.C.S. 1078; et Hill, Tanovich et Strezos, § 19:22.

[79] En l'espèce, il n'est pas nécessaire que je décide si, comme le réclame la Couronne, les balles tombées du pantalon de l'appelant ont rompu le lien de causalité entre l'arrestation illégale de l'appelant et les deux premières fouilles illégales, d'une part, et la troisième fouille, légale celle-là, d'autre part. Même s'il était possible d'affirmer qu'il n'existait aucun lien de causalité entre les violations de la *Charte* et la découverte des éléments de preuve durant la troisième fouille, il y avait indubitablement des liens de nature temporelle et contextuelle qui n'étaient ni ténus ni éloignés. Le lien entre les violations de la *Charte* et les éléments de preuve contestés découlant de la troisième fouille était de nature temporelle, parce que la découverte de ces éléments de preuve était très rapprochée dans le temps des violations de la *Charte*. Le lien était également de nature contextuelle, puisque la découverte de ces éléments de preuve découlait directement de la même interaction avec les policiers : la troisième fouille a eu lieu parce que le policier s'inquiétait du fait qu'il avait peut-être « omis de repérer certains objets » pendant la première fouille. La troisième fouille faisait aussi partie de la même opération ou série d'actes que les première et deuxième fouilles : l'interaction a commencé dans le cours d'une enquête liée à l'accident de la route qui a rapidement mené à une arrestation illégale pour possession de ce que l'on croyait être une substance désignée, arrestation qui a ensuite immédiatement fait naître des préoccupations en matière de sécurité justifiant la troisième fouille.

[80] Conformément à l'approche généreuse appliquée par la Cour à l'égard de la condition de base requérant que les éléments de preuve aient été « obtenus dans des conditions » attentatoires, ces liens de nature temporelle et contextuelle sont suffisants pour exiger l'examen de la question de savoir si les éléments de preuve obtenus dans la troisième fouille doivent être écartés en application du par. 24(2) de la *Charte*, en plus des éléments de preuve découlant des deux premières fouilles.

[81] I now turn to the three lines of inquiry under s. 24(2) of the *Charter*.

- (4) The Evidence Should Not Be Excluded Under Section 24(2) of the *Charter*
- (a) *The Seriousness of the Charter-Infringing State Conduct*

[82] The first line of inquiry under s. 24(2) considers the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct. It asks whether the police engaged in misconduct from which the court should dissociate itself (see *Grant*, at para. 72). The concern of this inquiry is “not to punish the police”, but rather to “preserve public confidence in the rule of law and its processes” (*Grant*, at para. 73). The court must situate the *Charter*-infringing conduct on a “spectrum” or a “scale of culpability” (*Grant*, at para. 74; *Paterson*, at para. 43; *Le*, at para. 143). At the more serious end of the culpability scale are wilful or reckless disregard of *Charter* rights, a systemic pattern of *Charter*-infringing conduct, or a major departure from *Charter* standards. Courts should dissociate themselves from such conduct because it risks bringing the administration of justice into disrepute. At the less serious end of the culpability scale are *Charter* breaches that are inadvertent, technical, or minor, or which reflect an understandable mistake. Such circumstances minimally undermine public confidence in the rule of law, and thus dissociation is much less of a concern (see *Grant*, at para. 74; *Le*, at para. 143; *R. v. Harrison*, 2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494, at para. 22).

[83] I would situate this case at the less serious end of the scale of culpability. I say this for three reasons.

[84] First, the *Charter*-infringing state conduct underlying the appellant’s arrest and the searches

[81] Je vais maintenant me pencher sur les trois questions de l’analyse requise aux fins d’application du par. 24(2) de la *Charte*.

- (4) Les éléments de preuve ne devraient pas être écartés en application du par. 24(2) de la *Charte*
- a) *La gravité de la conduite étatique attentatoire à la Charte*

[82] La première question de l’analyse requise aux fins d’application du par. 24(2) porte sur la gravité de la conduite étatique attentatoire à la *Charte*. Elle consiste à se demander si les policiers ont commis des entorses dont le tribunal devrait se dissocier (voir *Grant*, par. 72). Cet examen n’est pas effectué « dans le but de sanctionner la conduite des policiers », mais plutôt de « préserver la confiance du public envers le principe de la primauté du droit et envers les processus qui le mettent en œuvre » (*Grant*, par. 73). Le tribunal doit situer la conduite étatique attentatoire à la *Charte* sur un « éventail de possibilités » ou une « échelle de culpabilité » (*Grant*, par. 74; *Paterson*, par. 43; *Le*, par. 143). À l’extrémité la plus grave de l’échelle de culpabilité, on trouve les violations qui sont commises au mépris délibéré des droits garantis par la *Charte* ou sans se soucier de ces droits, les situations de violations systémiques de la *Charte* ou les dérogations importantes aux normes prescrites par la *Charte*. Les tribunaux doivent se dissocier de telles conduites parce qu’elles sont susceptibles de déconsidérer l’administration de la justice. À l’extrémité la moins grave de l’échelle de culpabilité, on trouve les violations commises par inadvertance, techniques, mineures ou résultant d’une erreur compréhensible. Comme de telles circonstances ébranlent minimalement la confiance du public à l’égard de la primauté du droit, il n’est pas aussi crucial pour les tribunaux de s’en dissocier (voir *Grant*, par. 74; *Le*, par. 143; *R. c. Harrison*, 2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494, par. 22).

[83] Je situerais la présente affaire à l’extrémité la moins grave de l’échelle de culpabilité, et ce, pour trois raisons.

[84] Premièrement, la conduite étatique attentatoire à la *Charte* sous-jacente à l’arrestation de l’appellant

incident to arrest was inadvertent, not deliberate, and reflected an honest mistake about whether gabapentin was one of the hundreds of controlled substances listed under the *CDSA*. While police officers are expected to know the law that they are enforcing, the arresting officer here had been on the force for only three years. In that brief time, he had seen gabapentin, which he knew by the street name “gabby”, trafficked with controlled substances such as fentanyl and methamphetamine. His experience was consistent with the jurisprudence that often mentions gabapentin alongside other controlled substances, even though it is a prescription drug (see above, at para. 7). In short, a relatively inexperienced officer arrested the appellant based on an honest mistake (see *Fearon*, at para. 95).

[85] Nevertheless, I agree with the appellant, and with the conclusion of the dissenting judge (para. 84), that even though the officer’s mistake was not made in bad faith, this alone does not make the *Charter* breach in “good faith” (see *Le*, at para. 147). Good faith on the part of the police, if present, would reduce the need for the court to dissociate itself from the police conduct (see *Grant*, at para. 75; *Paterson*, at para. 44). Good faith cannot be claimed if the *Charter* breach arises from a police officer’s negligence, unreasonable error, ignorance as to the scope of their authority, or ignorance of *Charter* standards (see *Grant*, at para. 75; *Buhay*, at para. 59; *Le*, at para. 147; *Paterson*, at para. 44). I also accept that “[e]ven where the *Charter* infringement is not deliberate or the product of systemic or institutional abuse, exclusion has been found to be warranted for clear violations of well-established rules governing state conduct” (*Paterson*, at para. 44; see also *Harrison*, at paras. 24-25). Even so, in my view, the officer’s mistake and the ensuing *Charter* breaches remain honest and inadvertent, rather than wilful or reckless.

et aux fouilles accessoires à l’arrestation a été commise par inadvertance, elle n’était pas délibérée et elle résultait d’une erreur honnête quant à la question de savoir si la gabapentine était l’une des centaines de substances désignées figurant dans la *LRCDA*S. Bien que l’on s’attende à ce que les policiers connaissent les lois qu’ils font respecter, le policier qui a procédé à l’arrestation ici était en fonction depuis seulement trois ans. Durant cette courte période, il avait vu la gabapentine, qu’il connaissait sous le nom familier de « gabby », faire l’objet de trafic avec des substances désignées comme le fentanyl et la méthamphétamine. Son expérience concordait avec la jurisprudence dans laquelle il est souvent fait mention de la gabapentine avec d’autres substances désignées, même s’il s’agit d’un médicament délivré sur ordonnance (voir précédemment, par. 7). Bref, un policier relativement peu expérimenté a arrêté l’appelant sur la base d’une erreur honnête (voir *Fearon*, par. 95).

[85] Néanmoins, je souscris à la prétention de l’appelant et à la conclusion de la juge dissidente (par. 84) portant que, même si l’erreur du policier n’a pas été commise de mauvaise foi, ce seul fait ne fait pas de cette erreur une violation de la *Charte* commise de « bonne foi » (voir *Le*, par. 147). La bonne foi des policiers, lorsqu’elle est présente, a pour effet de réduire l’obligation du tribunal de se dissocier de la conduite des policiers (voir *Grant*, par. 75; *Paterson*, par. 44). La bonne foi ne peut pas être invoquée si la violation de la *Charte* découle de la négligence d’un policier, d’une erreur déraisonnable de sa part ou de la méconnaissance par celui-ci de l’étendue de ses pouvoirs ou des normes prescrites par la *Charte* (voir *Grant*, par. 75; *Buhay*, par. 59; *Le*, par. 147; *Paterson*, par. 44). J’accepte aussi que, « [m]ême lorsque l’atteinte à un droit garanti par la *Charte* n’est pas le résultat d’un acte délibéré ou d’un abus systémique ou institutionnel », il a été jugé « qu’il est justifié d’écarter la preuve s’il y a eu violation manifeste d’une règle bien établie régissant la conduite de l’État » (*Paterson*, par. 44; voir aussi *Harrison*, par. 24-25). Malgré cela, il n’en demeure pas moins à mon avis que l’erreur commise par le policier et les violations de la *Charte* qui en ont résulté ont été des erreurs honnêtes et commises par inadvertance, plutôt que commises de propos délibéré ou par insouciance.

[86] Second, at no time did the police conduct display wilful blindness or a flagrant disregard for the appellant's *Charter* rights (see *Grant*, at para. 75). To the contrary, the arresting officer tried to respect the appellant's *Charter* rights throughout. His unchallenged evidence was that he arrested the appellant immediately, before asking him about the drug, because he wanted to advise him of his *Charter* rights without delay.

[87] I therefore disagree with the assertion of the appellant, and of the dissenting judge (paras. 85-87 and 89), that the seriousness of the *Charter* breaches is aggravated by the officer's failure to deploy non-*Charter* infringing investigatory techniques, such as using a brief investigative detention to confirm his suspicion about the legal status of gabapentin (see *Collins*, at p. 285). In my view, that assertion is based on a false premise. The trial judge found as fact that the officer *believed* rather than merely *suspected* that gabapentin was a controlled substance. Although the officer should have had an adequate understanding of the law that he was enforcing, he did not arrest the appellant based on a mere suspicion.

[88] Third, there is no evidence before the Court of a systemic problem or lack of training in the Calgary police force that contributed to the officer's honest mistake. This Court has noted that "while evidence of a systemic problem can properly aggravate the seriousness of the breach and weigh in favour of exclusion, the absence of such a problem is hardly a mitigating factor" (*Harrison*, at para. 25). While not a mitigating factor, the absence of a systemic problem informs the court's task of situating the officer's mistake on a scale of culpability. As stated above, dissociation is less of a concern for an inadvertent or technical error (see *Grant*, at para. 74; *Le*, at para. 143; *Harrison*, at para. 22). In this case, the facts disclose human error, plain and simple, by a single, relatively inexperienced police officer.

[86] Deuxièmement, les policiers n'ont à aucun moment fait preuve d'aveuglement volontaire ou de mépris flagrant à l'égard des droits garantis à l'appelant par la *Charte* (voir *Grant*, par. 75). Au contraire, le policier qui a procédé à l'arrestation a tenté tout au long de l'interaction de respecter les droits garantis à l'appelant par la *Charte*. Selon le témoignage non contesté du policier, il a arrêté l'appelant immédiatement, avant de l'interroger au sujet de la drogue, parce qu'il voulait l'aviser sans délai des droits que la *Charte* lui garantit.

[87] Je ne peux par conséquent souscrire à l'affirmation de l'appelant et de la juge dissidente (par. 85-87 et 89) selon laquelle la gravité des violations de la *Charte* est amplifiée par le défaut du policier de recourir à des techniques d'enquête non attentatoires à la *Charte*, tel le recours à une brève détention aux fins d'enquête afin de confirmer ses soupçons sur le statut juridique de la gabapentine (voir *Collins*, p. 285). À mon avis, cette affirmation repose sur une prémisse erronée. Le juge du procès a estimé, en tant que conclusion de fait, que le policier *croyait* et non pas simplement *soupçonnait* que la gabapentine était une substance désignée. Le policier aurait certes dû connaître adéquatement la loi qu'il faisait respecter, mais il n'a pas arrêté l'appelant sur la foi d'un simple soupçon.

[88] Troisièmement, il n'a été présenté à la Cour aucun élément de preuve tendant à établir qu'il existe, au sein des forces policières de Calgary, un problème systémique ou un manque de formation qui aurait contribué à l'erreur honnête du policier. Notre Cour a souligné que, « même si la preuve d'un problème systémique peut à juste titre amplifier la gravité de la violation et militer en faveur de l'exclusion des éléments de preuve, l'absence d'un tel problème n'est guère un facteur atténuant » (*Harrison*, par. 25). Quoiqu'elle ne constitue pas un facteur atténuant, l'absence de problème systémique éclaire le tribunal lorsqu'il situe l'erreur d'un policier sur l'échelle de culpabilité. Comme il a été mentionné plus tôt, la dissociation n'est pas aussi cruciale en présence d'une erreur technique ou commise par inadvertance (voir *Grant*, par. 74; *Le*, par. 143; *Harrison*, par. 22). En l'espèce, les faits révèlent purement et simplement une erreur humaine commise par un seul policier, relativement peu expérimenté.

[89] Given the officer's honest mistake, the lack of a flagrant disregard for *Charter* rights, and the lack of a systemic problem, I would situate the *Charter*-infringing state conduct at the less serious end of the scale of culpability. This factor favours exclusion, but only weakly.

(b) *The Impact on the Appellant's Charter-Protected Interests*

[90] The second line of inquiry under s. 24(2) considers the impact of the breach on the accused's *Charter*-protected interests. It asks whether the breach "actually undermined the interests protected by the right infringed" (*Grant*, at para. 76; *Le*, at para. 151). This involves identifying the interests protected by the relevant *Charter* rights and evaluating how seriously the breaches affected those interests (see *Grant*, at para. 77). As with the first *Grant* line of inquiry, the court must situate the impact on the accused's *Charter*-protected interests on a spectrum, ranging from impacts that are fleeting, technical, transient, or trivial, to those that are profoundly intrusive or that seriously compromise the interests underlying the rights infringed. The greater the impact on *Charter*-protected interests, the greater the risk that admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. This is because "admission of the evidence may signal to the public that *Charter* rights, however high-sounding, are of little actual avail to the citizen, breeding public cynicism and bringing the administration of justice into disrepute" (*Grant*, at para. 76; see also *Le*, at para. 151; *Harrison*, at para. 28).

[91] In this case, I have found three *Charter* breaches: a breach of s. 9 in the appellant's unlawful arrest; and two breaches of s. 8 in the unreasonable search of the appellant's person and car incident to arrest. The interests protected by s. 9 of the *Charter* include the protection of "individual liberty from unjustified state interference" (*Grant*, at para. 20; *Le*, at para. 152), while the interests protected by s. 8 of the *Charter* include individual privacy and human dignity (see

[89] Compte tenu de l'erreur honnête du policier, de l'absence de mépris flagrant à l'égard des droits garantis par la *Charte* et de l'absence de problème systémique, je situerais la conduite étatique attentatoire à la *Charte* à l'extrémité la moins grave de l'échelle de culpabilité. Ce facteur milite en faveur de l'exclusion, mais faiblement seulement.

b) *L'incidence de la violation sur les intérêts de l'accusé protégés par la Charte*

[90] La deuxième question de l'analyse requise aux fins d'application du par. 24(2) s'attache à l'incidence de la violation sur les intérêts de l'accusé protégés par la *Charte*. Il s'agit de s'interroger sur « la portée réelle de l'atteinte aux intérêts protégés par le droit en cause » (*Grant*, par. 76; *Le*, par. 151). Cela signifie qu'il faut déterminer quels sont les intérêts protégés par les droits pertinents de la *Charte*, et évaluer la gravité de l'incidence de la violation sur ces intérêts (voir *Grant*, par. 77). Tout comme pour la première question de l'analyse énoncée dans l'arrêt *Grant*, le tribunal doit situer sur une échelle l'incidence de la violation sur les intérêts de l'accusé protégés par la *Charte*, échelle qui va des incidences qui sont éphémères, techniques, transitoires ou insignifiantes, aux incidences qui sont profondément envahissantes et qui mettent gravement en péril les intérêts sous-jacents aux droits violés. Plus grande est l'incidence sur les intérêts protégés par la *Charte* plus grand est le risque que l'utilisation des éléments de preuve soit susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. C'est le cas parce que « l'utilisation des éléments de preuve risque de donner à penser que les droits garantis par la *Charte*, pour encensés qu'ils soient, ne revêtent pas d'utilité réelle pour les citoyens, ce qui engendrerait le cynisme et déconsidérerait l'administration de la justice » (*Grant*, par. 76; voir aussi *Le*, par. 151; *Harrison*, par. 28).

[91] Dans l'affaire qui nous occupe, j'ai conclu qu'il y a eu trois violations de la *Charte* : une violation de l'art. 9 lors de l'arrestation illégale de l'appelant; et deux violations de l'art. 8 lors des fouilles abusives de l'appelant et de sa voiture effectuées accessoirement à l'arrestation. Les intérêts protégés par l'art. 9 de la *Charte* incluent la protection de « la liberté individuelle contre l'ingérence injustifiée de l'État » (*Grant*, par. 20; *Le*, par. 152), alors que les intérêts protégés

Grant, at para. 78; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34, at para. 91). I would characterize the breaches here as having had a moderate impact on the appellant’s *Charter*-protected interests: while the impact was not fleeting, technical, transient, or trivial, it was not profoundly intrusive either.

[92] With regard to the impact of the s. 9 *Charter* breach, the appellant submits that his arbitrary arrest involved “unsanctioned state violence” on his liberty interest (A.F., at para. 122). He says that his arrest on a busy road was not brief or fleeting, and that handcuffs restricted his liberty and movement. Yet, as the Crown rightly notes, and as the appellant appropriately concedes, he was lawfully detained for the traffic collision investigation. He had to remain at the scene and cooperate with the police regarding the collision — he was not free to go (see *Rowson (ABCA)*, at para. 44; see also Hill, Tanovich and Strezos, at § 19:36). Because the appellant’s liberty interests were lawfully restricted for the traffic collision investigation, this mitigates the impact of his arbitrary arrest to some extent.

[93] With regard to the impact of the s. 8 *Charter* breaches, the first search, a pat-down search, is a “relatively non-intrusive procedure” (*Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158, at p. 185), one that is “minimally intrusive” (*Mann*, at para. 56). The search here fit that description. The same can be said of the second search, a search of the appellant’s car incident to arrest, given the reduced expectation of privacy in a car (see *MacKenzie*, at para. 31; *R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341, at para. 38; *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527, at p. 534).

[94] On the other side of the ledger, I am not prepared to speculate as to whether the evidence would have been discovered absent the *Charter* breaches. It is true that if the evidence were only discoverable through the *Charter* breach, then there would be a

par l’art. 8 de la *Charte* comprennent la vie privée et la dignité humaine de chacun (voir *Grant*, par. 78; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34, par. 91). Je dirais que les violations en cause ont eu une incidence modérée sur les intérêts de l’appelant protégés par la *Charte* : bien que cette incidence n’ait pas été éphémère, technique, transitoire ou insignifiante, elle n’a pas non plus été profondément envahissante.

[92] En ce qui concerne l’incidence de la violation de l’art. 9 de la *Charte*, l’appelant soutient que son arrestation arbitraire a comporté de la [TRADUCTION] « violence étatique non autorisée » à l’endroit de sa liberté (m.a., par. 122). Il plaide que son arrestation dans une rue achalandée n’a été ni brève ni éphémère, et que les menottes ont restreint sa liberté et ses mouvements. Malgré cela, comme le souligne à bon droit la Couronne, et comme le reconnaît à juste titre l’appelant, ce dernier était détenu légalement aux fins de l’enquête liée à l’accident de la route. Il devait demeurer sur les lieux et coopérer avec les policiers relativement à l’accident — il n’était pas libre de s’en aller (voir *Rowson (ABCA)*, par. 44; voir aussi Hill, Tanovich et Strezos, § 19:36). Le fait que la liberté de l’appelant était restreinte légalement aux fins de l’enquête liée à l’accident de la route a pour effet d’atténuer dans une certaine mesure l’incidence de son arrestation arbitraire.

[93] Pour ce qui est de l’incidence des violations de l’art. 8 de la *Charte*, la première fouille — une fouille par palpation — est un processus « relativement peu intrusif » (*Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158, p. 185), une « procédure peu envahissante » (*Mann*, par. 56). La fouille en litige ici correspond à cette description. On peut en dire autant de la deuxième fouille — la fouille de la voiture de l’appelant effectuée accessoirement à l’arrestation — compte tenu des attentes réduites en matière de respect de la vie privée lorsqu’une personne se trouve dans un véhicule (voir *MacKenzie*, par. 31; *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341, par. 38; *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527, p. 534).

[94] En revanche, je ne suis pas disposé à formuler des conjectures relativement à la question de savoir si les éléments de preuve auraient été découverts en l’absence des violations de la *Charte*. Il est vrai que si les éléments de preuve pouvaient uniquement

greater impact on the accused’s *Charter*-protected interests (see *Grant*, at paras. 122 and 137; *R. v. Keller*, 2019 ABCA 38, 372 C.C.C. (3d) 502, at para. 64). However, “in cases where it cannot be determined with any confidence whether evidence would have been discovered” absent a *Charter* breach, “discoverability will have no impact on the s. 24(2) inquiry” (*Grant*, at para. 122; see also *Hill, Tanovich and Strezos*, at § 19:49). Courts should not engage in speculation about discoverability (see *R. v. Côté*, 2011 SCC 46, [2011] 3 S.C.R. 215, at para. 70).

[95] Collecting these factors under the second line of inquiry, in my view, the *Charter* breaches arising from the unlawful arrest and the first two searches had a moderate impact on the appellant’s *Charter*-protected interests. The appellant was unlawfully arrested, but he was also lawfully detained for the traffic collision investigation; the searches were minimally intrusive, and I am not prepared to speculate on the issue of discoverability. These are not profoundly intrusive impacts, but they are not fleeting, technical, transient, or trivial either. This line of inquiry pulls moderately toward exclusion.

(c) *Society’s Interest in the Adjudication of the Case on the Merits*

[96] The third line of inquiry considers factors such as the reliability of the impugned evidence and its importance to the Crown’s case. It 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). Reliable evidence critical to the Crown’s case will generally pull toward inclusion (see *Grant*, at paras. 80-81; *Harrison*, at paras. 33-34).

[97] Here, the evidence seized was reliable and relevant to the Crown’s prosecution of serious offences. The appellant concedes that the admission of this

être découverts au moyen de violations de la *Charte*, l’incidence sur les intérêts de l’accusé protégés par la *Charte* serait alors plus grande (voir *Grant*, par. 122 et 137; *R. c. Keller*, 2019 ABCA 38, 372 C.C.C. (3d) 502, par. 64). Toutefois, « lorsqu’il est impossible d’établir avec certitude si les éléments de preuve auraient été découverts » sans la violation de la *Charte*, « la possibilité de découvrir [ces éléments] n’influera pas sur l’analyse requise par le par. 24(2) » (*Grant*, par. 122; voir aussi *Hill, Tanovich et Strezos*, § 19:49). Les tribunaux ne devraient pas se livrer à des conjectures sur la possibilité de découvrir la preuve (voir *R. c. Côté*, 2011 CSC 46, [2011] 3 R.C.S. 215, par. 70).

[95] Si l’on regroupe ces facteurs dans le cadre de la deuxième question, je suis d’avis que les violations de la *Charte* découlant de l’arrestation illégale et des deux premières fouilles ont eu une incidence modérée sur les intérêts de l’appelant protégés par la *Charte*. L’appelant a certes été arrêté illégalement, mais il a en outre été détenu légalement aux fins de l’enquête liée à l’accident de la route; les fouilles étaient minimalement envahissantes, et je ne suis pas prêt à me livrer à des conjectures sur la question de la possibilité de découvrir les éléments de preuve. Ces incidences ne sont pas profondément envahissantes, mais elles ne sont pas non plus éphémères, techniques, transitoires ou insignifiantes. Le résultat de l’examen de la seconde question milite modérément en faveur de l’exclusion des éléments de preuve.

c) *L’intérêt de la société à ce que l’affaire soit jugée au fond*

[96] La troisième question porte sur des facteurs comme la fiabilité des éléments de preuve contestés et leur importance pour la preuve de la Couronne. 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). S’il s’agit d’éléments de preuve fiables et cruciaux pour la preuve de la Couronne, ce fait militera généralement en faveur de leur inclusion (voir *Grant*, par. 80-81; *Harrison*, par. 33-34).

[97] En l’espèce, les éléments de preuve saisis étaient fiables et pertinents aux fins de poursuites intentées par la Couronne à l’égard d’infractions

evidence would better serve the truth-seeking function of the criminal trial process than its exclusion. I agree.

(d) *The Final Balancing*

[98] The final step in the s. 24(2) analysis involves balancing the factors under the three lines of inquiry to assess the impact of admission or exclusion of the evidence on the long-term repute of the administration of justice. Such balancing involves a qualitative exercise, one that is not capable of mathematical precision (see *Grant*, at paras. 86 and 140; *Harrison*, at para. 36). Each factor must be assessed and weighed in the balance, focussing on the long-term integrity of, and public confidence in, the administration of justice (see *Grant*, at para. 68). The balancing is prospective: it aims to ensure that evidence obtained through a *Charter* breach “does not do further damage to the repute of the justice system” (*Grant*, at para. 69). The balancing is also societal: the goal is not to punish the police, but rather to address systemic concerns by analyzing “the broad impact of admission of the evidence on the long-term repute of the justice system” (*Grant*, at para. 70; see also *Le*, at para. 139).

[99] I have concluded that the first line of inquiry under *Grant* pulls weakly toward exclusion and the second does so moderately, but the third pulls strongly toward admission. In my view, on these facts, the final balancing does not call for exclusion of the evidence to protect the long-term repute of the justice system. A relatively inexperienced police officer made an honest mistake about the legal status of gabapentin, a prescription drug that is traded on the street and that the appellant tried to hide during a lawful traffic collision investigation. That led to an arrest and searches incident to arrest, and to the discovery of a loaded gun, ammunition, and fentanyl — a drug that has been described as “public enemy number one” (*R. v. Parranto*, 2021 SCC 46, [2021] 3 S.C.R. 366, at para. 93, per Moldaver J.). Excluding this evidence

graves. L’appelant concède que l’utilisation de ces éléments de preuve servirait mieux la fonction de recherche de la vérité que remplit le procès criminel que leur exclusion. Je suis d’accord.

d) *La mise en balance finale*

[98] La dernière étape dans l’analyse requise aux fins d’application du par. 24(2) consiste à mettre en balance les facteurs dégagés lors de l’examen des trois questions afin d’évaluer l’incidence de l’utilisation ou de l’exclusion des éléments de preuve sur la considération à long terme portée à l’administration de la justice. Une telle mise en balance implique une évaluation de nature qualitative, une évaluation qui ne permet donc pas une précision mathématique (voir *Grant*, par. 86 et 140; *Harrison*, par. 36). Chaque facteur doit être évalué et mis en balance en vue du maintien à long terme de l’intégrité du système de justice et de la confiance du public à son égard (voir *Grant*, par. 68). La mise en balance a un caractère prospectif : elle vise à faire en sorte que des éléments de preuve obtenus au moyen d’une violation de la *Charte* « ne déconsidèrent pas davantage le système de justice » (*Grant*, par. 69). La mise en balance a aussi un aspect sociétal : l’objectif n’est pas de punir la conduite des policiers, mais plutôt de s’attaquer aux conséquences systémiques « de l’utilisation d’éléments de preuve sur la considération à long terme portée au système de justice » (*Grant*, par. 70; voir aussi *Le*, par. 139).

[99] J’ai conclu que la première question de l’analyse énoncée dans l’arrêt *Grant* milite faiblement en faveur de l’exclusion et la deuxième question, modérément, mais que la troisième question milite fortement en faveur de leur utilisation. À mon avis, sur la base de ces faits, la mise en balance finale ne commande pas l’exclusion des éléments de preuve afin de protéger la considération à long terme portée au système de justice. Un policier relativement peu expérimenté a commis une erreur honnête quant au statut juridique de la gabapentine, un médicament délivré sur ordonnance, qui fait l’objet de trafic dans les rues et que l’appelant a essayé de dissimuler pendant une enquête légale liée à un accident de la route. La situation a donné lieu à une arrestation, à des fouilles accessoires à cette arrestation et à la découverte d’une arme à feu

would simply punish the police — which is not the purpose of s. 24(2) — and would damage, rather than vindicate, the long-term repute of the criminal justice system.

[100] I conclude that the admission of the evidence would not bring the administration of justice into disrepute. I would therefore admit the evidence and affirm the convictions on all charges.

VI. Disposition

[101] For these reasons, I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

[102] BROWN J. (dissenting) — I endorse my colleague’s conclusions, and his reasons therefor, that (1) an arrest based on a mistake of law is unlawful, (2) in this case, it resulted in a breach of the appellant’s rights under s. 8 and s. 9 of the *Charter*, and (3) no deference is owed to the trial judge’s findings on s. 24(2) given his legal errors.

[103] I also agree with my colleague’s account of the law and principles governing s. 24(2). My point of respectful departure is on their application to the facts of the case, specifically as they relate to the seriousness of the *Charter*-infringing conduct. On that point, I adopt the reasons of Veldhuis J.A., at paras. 84-89 (2020 ABCA 469, 397 C.C.C. (3d) 163).

[104] Taking that into account, and accepting my colleague’s discussion of the other lines of inquiry

chargée, de munitions et de fentanyl — une drogue qui a été qualifiée « [d]’ennemi public numéro un » (*R. c. Parranto*, 2021 CSC 46, [2021] 3 R.C.S. 366, par. 93, le juge Moldaver). L’exclusion de ces éléments de preuve aurait simplement pour effet de punir les policiers — ce qui n’est pas l’objet du par. 24(2) —, et elle affaiblirait au lieu de soutenir la considération à long terme portée au système de justice pénale.

[100] Je conclus que l’utilisation des éléments de preuve n’est pas susceptible de déconsidérer l’administration de la justice. Je suis par conséquent d’avis d’utiliser les éléments de preuve et de confirmer les déclarations de culpabilité à l’égard de tous les chefs d’accusation.

VI. Dispositif

[101] Pour ces motifs, je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

[102] LE JUGE BROWN (dissident) — Je souscris aux conclusions suivantes de mon collègue, ainsi qu’aux motifs qu’il a exposés au soutien de celles-ci : (1) une arrestation basée sur une erreur de droit est illégale; (2) en l’espèce, l’arrestation a entraîné une violation des droits garantis à l’appelant par les art. 8 et 9 de la *Charte*; et (3) les conclusions du juge du procès relativement au par. 24(2) ne commandent aucune déférence compte tenu des erreurs de droit commises par ce dernier.

[103] Je souscris en outre à la présentation que fait mon collègue des règles de droit et des principes qui régissent le par. 24(2). Le point sur lequel je dois, avec égards, exprimer mon désaccord avec lui, est l’application de ces règles et principes aux faits de l’espèce, particulièrement en ce qui a trait aux faits se rapportant à la gravité de la conduite attentatoire à la *Charte*. Sur ce point, je fais miens les motifs exposés par la juge Veldhuis aux par. 84-89 (2020 ABCA 469, 397 C.C.C. (3d) 163).

[104] Compte tenu de ce qui précède, et acceptant l’analyse de mon collègue à l’égard des autres

under *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, I find that admitting the evidence would bring the administration of justice into disrepute. I would therefore allow the appeal, exclude the evidence, and substitute verdicts of acquittal on all charges.

Appeal dismissed, BROWN J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Pringle Chivers Sparks Teskey, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Justice and Solicitor General, Appeals, Education & Prosecution Policy Branch, Calgary.

questions prévues par l'arrêt *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, je conclus que l'utilisation des éléments de preuve recueillis serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Par conséquent, j'accueillerais le pourvoi, j'exclurais les éléments de preuve et je substituerai des verdicts d'acquiescement à l'égard de tous les chefs d'accusation.

Pourvoi rejeté, le juge BROWN est dissident.

Procureurs de l'appelant : Pringle Chivers Sparks Teskey, Vancouver.

Procureur de l'intimée : Justice and Solicitor General, Appeals, Education & Prosecution Policy Branch, Calgary.

Andre Aaron Gerrard *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. GERRARD

2022 SCC 13

File No.: 39874.

2022: April 19.

Present: Moldaver, Karakatsanis, Rowe, Kasirer and Jamal JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Criminal law — Evidence — Assessment — Credibility — Absence of evidence of motive to lie — Lack of embellishment — Accused convicted of numerous charges for assaulting and threatening former common law spouse and damaging her property — Accused appealing convictions on basis that trial judge erred in application of W. (D.) principles and in assessing complainant's credibility — Majority of Court of Appeal holding that trial judge did not misapply W. (D.), that trial judge properly dealt with evidence of whether complainant had motive to lie, and that trial judge did not rely on complainant's lack of embellishment in favour of her credibility — Convictions upheld.

Cases Cited

Referred to: *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; *R. v. Vuradin*, 2013 SCC 38, [2013] 2 S.C.R. 639; *R. v. G.F.*, 2021 SCC 20, [2021] 1 S.C.R. 801; *R. v. Stirling*, 2008 SCC 10, [2008] 1 S.C.R. 272; *R. v. Ignacio*, 2021 ONCA 69, 400 C.C.C. (3d) 343; *R. v. Swain*, 2021 BCCA 207, 406 C.C.C. (3d) 39.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (Bryson, Hamilton and Bourgeois JJ.A.), 2021 NSCA 59, 468 D.L.R. (4th) 393, [2021] N.S.J. No. 313 (QL), 2021 CarswellNS 533 (WL),

Andre Aaron Gerrard *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. GERRARD

2022 CSC 13

N° du greffe : 39874.

2022 : 19 avril.

Présents : Les juges Moldaver, Karakatsanis, Rowe, Kasirer et Jamal.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

Droit criminel — Preuve — Appréciation — Crédibilité — Absence de preuve d'une raison de mentir — Absence d'amplification — Accusé déclaré coupable de nombreuses accusations de voies de fait et de menaces à l'endroit de son ancienne conjointe de fait, ainsi que de dommages aux biens de cette dernière — Appel formé par l'accusé à l'encontre des déclarations de culpabilité pour cause d'erreur par la juge du procès dans l'application des principes énoncés dans l'arrêt W. (D.) et dans l'appréciation de la crédibilité de la plaignante — Décision des juges majoritaires de la Cour d'appel portant que la juge du procès n'a pas mal appliqué l'arrêt W. (D.), qu'elle a traité adéquatement la preuve relative à la question de savoir si la plaignante avait une raison de mentir et qu'elle n'a pas considéré l'absence d'amplification par la plaignante comme un élément en faveur de la crédibilité de cette dernière — Déclarations de culpabilité confirmées.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742; *R. c. Vuradin*, 2013 CSC 38, [2013] 2 R.C.S. 639; *R. c. G.F.*, 2021 CSC 20, [2021] 1 R.C.S. 801; *R. c. Stirling*, 2008 CSC 10, [2008] 1 R.C.S. 272; *R. c. Ignacio*, 2021 ONCA 69, 400 C.C.C. (3d) 343; *R. c. Swain*, 2021 BCCA 207, 406 C.C.C. (3d) 39.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (les juges Bryson, Hamilton et Bourgeois), 2021 NSCA 59, 468 D.L.R. (4th) 393, [2021] N.S.J. No. 313 (QL), 2021 CarswellNS 533

affirming the convictions of the accused. Appeal dismissed.

Jonathan T. Hughes, for the appellant.

Jennifer A. MacLellan, Q.C., and *Mark Scott, Q.C.*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] MOLDAVER J. — Mr. Gerrard appeals his 13 domestic violence-related convictions to this Court, as of right, based upon a dissenting opinion at the Nova Scotia Court of Appeal (2021 NSCA 59, 468 D.L.R. (4th) 393). A majority of the Court of Appeal rejected his submissions that the trial judge erred both in her application of *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, and her assessment of the complainant’s credibility.

[2] We would dismiss the appeal. On the first issue, the trial judge instructed herself correctly on the *W. (D.)* test and its application. It is immaterial that the trial judge assessed the complainant’s credibility before the accused’s; this does not automatically demonstrate that she reversed the burden of proof (*R. v. Vuradin*, 2013 SCC 38, [2013] 2 S.C.R. 639, at para. 21). Rather, the trial judge’s reasons demonstrate that she did not evaluate the complainant’s evidence in isolation, but properly tested it against the evidence of other witnesses — including the accused — and offered cogent reasons for finding that the complainant’s evidence was credible without improperly marginalizing that of Mr. Gerrard’s or any of the other witnesses. Trial judges’ reasons must be read generously, as a whole, and with the presumption that the judge knows the law (*R. v. G.F.*, 2021 SCC 20, [2021] 1 S.C.R. 801, at paras. 69 and 74). We see no reason to interfere with her analysis.

(WL), qui a confirmé les déclarations de culpabilité prononcées contre l’accusé. Pourvoi rejeté.

Jonathan T. Hughes, pour l’appellant.

Jennifer A. MacLellan, c.r., et *Mark Scott, c.r.*, pour l’intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LE JUGE MOLDAVER — Monsieur Gerrard fait appel de plein droit devant notre Cour des 13 déclarations de culpabilité liées à la violence conjugale prononcées contre lui, sur la base de l’opinion dissidente exposée en Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse (2021 NSCA 59, 468 D.L.R. (4th) 393). Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont rejeté ses arguments selon lesquels la juge du procès a fait erreur tant dans l’application de l’arrêt *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, que dans l’appréciation de la crédibilité de la plaignante.

[2] Nous sommes d’avis de rejeter le pourvoi. En ce qui a trait à la première question en litige, la juge du procès s’est rappelé correctement l’analyse énoncée dans l’arrêt *W. (D.)* ainsi que son application. Il est sans importance que la juge du procès ait apprécié la crédibilité de la plaignante avant celle de l’accusé; cela ne démontre pas automatiquement qu’elle a renversé le fardeau de la preuve (*R. c. Vuradin*, 2013 CSC 38, [2013] 2 R.C.S. 639, par. 21). Au contraire, les motifs de la juge du procès démontrent qu’elle n’a pas évalué le témoignage de la plaignante isolément, mais qu’elle l’a adéquatement soupesé en regard de celui d’autres témoins — y compris l’accusé — et qu’elle a fourni des raisons convaincantes au soutien de sa conclusion que le témoignage de la plaignante était crédible, sans marginaliser indûment celui de M. Gerrard ou de quelque autre témoin. Les motifs exposés par les juges qui président les procès doivent être interprétés généreusement, dans leur ensemble, et conformément à la présomption selon laquelle les juges connaissent le droit (*R. c. G.F.*, 2021 CSC 20, [2021] 1 R.C.S. 801, par. 69 et 74). Nous ne voyons aucune raison d’intervenir à l’égard de son analyse.

[3] On the second issue, we do not accept Mr. Gerrard's submission that the trial judge made improper credibility findings about the complainant regarding lack of motive to lie, lack of embellishment, and reluctance to report to the police and testify. The trial judge properly considered each of these factors in assessing the complainant's credibility as a direct response to Mr. Gerrard's defence at trial, namely that the complainant had long threatened to report him to the police and finally followed through with this threat by fabricating allegations because he made a derogatory comment about her to her daughter. Put another way, he alleged that she had a motive to lie and was, in fact, lying. Credibility findings are owed significant deference on appeal (*G.F.*, at para. 81). The trial judge's reasons were responsive to live issues at trial — raised by Mr. Gerrard — and reveal no error justifying intervention.

[4] Two of these factors warrant a few additional comments. Lack of evidence of a complainant's motive to lie may be relevant in assessing credibility, particularly where the suggestion is raised by the defence (*R. v. Stirling*, 2008 SCC 10, [2008] 1 S.C.R. 272, at paras. 10-11; *R. v. Ignacio*, 2021 ONCA 69, 400 C.C.C. (3d) 343, at paras. 38 and 52). Absence of evidence of motive to lie, or the existence of evidence disproving a particular motive to lie, is a common sense factor that suggests a witness may be more truthful because they do not have a reason to lie. That said, when considering this factor, trial judges must be alive to two risks: (1) the absence of evidence that a complainant has a motive to lie (i.e. there is no evidence either way) cannot be equated with evidence disproving a particular motive to lie (i.e. evidence establishing that the motive does not exist), as the latter requires evidence and is therefore a stronger indication of credibility — neither is conclusive in a credibility analysis; and (2) the burden of proof cannot be reversed by requiring the accused to demonstrate that the complainant has a motive to lie or explain why a complainant has made the allegations (*R. v.*

[3] En ce qui a trait à la seconde question en litige, nous n'acceptons pas l'argument de M. Gerrard voulant que la juge du procès ait tiré des conclusions erronées quant à la crédibilité de la plaignante relativement à l'absence de raison de mentir, à l'absence d'amplification et à la réticence à effectuer des signalements à la police et à témoigner. La juge du procès a, dans le cadre de son appréciation de la crédibilité de la plaignante, considéré de manière adéquate chacun de ces facteurs directement par suite du moyen de défense avancé par M. Gerrard au procès, à savoir que la plaignante menaçait depuis longtemps de le dénoncer à la police et avait finalement mis sa menace à exécution en fabriquant des allégations parce qu'il avait fait un commentaire désobligeant la concernant à sa fille. Autrement dit, il alléguait qu'elle avait une raison de mentir et que, dans les faits, elle mentait. Les conclusions sur la crédibilité commandent une grande déférence en appel (*G.F.*, par. 81). Les motifs de la juge du procès répondaient à des questions litigieuses au procès — soulevées par M. Gerrard —, et ils ne révèlent aucune erreur justifiant une intervention.

[4] Deux de ces facteurs appellent quelques commentaires additionnels. L'absence de preuve qu'un plaignant a des raisons de mentir peut être pertinente dans l'appréciation de la crédibilité, particulièrement lorsque la défense suggère qu'il en a (*R. c. Stirling*, 2008 CSC 10, [2008] 1 R.C.S. 272, par. 10-11; *R. c. Ignacio*, 2021 ONCA 69, 400 C.C.C. (3d) 343, par. 38 et 52). L'absence de preuve d'une raison de mentir ou l'existence de preuve réfutant une raison particulière de mentir constitue un facteur empreint de bon sens qui tend à indiquer qu'un témoin pourrait être davantage susceptible de dire la vérité parce qu'il n'a pas de raison de mentir. Cela dit, lorsque le juge qui préside un procès prend ce facteur en considération, il doit avoir deux risques à l'esprit : (1) l'absence de preuve qu'un plaignant a des raisons de mentir (c.-à-d. l'absence de preuve dans un sens ou dans l'autre) ne peut être assimilée à une preuve réfutant l'existence d'une raison particulière de mentir (c.-à-d. une preuve établissant que la raison n'existe pas), car la seconde situation requiert qu'on en fasse la preuve et constitue donc une indication plus solide de crédibilité — aucune de ces situations n'est concluante dans l'analyse sur la crédibilité; et (2) on

Swain, 2021 BCCA 207, 406 C.C.C. (3d) 39, at paras. 31-33).

[5] Lack of embellishment may also be relevant in assessing a complainant's credibility and often arises in response to suggestions that the complainant has a motive to lie. But, unlike absence of evidence of motive to lie, or the existence of evidence disproving a particular motive to lie, lack of embellishment is not an indicator that a witness is more likely telling the truth because both truthful and dishonest accounts can be free of exaggeration or embellishment. Lack of embellishment cannot be used to bolster the complainant's credibility — it simply does not weigh against it. It may, however, be considered as a factor in assessing whether or not the witness had a motive to lie.

[6] For these reasons, we would dismiss the appeal.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: JTH Law, Halifax.

Solicitor for the respondent: Nova Scotia Public Prosecution Service, Halifax.

ne peut renverser le fardeau de la preuve en exigeant que l'accusé démontre que le plaignant a une raison de mentir ou qu'il explique pourquoi le plaignant a formulé des allégations (*R. c. Swain*, 2021 BCCA 207, 406 C.C.C. (3d) 39, par. 31-33).

[5] L'absence d'amplification peut elle aussi être pertinente dans l'appréciation de la crédibilité d'un plaignant et elle se soulève souvent par suite de suggestions portant que le plaignant a des raisons de mentir. Cependant, contrairement à l'absence de preuve d'une raison de mentir ou à l'existence de preuve réfutant une raison particulière de mentir, l'absence d'amplification n'est pas un indice qu'un témoin est davantage susceptible de dire la vérité, car tant une déposition véridique qu'une déposition malhonnête peut ne contenir aucune exagération ou amplification. L'absence d'amplification ne peut pas être invoquée pour renforcer la crédibilité du plaignant — elle a tout simplement pour effet de ne pas nuire à la crédibilité. Elle peut toutefois constituer un facteur à prendre en considération dans l'examen de la question de savoir si un témoin avait ou non une raison de mentir.

[6] Pour les motifs qui précèdent, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant : JTH Law, Halifax.

Procureur de l'intimée : Nova Scotia Public Prosecution Service, Halifax.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0J1

En cas de non-livraison, retourner à :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0J1

Available from:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1
scr-rs@scc-csc.ca

En vente auprès de :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1
scr-rs@scc-csc.ca