



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 2, 2019 Vol. 1

2^e cahier, 2019 Vol. 1

Cited as [2019] 1 S.C.R. 301-571

Renvoi [2019] 1 R.C.S. 301-571

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

ROGER BILODEAU, Q.C. / c.r.
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjoint
J. DAVID POWER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
GENEVIEVE DOMEY

Senior Counsel / Avocate-conseil
RENÉE MARIA TREMBLAY

Legal Counsel / Conseillers juridiques

AUDREY-ANNE BERGERON
CLAIRE ZOË BIDER-HALL
VALERIE DESJARLAIS
ANNE DES ORMEAUX
ANDRÉ GOLDENBERG

LEE ANN GORMAN
LAUREN KOSHURBA
KAREN LEVASSEUR
JOANNE NORMAN
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL

ANDREA SUURLAND
LESLIE TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
DIANE THERRIEN
LESLIE-ANNE WOOD

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

DAVID AUBRY
STEPHEN BALOGH

Jurilinguists / Jurilinguistes
MARIE-CHRISTIANE BOUCHER
JULIE BOULANGER
ALEXANDRE CLÉMENT

AUDRA POIRIER
MARIE RODRIGUE

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

Technical Revisors / Révisseurs techniques
SANDRINE AMPLEMAN
MARYAM ARZANI
SUZANNE AUDET
CATHERINE BALOGH

Administrative Assistants / Adjointes administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ
MANON PLOUFFE

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.

CONTENTS

R. v. Calnen 301

Criminal law — Evidence — Admissibility — Circumstantial evidence — After-the-fact conduct — Accused charged with second degree murder in death of domestic partner — Evidence of accused's after-the-fact conduct adduced at trial — Whether after-the-fact conduct admissible to prove requisite intent for second degree murder.

Criminal law — Charge to jury — After-the-fact conduct — General propensity reasoning — Evidence of accused's discreditable conduct prior to and after victim's death adduced at his trial for murder — Whether trial judge properly instructed jury on use of after-the-fact conduct — Whether trial judge was required to provide limiting instruction against use of general propensity reasoning given evidence of accused's discreditable conduct.

R. v. Bird 409

Criminal law — Administrative orders — Collateral attack — Accused charged criminally with breaching Parole Board long-term supervision order requiring that he reside at community correctional centre — Accused defending charge at trial on basis that residency condition was not within Board's statutory authority and violated his constitutional right to liberty — Whether accused could collaterally attack residency condition — If so, whether residency condition arbitrary in respect of purpose of long-term offender regime — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, s. 134.1(2).

R. v. C.J. 484

Criminal law — Appeals — Misapprehension of evidence — Review of trial judge's credibility assessments — Accused convicted at trial of one count of sexual interference and one count of invitation to sexual touching — Court of Appeal ordering new trial — Dissenting judge holding that deference owed to trial judge's credibility assessments and that appeal should be dismissed — Trial judge did not

SOMMAIRE

R. c. Calnen 301

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Preuve circonstancielle — Comportement après le fait — Accusé inculpé pour le meurtre au deuxième degré de sa compagne — Présentation lors du procès d'éléments de preuve relatifs au comportement après le fait de l'accusé — Le comportement après le fait est-il admissible pour prouver l'intention requise dans le cas d'un meurtre au deuxième degré?

Droit criminel — Exposé au jury — Comportement après le fait — Raisonnement fondé sur la propension générale — Présentation lors de son procès pour meurtre d'éléments de preuve concernant la conduite déshonorante adoptée par l'accusé avant et après le décès de la victime — Le juge du procès a-t-il donné des directives appropriées au jury concernant l'utilisation du comportement après le fait? — Le juge du procès était-il tenu de donner une directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension générale compte tenu de la preuve de conduite déshonorante de l'accusé?

R. c. Bird 409

Droit criminel — Ordonnances administratives — Contestation incidente — Accusé inculpé au criminel de ne pas s'être conformé à une ordonnance de surveillance de longue durée rendue par la Commission des libérations conditionnelles l'obligeant à demeurer dans un centre correctionnel communautaire — Contestation de l'accusation par l'accusé lors du procès au motif que l'assignation à résidence ne relevait pas de la compétence conférée par la loi à la Commission et qu'elle portait atteinte à son droit constitutionnel à la liberté — L'accusé pouvait-il contester incidemment l'assignation à résidence? — Dans l'affirmative, l'assignation à résidence était-elle arbitraire eu égard à l'objectif du régime applicable aux délinquants à contrôler? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, c. 20, art. 134.1(2).

R. c. C.J. 484

Droit criminel — Appels — Mauvaise appréciation de la preuve — Contrôle des appréciations de la crédibilité effectuées par le juge du procès — Accusé déclaré coupable au procès d'un chef de contacts sexuels et d'un chef d'incitation à des attouchements sexuels — Nouveau procès ordonné par la Cour d'appel — Conclusion de la juge dissidente portant qu'il y avait lieu

Continued on next page

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

misapprehend evidence or err in credibility findings — Convictions restored.

R. v. Blanchard 486

Criminal law — Defences — Automatism — Extreme intoxication akin to automatism — Accused charged with refusing to comply with demand to provide breath sample — Crown conceding availability of defence of extreme intoxication akin to automatism at trial and during oral argument at Court of Appeal — Court of Appeal erred in raising and deciding availability of defence in view of Crown's concession — Acquittal restored.

R. v. Jarvis 488

Criminal law — Voyeurism — Elements of the offence — Circumstances that give rise to reasonable expectation of privacy — Accused teacher using concealed camera to make surreptitious video recordings of female high school students engaging in ordinary school-related activities in common areas of school — Most video recordings focusing on faces, upper bodies and breasts of students — Students not aware of recording — Accused charged with voyeurism — Whether students recorded by accused were in circumstances giving rise to reasonable expectation of privacy — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 162(1).

R. v. Demedeiros 568

Criminal law — Unreasonable verdict — Evidence — Assessment — Accused appealing convictions for sexual assault with weapon and unlawful confinement — Court of Appeal dismissing appeal — Deference owed to trial judge's credibility assessment — Verdict not unreasonable — Convictions upheld.

R. v. George-Nurse 570

Criminal law — Appeals — Unreasonable verdict — Circumstantial evidence — Accused not testifying at trial and

SOMMAIRE (Suite)

de faire montre de déférence envers les appréciations de la crédibilité effectuées par le juge du procès, et que l'appel devait être rejeté — Le juge du procès n'a pas mal apprécié la preuve ni commis d'erreur dans ses conclusions concernant la crédibilité — Déclarations de culpabilité rétablies.

S.A. c. Blanchard 486

Droit criminel — Moyens de défense — Automatisme — Intoxication extrême s'apparentant à l'automatisme — Accusée inculpée d'avoir refusé d'obtempérer à un ordre lui intimant de fournir un échantillon d'haleine — Concession par le ministère public au procès et durant les plaidoiries orales en Cour d'appel portant que la défense d'intoxication extrême s'apparentant à l'automatisme pouvait être invoquée — La Cour d'appel a fait erreur en soulevant et tranchant la question de l'ouverture de ce moyen de défense vu la concession du ministère public — Acquiescement rétabli.

R. c. Jarvis..... 488

Droit criminel — Voyeurisme — Éléments de l'infraction — Circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée — Utilisation par un enseignant d'une caméra dissimulée pour enregistrer subrepticement sur vidéo des élèves de sexe féminin d'une école secondaire alors qu'elles participaient à des activités scolaires courantes dans les zones communes de l'école — Gros plan de la plupart des vidéos sur le visage, le haut du corps et les seins des élèves — Enregistrements faits à l'insu des élèves — Enseignant accusé de voyeurisme — Les élèves filmées par l'accusé se trouvaient-elles dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 162(1).

R. c. Demedeiros..... 568

Droit criminel — Verdict déraisonnable — Preuve — Appréciation — Appel formé par l'accusé à l'encontre des déclarations de culpabilité prononcées contre lui pour agression sexuelle armée et séquestration illégale — Appel rejeté par la Cour d'appel — Déférence due à l'égard de l'appréciation de la crédibilité effectuée par le juge du procès — Verdict non déraisonnable — Déclarations de culpabilité confirmées.

R. c. George-Nurse..... 570

Droit criminel — Appels — Verdict déraisonnable — Preuve circonstancielle — Accusé n'ayant pas témoigné

Continued on next page

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

convicted by jury — Evidence at trial establishing strong case to answer — Court of Appeal entitled to consider accused's silence in assessing reasonableness of verdicts as indicative of absence of exculpatory explanation or innocent inference — Trial judge's instructions to jury clear that accused's silence could not be used against him — Convictions upheld.

SOMMAIRE (Fin)

lors de son procès déclaré coupable par le jury — Présentation au procès d'une preuve établissant une cause solide à réfuter — Cour d'appel autorisée lors de l'appréciation du caractère raisonnable des verdicts à considérer que le silence de l'accusé est indicatif de l'absence d'explication disculpatoire ou d'inférence favorable à la thèse de l'innocence — Formulation au jury par le juge du procès de directives indiquant clairement que le silence de l'accusé ne pouvait être invoqué contre lui — Déclarations de culpabilité confirmées.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Paul Trevor Calnen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. CALNEN

2019 SCC 6

File No.: 37707.

2018: February 12; 2019: February 1.

Present: Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Rowe and Martin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Criminal law — Evidence — Admissibility — Circumstantial evidence — After-the-fact conduct — Accused charged with second degree murder in death of domestic partner — Evidence of accused's after-the-fact conduct adduced at trial — Whether after-the-fact conduct admissible to prove requisite intent for second degree murder.

Criminal law — Charge to jury — After-the-fact conduct — General propensity reasoning — Evidence of accused's discreditable conduct prior to and after victim's death adduced at his trial for murder — Whether trial judge properly instructed jury on use of after-the-fact conduct — Whether trial judge was required to provide limiting instruction against use of general propensity reasoning given evidence of accused's discreditable conduct.

The accused was charged with second degree murder and with indecent interference with human remains in the death of his domestic partner. He pled guilty to the interference charge, and was found guilty of second degree murder by a jury. The murder conviction was set aside by the Court of Appeal and a new trial was ordered on a charge of manslaughter. The majority of the Court of Appeal held that the trial judge had failed to properly instruct the jury on the use of evidence of the accused's after-the-fact conduct, which included evidence that the accused had moved, burned, and disposed of his partner's

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Paul Trevor Calnen *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. c. CALNEN

2019 CSC 6

N° du greffe : 37707.

2018 : 12 février; 2019 : 1^{er} février.

Présents : Les juges Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Rowe et Martin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Preuve circonstancielle — Comportement après le fait — Accusé inculpé pour le meurtre au deuxième degré de sa compagne — Présentation lors du procès d'éléments de preuve relatifs au comportement après le fait de l'accusé — Le comportement après le fait est-il admissible pour prouver l'intention requise dans le cas d'un meurtre au deuxième degré?

Droit criminel — Exposé au jury — Comportement après le fait — Raisonnement fondé sur la propension générale — Présentation lors de son procès pour meurtre d'éléments de preuve concernant la conduite déshonorante adoptée par l'accusé avant et après le décès de la victime — Le juge du procès a-t-il donné des directives appropriées au jury concernant l'utilisation du comportement après le fait? — Le juge du procès était-il tenu de donner une directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension générale compte tenu de la preuve de conduite déshonorante de l'accusé?

L'accusé a été inculpé de meurtre au deuxième degré et d'indécence envers des restes humains relativement au décès de sa compagne. Il a plaidé coupable à l'accusation d'indécence et un jury l'a reconnu coupable de meurtre au deuxième degré. La Cour d'appel a annulé la déclaration de culpabilité pour meurtre, et la tenue d'un nouveau procès a été ordonnée à l'égard de l'accusation d'homicide involontaire coupable. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont estimé que le juge du procès n'avait pas donné au jury des directives appropriées quant à l'utilisation des éléments de preuve relatifs au comportement après le fait

body, as it related to proof of intent for second degree murder.

Held (Martin J. dissenting in part and Karakatsanis J. dissenting): The appeal should be allowed and the accused's conviction for second degree murder restored.

Per Moldaver, Gascon and Rowe JJ.: There is agreement with Martin J. that the evidence of the accused's after-the-fact conduct was admissible as circumstantial evidence on both the issue of causation and the mental element for second degree murder. However, there is disagreement with Martin J. on the question of whether the trial judge was required to provide a limiting instruction against general propensity reasoning. Although the trial judge could have given such an instruction, the fact that he did not do so does not amount to reversible error. When the trial judge's charge is considered fairly, contextually, and as a whole, the jury was properly equipped to decide the case in the absence of such an instruction.

There is agreement with Martin J.'s articulation of the legal principles governing the admissibility of discreditable conduct evidence and its potential for moral and reasoning prejudice. However, there is disagreement with her application of those principles to the facts of this case. Allegations of non-direction amounting to misdirection must be assessed contextually, in line with the facts and circumstances of the particular case. At trial, the Crown led relevant and admissible evidence of discreditable conduct on the accused's part that was extrinsic to the offence charged and which can be divided temporally into two broad categories: conduct which preceded the victim's death and conduct which ensued it. This evidence did not pose such an elevated risk of propensity reasoning that the trial judge was required to provide a limiting instruction against general propensity reasoning.

First, the risk that the jury would engage in general propensity reasoning based on the evidence of the accused's after-the-fact conduct was considerably offset by the trial judge's introductory and final jury instructions, which were neutral, fair and balanced. The trial judge's opening

de l'accusé — preuve tendant notamment à démontrer que l'accusé avait déplacé et brûlé le corps de sa compagne et qu'il s'en était départi — en rapport avec la preuve de l'intention de commettre un meurtre au deuxième degré.

Arrêt (la juge Martin est dissidente en partie et la juge Karakatsanis est dissidente) : Le pourvoi est accueilli et la déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré prononcée contre l'accusé est rétablie.

Les juges Moldaver, Gascon et Rowe : Il y a accord avec la juge Martin pour dire que les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait de l'accusé étaient admissibles comme preuve circonstancielle tant sur la question du lien de causalité que sur celle de l'élément moral requis pour un meurtre au deuxième degré. Toutefois, il y a désaccord avec la juge Martin pour ce qui est de savoir si le juge du procès était tenu de donner une directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension générale. Même si le juge du procès pouvait donner une telle directive, son défaut de le faire ne constitue pas une erreur justifiant l'infirmité de sa décision. En examinant l'exposé du juge du procès au jury de façon juste et globale tout en tenant compte du contexte, il est possible de constater que les jurés étaient bien outillés pour trancher l'affaire même s'ils n'avaient pas reçu une telle directive.

Il y a accord avec l'énoncé que la juge Martin fait des principes de droit régissant l'admissibilité des éléments de preuve de conduite déshonorante et du risque que ceux-ci causent un préjudice moral ou un préjudice par raisonnement. Toutefois, il y a désaccord quant à l'application qu'elle fait de ces principes aux faits de la présente affaire. Chaque cas présumé d'absence de directives équivalant à des directives erronées doit être examiné en contexte, en fonction des faits et des circonstances qui lui sont propres. Au procès, la Couronne a présenté des éléments de preuve pertinents et admissibles relatifs à la conduite déshonorante de l'accusé qui portaient sur des faits extrinsèques à l'infraction reprochée à ce dernier et qui peuvent être répartis chronologiquement en deux grandes catégories : le comportement qui a précédé la mort de la victime et celui qui l'a suivie. Ces éléments de preuve ne comportaient pas un risque si élevé de raisonnement fondé sur la propension que le juge du procès était tenu de donner une directive restrictive interdisant le raisonnement fondé sur la propension générale.

Premièrement, le risque que le jury tienne un raisonnement fondé sur la propension générale en s'appuyant sur les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait de l'accusé était considérablement atténué par les directives préliminaires et les directives finales données

instructions and his answer to a question from the jury insulated the jury from reasoning that the accused's guilty plea to indecent interference with the victim's remains meant it was more likely that he committed second degree murder. Furthermore, when the trial judge's final instructions are read fully and fairly, it is clear that he properly equipped the jury to make reasonable inferences from the circumstantial evidence without resorting to specious reasoning or speculation.

Second, experienced defence counsel, well aware of the issue of potential propensity reasoning, did not raise that issue, much less seek a limiting instruction, during the pre-charge conference while vetting the proposed final jury instructions. Defence counsel was in the best position to assess whether, in the concrete reality of the case at hand, a limiting instruction against general propensity reasoning was desirable. His failure to object to the absence of limiting instructions may be taken as an indication that he felt such an instruction would not have been in the accused's interest and that it was a deliberate tactical decision. These considerations weigh heavily against concluding that the charge was deficient.

Rather than seeking a limiting instruction against general propensity reasoning, the accused adopted a strategy of using the discreditable conduct to bolster the credibility of his exculpatory statement and re-enactment, upon which his defence of accidental death rested. That the defence adopted a deliberate strategy to use the discreditable conduct evidence to its own advantage is an important factor that distinguishes this case from others where the discreditable conduct evidence plays no part in the defence theory and is little more than a breeding ground for the moral and reasoning prejudice about which Martin J. expresses concern. Given the strategy adopted by the defence, a limiting instruction against general propensity reasoning would have risked highlighting the negative impact of the accused's discreditable conduct on his credibility and thereby unravelling his defence — a risk which the defence chose not to take. The defence made a legitimate tactical decision at trial and lost and it must live with the consequences of that decision. The accused had a fair trial. The jury instructions, which both Crown and defence counsel evidently considered to be fair and balanced,

par le juge du procès au jury, lesquelles étaient neutres, justes et équilibrées. Les directives préliminaires du juge du procès et la réponse qu'il a donnée à une question du jury ont protégé le jury contre tout raisonnement selon lequel le plaidoyer de culpabilité de l'accusé à l'égard de l'accusation d'indécence envers les restes de la victime signifiait qu'il était davantage probable que ce dernier ait commis un meurtre au deuxième degré. Par ailleurs, une lecture équitable de l'ensemble des directives finales permet de constater que le juge du procès a bien outillé le jury pour qu'il tire des inférences raisonnables de la preuve circonstancielle sans recourir à un raisonnement spécieux ou à des hypothèses.

Deuxièmement, l'avocat de la défense, qui était expérimenté et bien conscient du risque d'un raisonnement fondé sur la propension, n'a pas soulevé cette question — et il a encore moins demandé une directive restrictive — lorsqu'il a été appelé à examiner la version finale du projet de directives à présenter au jury lors de la conférence préalable à l'exposé. L'avocat de la défense était la personne la mieux placée pour décider, eu égard à la réalité concrète de l'affaire en cause, si une directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension générale était souhaitable. Le défaut de l'avocat de la défense de s'opposer à l'absence de directives restrictives peut également être interprété comme une indication que, selon lui, une telle directive n'était pas dans l'intérêt de l'accusé et qu'il s'agissait d'une décision stratégique prise de propos délibéré. Ces considérations militent fortement contre la conclusion que l'exposé au jury était insuffisant.

Plutôt que de demander une directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension générale, l'accusé a adopté la stratégie consistant à utiliser sa conduite déshonorante pour renforcer la crédibilité de sa déclaration et de sa reconstitution des faits, toutes deux disculpatoires, qui constituaient le fondement de sa défense de mort accidentelle. Le fait que la défense a délibérément adopté comme stratégie d'utiliser à son propre avantage les éléments de preuve de conduite déshonorante est un facteur important qui distingue la présente espèce d'autres affaires où la preuve relative à la conduite déshonorante ne joue aucun rôle dans la thèse de la défense et n'est guère plus qu'un terrain fertile pour le préjudice moral et le préjudice par raisonnement au sujet desquels la juge Martin exprime des craintes. Compte tenu de la stratégie adoptée par la défense, une directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension générale aurait risqué de mettre en évidence les conséquences négatives de la conduite déshonorante de l'accusé sur la crédibilité de ce dernier, faisant ainsi voler en éclats sa défense, un

properly equipped the jury with the tools they needed to decide the case before it and, in particular, adequately guarded against the risk of general propensity reasoning. That they could have been more fulsome is not the issue. In the circumstances, the principle of finality must prevail.

Per Martin J. (dissenting in part): The after-the-fact conduct evidence in this case was admissible for the purposes of determining both causation and intent and the jury charge was sufficient to explain the uses that could be made of this after-the-fact conduct evidence and the possible general risks that it posed. However, there is disagreement with the majority that the jury instructions adequately guarded against the risk of propensity reasoning. The jury ought to have been warned about the specific risks of prohibited propensity reasoning associated with the after-the-fact conduct, as well as other evidence about the accused's character, conduct and lifestyle. The appeal should therefore be allowed in part. The decision of the Court of Appeal to set aside the accused's second degree murder conviction should be upheld, however, a new trial should be ordered on the charge of second degree murder.

After-the-fact conduct encompasses what the accused both said and did after the offence charged in the indictment was allegedly committed and it is highly context and fact specific. After-the-fact conduct is circumstantial evidence and like other forms of circumstantial evidence, it allows a fact finder to draw particular inferences based on a person's words or actions. A range of inferences may be drawn from the after-the-fact conduct evidence but in order to draw inferences, the decision maker relies on logic, common sense, and experience. It will be for the jury or judge to determine which inferences they accept and the weight they ascribe to them. When evidence is admissible for one purpose, but not for another, the finder of fact, whether judge or jury, needs to be mindful of and respectful of its permissible and impermissible uses. In such cases, a specific instruction to a jury that certain

risque que la défense a préféré ne pas courir. La défense a pris une décision légitime d'ordre stratégique lors du procès et elle a perdu. Elle doit assumer les conséquences de sa décision. L'accusé a joui d'un procès équitable. Les directives au jury, que le procureur de la Couronne et l'avocat de la défense ont, de toute évidence, tous les deux jugées justes et équilibrées, ont fait en sorte que les jurés étaient bien outillés pour trancher l'affaire dont ils étaient saisis et, en particulier, qu'ils étaient adéquatement protégés contre les dangers d'un raisonnement fondé sur la propension générale. Le fait que l'exposé aurait pu être plus complet n'est pas la question. Eu égard aux circonstances de l'espèce, le principe du caractère définitif des décisions doit avoir préséance.

La juge Martin (dissidente en partie) : La preuve relative au comportement après le fait en l'espèce était admissible pour ce qui est d'établir le lien de causalité et l'intention, et l'exposé au jury était suffisant pour expliquer les utilisations qui pouvaient être faites de ces éléments de preuve et les risques éventuels qu'ils comportaient en général. Il y a toutefois désaccord avec les juges majoritaires lorsque ces derniers affirment que les directives au jury protégeaient suffisamment le jury contre les risques d'un raisonnement fondé sur la propension. Il aurait fallu mettre le jury en garde contre les risques précis que pose le raisonnement interdit fondé sur la propension en ce qui concerne le comportement après le fait en question, de même que d'autres éléments de preuve relatifs à la moralité, au comportement et au mode de vie de l'accusé. Le pourvoi devrait donc être accueilli en partie. Il y a lieu de confirmer la décision de la Cour d'appel annulant la déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré prononcée contre l'accusé, mais la tenue d'un nouveau procès devrait être ordonnée relativement à l'accusation de meurtre au deuxième degré.

Le comportement après le fait englobe tant ce que l'accusé a dit que ce qu'il a fait après qu'aurait été commise l'infraction reprochée dans l'acte d'accusation et il est largement tributaire du contexte et des faits. La preuve relative au comportement après le fait est circonstancielle et, comme toute autre preuve circonstancielle, elle permet au juge des faits de tirer des inférences particulières en se fondant sur les paroles ou les actes de l'intéressé. Les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait permettent de tirer une foule d'inférences, mais pour pouvoir tirer de telles inférences, le décideur se fonde sur la logique, le bon sens et l'expérience. Il appartiendra au jury ou au juge de déterminer quelles inférences il est prêt à tirer et le poids qu'il leur attribue. Lorsqu'un élément de preuve est admissible à une fin, mais non à une autre, le juge des faits — le juge ou le jury — doit être conscient

evidence has a limited use or is of no probative value on a particular issue is required.

After-the-fact conduct evidence may give rise to imprecise reasoning because of its temporal element and may encourage decision makers to jump to questionable conclusions. To meet the general concern that such evidence may be highly ambiguous and susceptible to jury error, the jury must be told to take into account alternative explanations for the accused's behaviour. In this way, jurors are instructed to avoid a mistaken leap from such evidence to a conclusion of guilt when the conduct may be motivated by and attributable to panic, embarrassment, fear of false accusation, or some other innocent explanation. Trial judges should also consider whether any further specific limiting instruction or cautions may be required to counter any of the specific reasoning risks associated with the particular after-the-fact conduct at issue.

There is no legal impediment to using after-the-fact conduct evidence in determining the accused's intent. Whether or not a given instance of after-the-fact conduct has probative value with respect to the accused's level of culpability depends entirely on the specific nature of the conduct, its relationship to the record as a whole, and the issues raised at trial. What steps were taken, when they were taken, and at what risk may all be factors to consider when assessing the nature of the conduct in a particular case. Finally, when assessing the actions of an accused and the inferences that may be drawn from the after-the-fact conduct at the admissibility or no probative value stage, the trial judge may take into account the disproportionality between the explanation proffered and the conduct at issue.

It is an error to relegate after-the-fact conduct evidence to a supporting or secondary role and there is a need to maintain the distinction between the threshold admissibility of evidence and the separate issue of whether the Crown has met its ultimate burden of establishing guilt of the accused beyond a reasonable doubt. The test for the admission of evidence is first focused on relevance and the tendency of the evidence to make the proposition

et respectueux des utilisations permises et non permises de cette preuve. Dans de tels cas, le juge devra donner au jury une directive pour préciser qu'un élément de preuve donné ne peut faire l'objet que d'une utilisation limitée ou qu'il n'a aucune valeur probante relativement à une question en particulier.

Les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait peuvent susciter un raisonnement imprécis en raison de leur aspect temporel et encourager les décideurs à tirer de façon précipitée des conclusions discutables. Pour répondre à la crainte répandue suivant laquelle les éléments de preuve de ce type peuvent être très ambigus et induire le jury en erreur, il faut appeler le jury à prendre en considération les autres explications possibles du comportement de l'accusé. Les jurés reçoivent ainsi pour directive d'éviter de commettre l'erreur consistant à conclure trop hâtivement à la culpabilité en se fondant sur la preuve relative au comportement après le fait, alors que ce comportement peut être motivé ou expliqué par une raison légitime, telles la panique, la gêne ou la crainte d'être accusé à tort. Les juges du procès devraient aussi se demander s'ils doivent adresser aux jurys d'autres directives restrictives ou mises en garde de nature particulière afin d'atténuer tout risque de raisonnement particulièrement associé au comportement après le fait en cause.

Il n'y a aucun obstacle juridique à l'utilisation d'éléments de preuve relatifs au comportement après le fait pour déterminer l'intention de l'accusé. La valeur probante de la preuve du comportement après le fait à l'égard du degré de culpabilité de l'accusé dans un cas donné dépend entièrement de la nature particulière du comportement, de son rapport avec l'ensemble du dossier et des questions soulevées au procès. Les mesures qui ont été prises, le moment où elles l'ont été et le risque encouru pour les prendre peuvent tous être des facteurs à prendre en compte lorsque l'on apprécie la nature du comportement dans une situation en particulier. Enfin, dans son appréciation des gestes de l'accusé et des inférences qui peuvent être tirées du comportement après le fait au stade de l'admissibilité ou de l'absence de valeur probante, le juge du procès peut prendre en compte la disproportion entre l'explication offerte et les gestes en cause.

Reléguer les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait à un rôle de soutien ou à un rôle secondaire est une erreur, et il est aussi essentiel de conserver la distinction entre la norme minimale d'admissibilité de la preuve et la question distincte de savoir si la Couronne s'est acquittée de son fardeau ultime consistant à établir la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable. Le critère régissant l'admissibilité de la preuve s'intéresse en

for which it is advanced more likely than that proposition would be in the absence of that evidence. It is at the end of the case, when all the evidence has been heard, that the fact finder is required to determine how much, if any, weight they will place on this evidence, how it fits with other evidence, and whether, based on the totality of the evidence, the Crown has proved the charges beyond a reasonable doubt. The absence of supporting physical evidence does not, as a general rule, make the inference sought speculative. If the totality of the evidence satisfies the chain of reasoning for a particular inference, then that inference is available — regardless of whether supporting physical evidence is part of the evidentiary record.

The mere existence of two or more plausible explanations for given after-the-fact conduct does not make that conduct equally consistent with those explanations such that a proffered inference may lose its probative force. The fact that multiple explanations can be produced for after-the-fact conduct does not automatically mean that that conduct is equally consistent with multiple offences — it simply means that alternative explanations exist and are arguable. As long as the evidence is more capable of supporting the inference sought than the alternative inferences, then it is up to the fact finder, after considering all explanations, to determine what, if any, inference is accepted, and the weight, if any, to be provided to a piece of circumstantial evidence.

Here, the nature of the conduct (the accused's successful destruction of the deceased's body and with it any evidence of her injuries), its relationship to the evidentiary record (which includes evidence of a relationship fraught with discord, including violence and threats of suicide), and the issues raised at trial (the Crown's theory that the accused destroyed the body to hide the nature and extent of the injuries) indicate that the evidence was relevant to the accused's level of culpability. The after-the-fact conduct evidence makes the proposition — that the accused intended to cause the deceased bodily harm knowing that it was likely to cause her death and was reckless as to whether death ensued — more likely than that proposition would be in the absence of this evidence. It was open to the trial judge to determine that the accused's attempts to conceal and destroy the deceased's body were out of all proportion to either the claim that this was an accidental death and/or to the offence of manslaughter. The relevant, reasonable and rational inference that the jury could draw regarding the accused's level of culpability, on the basis

premier lieu à la pertinence et à la question de savoir si la preuve tend, selon la logique, le bon sens et l'expérience humaine, à rendre la thèse qu'elle appuie plus vraisemblable qu'elle ne le paraîtrait sans elle. C'est au terme du procès, lorsqu'il a entendu toute la preuve, que le juge des faits est appelé à se prononcer sur le poids, s'il en est, de cette preuve, et qu'il décide comment elle s'insère avec le reste de la preuve, et si, vu l'ensemble de la preuve, la Couronne a fait la preuve des actes reprochés hors de tout doute raisonnable. En règle générale, l'absence d'éléments de preuve matérielle corroborante ne rend pas hypothétique l'inférence souhaitée. Si l'ensemble de la preuve satisfait au raisonnement menant à une inférence en particulier, cette inférence peut alors être tirée, qu'il y ait ou non une preuve matérielle corroborante au dossier.

Le simple fait qu'il existe deux ou plusieurs explications plausibles pour un comportement après le fait donné ne rend pas ce comportement tout aussi compatible avec ces explications au point de faire perdre sa force probante à l'inférence proposée. Le fait que diverses explications peuvent être avancées pour un comportement après le fait ne signifie pas automatiquement que ce comportement est tout aussi compatible avec la perpétration de multiples infractions; cela signifie simplement qu'il existe d'autres explications et qu'elles sont défendables. Dès lors que la preuve est plus susceptible d'étayer l'inférence souhaitée que les autres inférences, il appartient au juge des faits, après avoir tenu compte de toutes les explications avancées, de décider s'il y a lieu le cas échéant d'accepter une inférence et le poids, s'il en est, qu'il accorde à un élément de preuve circonstancielle.

En l'espèce, la nature du comportement de l'accusé (le fait qu'il a réussi à détruire le cadavre de la défunte et, du même coup, tout élément de preuve portant sur les blessures qu'elle a subies), son lien avec le dossier de la preuve (qui révèle notamment une relation de couple marquée par la discorde, des actes de violence et des menaces de suicide), et les questions soulevées au procès (la thèse de la Couronne selon laquelle l'accusé avait détruit le corps pour cacher la nature et la gravité des blessures) indiquent que la preuve était pertinente à l'égard du degré de culpabilité de l'accusé. La preuve relative au comportement après le fait tend à rendre la proposition en cause — suivant laquelle l'accusé avait l'intention d'infliger à la défunte des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer sa mort et qu'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non — plus vraisemblable qu'elle ne le paraîtrait sans cette preuve. Il était loisible au juge du procès de déterminer que les mesures prises par l'accusé pour tenter de dissimuler et de détruire le cadavre de la défunte étaient démesurées par rapport à l'allégation qu'il s'agissait d'un

of the after-the-fact conduct evidence, is that the accused concealed and destroyed the deceased's body in order to conceal the nature and extent of her injuries and the degree of force required to inflict them. His successful destruction of this evidence is out of all proportion to the explanation put forward of an accident and could support the inference that the accused sought to conceal this evidence and to hide not only the existence of a crime, but its extent.

Trial judges bear the ultimate responsibility for the content, accuracy and fairness of the jury charge, but both Crown and Defence counsel are obliged to assist the trial judge and identify what in their opinion is problematic with the judge's instructions to the jury. Jury charges do not have to adhere to prescriptive formulas — it is the substance of the charge that matters. There is agreement with the majority that the jury charge in this case adequately guarded against the risks that are generally associated with after-the-fact conduct evidence. The jury instructions adequately differentiated between using the after-the-fact conduct evidence in relation to causation and intent.

This case, however, would be very close to the line when it came to determining whether the Crown met its ultimate burden of establishing each constituent element of second degree murder beyond a reasonable doubt. There was no evidence as to the cause of death other than the accused's statement and his after-the-fact conduct. The case was based on circumstantial evidence and the jury was asked to engage in inferential reasoning and there were reasonable inferences other than murder which could be drawn from the evidence. Further, the fine line between innocence and guilt was reflected in the fact that not only were the judges divided on the main legal issues, but the accused was discharged at a preliminary inquiry.

In admitting the contested after-the-fact conduct evidence, the trial judge correctly decided that the probative value of the evidence outweighed its prejudicial effects. However, the conclusion that the evidence was more probative than prejudicial did not negate the trial judge's responsibility to meet and address any specific propensity prejudice of that evidence in the jury charge. Clear

décès accidentel ou à l'infraction d'homicide involontaire coupable. L'inférence pertinente, raisonnable et rationnelle que le jury pouvait tirer au sujet du degré de culpabilité de l'accusé, compte tenu de la preuve relative au comportement après le fait, est que l'accusé a dissimulé et détruit le corps de la défunte afin de dissimuler la nature et la gravité de ses blessures et le degré de force requis pour les infliger. Sa destruction de ces éléments de preuve est démesurée par rapport à l'explication d'accident qu'il a avancée et serait susceptible d'étayer l'inférence suivant laquelle l'accusé a tenté de dissimuler ces éléments de preuve et de camoufler non seulement l'existence d'un crime, mais sa gravité.

C'est au juge du procès qu'incombe en définitive la teneur, la justesse et l'équité de l'exposé qu'il présente au jury, mais tant le procureur de la Couronne que l'avocat de la défense ont l'obligation d'assister le juge du procès, en relevant les aspects des directives au jury qu'ils estiment problématiques. Il n'est pas nécessaire que l'exposé au jury respecte des formules consacrées; c'est la teneur de l'exposé qui compte. Il y a accord avec les juges majoritaires pour dire que l'exposé au jury en l'espèce mettait suffisamment en garde le jury contre les risques généralement associés à une preuve relative au comportement après le fait. Les directives au jury ont adéquatement fait la distinction entre l'utilisation des éléments de preuve relatifs au comportement après le fait selon qu'il s'agissait du lien de causalité ou de l'intention.

Cependant, la présente affaire frôlerait la limite lorsqu'il s'agit de juger si la Couronne s'est acquittée ou non du fardeau ultime qui lui incombait consistant à établir chacun des éléments constitutifs du meurtre au deuxième degré hors de tout doute raisonnable. Il n'y avait aucun élément de preuve quant à la cause du décès, hormis la déclaration de l'accusé et son comportement après le fait. Le dossier reposait sur de la preuve circonstancielle et on a demandé au jury de se livrer à un raisonnement inférentiel. Par ailleurs, la preuve permettait de tirer d'autres inférences raisonnables que le meurtre. De plus, la fine ligne séparant innocence et culpabilité est également illustrée non seulement par le fait que les juges étaient divisés sur les principales questions de droit, mais également par le fait que l'accusé a été libéré lors de l'enquête préliminaire.

En admettant la preuve contestée de comportement après le fait, le juge du procès a correctement décidé que la valeur probante de la preuve l'emportait sur ses effets préjudiciables. Toutefois, la conclusion selon laquelle la preuve était plus probante que préjudiciable ne déchargeait pas le juge de sa responsabilité de reconnaître et de traiter tout préjudice particulier fondé sur la suspension de cette

instructions to the jury about the uses that they could and could not make of the discreditable conduct evidence were essential. The after-the-fact conduct evidence, while admissible for the purposes of causation and intent, bore all the hallmarks of propensity evidence that could, absent proper limiting instructions, import both moral prejudice and reasoning into the jury's analysis. The nature of the accused's after-the-fact conduct was likely to elicit a strong emotional reaction in the jurors. Burning the deceased's body was morally and viscerally repugnant. The disturbing nature of the conduct was made clear to the jury. The nature of the evidence, while admissible, ushered in a significant risk that the accused would be convicted of second degree murder not because the jury had concluded beyond a reasonable doubt that he had killed the deceased, but because his after-the-fact conduct had convinced the jurors that he was the sort of person who would kill. There was the further risk of reasoning prejudice. As the jurors assessed whether the totality of the evidence established causation and intent beyond a reasonable doubt, they were likely to be experiencing the precise mix of revulsion and condemnation that could deflect them from a rational and dispassionate analysis of the evidence. Without an express limiting instruction, jurors cannot be expected to know that at the same time that they are being told to use common sense, they are in fact prohibited from engaging in what many jurors may also see as just another form of common sense reasoning: propensity reasoning. The reason judges caution against propensity reasoning is precisely because this form of thinking is recognized as being so intuitive and powerful. In this instance, the jurors could not have understood the potentially poisonous nature of propensity evidence, and the manner in which the law has circumscribed its use, without an express instruction on the issue.

The failure of the trial judge to provide a limiting instruction on propensity reasoning is best seen here as an error of law under s. 686(1)(a)(ii) of the *Criminal Code*. There is an undeniable connection between the allegation of an unreasonable verdict and an error of law, because the error of law meant the jury was not properly instructed and was not, therefore, equipped to reach a reasonable verdict. Given that this was an error of law, the Crown would be able to rely on the curative proviso if the legal error was harmless or if the evidence against the accused was so

preuve dans son exposé au jury. Des directives claires aux jurés sur les utilisations qu'ils pouvaient — et ne pouvaient pas — faire des éléments de preuve relatifs à la conduite déshonorante étaient essentielles. Même si la preuve était admissible pour ce qui est d'établir le lien de causalité et l'intention, elle avait tous les traits de preuve de propension qui pourrait, en l'absence de directives restrictives adéquates, importer un préjudice moral et un préjudice par raisonnement dans l'analyse du jury. Le comportement après le fait de l'accusé était susceptible de provoquer une forte réaction émotive chez les jurés. L'acte de brûler la dépouille de la défunte était moralement et viscéralement révoltant. Le caractère troublant des actes a été clairement exposé au jury. La nature de la preuve, même si celle-ci était admissible, faisait ainsi naître un risque important que l'accusé soit déclaré coupable de meurtre au deuxième degré, non pas parce que le jury avait conclu hors de tout doute raisonnable qu'il avait tué la défunte, mais parce que son comportement après le fait avait convaincu les jurés qu'il était le genre de personne qui tuerait. Il y avait par ailleurs le risque de préjudice par raisonnement. Alors que les jurés évaluaient la question de savoir si la preuve dans son ensemble établissait les éléments du lien de causalité et de l'intention hors de tout doute raisonnable, ils éprouvaient vraisemblablement le mélange précis de répugnance et de réprobation qui risquerait de les détourner d'une analyse rationnelle et objective de la preuve. Sans directive restrictive explicite, on ne peut s'attendre à ce que les jurés sachent que, en même temps qu'on les invite à faire preuve de bon sens, il leur est en fait interdit de se livrer à ce que plusieurs d'entre eux peuvent simplement percevoir comme une autre forme de raisonnement fondé sur le bon sens : le raisonnement fondé sur la propension. La raison pour laquelle les juges procèdent à des mises en garde contre un raisonnement fondé sur la propension est précisément parce qu'il est bien connu que cette manière de raisonner est intuitive et puissante. En l'espèce, faute de directive explicite sur la question, les jurés ne pouvaient pas avoir compris le caractère potentiellement pernicieux de la preuve fondée sur la propension et la manière dont le droit en a circonscrit l'utilisation.

Dans la présente affaire, il convient de qualifier d'erreur de droit pour l'application du sous-al. 686(1)a)(ii) du *Code criminel* le défaut du juge du procès de donner une directive restrictive sur le raisonnement fondé sur la propension. Il existe un lien indéniable entre l'allégation de verdict déraisonnable et l'existence d'une erreur de droit, parce qu'en raison de cette erreur de droit, le jury n'a pas reçu de directives appropriées et, de ce fait, il n'était pas outillé pour rendre un verdict raisonnable. Comme il s'agissait d'une erreur de droit, il serait loisible à la

overwhelming that a trier of fact would inevitably convict. In this case, however, the legal error was not harmless. Even though a jury charge does not have to be perfect, and this was a single omission in a comprehensive charge, the trial judge's failure to provide a limiting instruction on propensity resulted in a jury that was not properly instructed to assess the key piece of evidence supporting the Crown's theory of guilt. Further, the evidence was not such that the jury would inevitably convict on second degree murder. It was open to the jury to conclude that the evidence did not establish any criminal culpability. A verdict of not guilty, or guilty on manslaughter, rather than murder, was also possible in this case. The reasonableness of any verdict of second degree murder could only be assessed if jurors knew they could not reason that because the accused destroyed the deceased's body in the manner that he did, he was the type of person who would have murdered her. The trial judge's instructions were not correct in law on this point and the remedy is not an acquittal, but a new trial.

There is disagreement with the majority that Defence counsel's failure to request a limiting instruction against general propensity reasoning at the pre-charge conference may reasonably be taken as an indication that Defence counsel considered the charge to be satisfactory and that a limiting instruction would not be in his client's interests. Great caution needs to be used when speculating about why counsel acted in a particular manner at trial. Whether the Defence counsel's decisions were tactical or not, a lawyer's position on the appropriate parameters of a jury charge, driven by tactical considerations, cannot change the law that a jury that engages in propensity reasoning is a jury that is not acting judicially.

Lastly, the principle of finality does not come into play in the manner framed by the majority. This is not a case in which the Defence made a legitimate tactical decision at trial and lost. Rather, this is a case in which regardless of the Defence counsel's tactical decisions, the jury was not properly instructed and was therefore unable to reach a reasonable verdict. At stake was nothing less than the

Couronne d'invoquer la disposition réparatrice si l'erreur en question était inoffensive ou si la preuve contre l'accusé était à ce point accablante que le juge des faits rendrait inévitablement un verdict de culpabilité. Toutefois, l'erreur de droit en l'espèce n'était pas inoffensive. Même si l'exposé fait à un jury n'a pas à être parfait et qu'il s'agit en l'occurrence d'une seule omission dans un exposé par ailleurs étoffé, le défaut du juge du procès de donner une directive restrictive au sujet du raisonnement fondé sur la propension a plutôt fait en sorte que le jury n'a pas reçu de directives appropriées lui permettant d'évaluer le principal élément de preuve présenté par la Couronne pour conclure à la culpabilité de l'accusé. De plus, la preuve n'était pas telle que le jury reconnaîtrait forcément l'accusé coupable de meurtre au deuxième degré. Il était loisible au jury de conclure que la preuve n'établissait aucune culpabilité criminelle. Un verdict de non-culpabilité, ou de culpabilité d'homicide involontaire coupable plutôt que de meurtre, était aussi possible dans cette affaire. Le caractère raisonnable d'un verdict quant à l'accusation de meurtre au deuxième n'aurait pu être évalué que si les jurés savaient qu'il leur était interdit de tenir un raisonnement suivant lequel, parce qu'il a détruit le corps de la défunte comme il l'a fait, l'accusé était le type de personne qui l'aurait tuée. Les directives du juge du procès à cet égard n'étaient pas conformes aux règles de droit et la réparation à accorder n'est pas un acquittement, mais un nouveau procès.

Il y a désaccord avec les juges majoritaires lorsqu'ils affirment que le défaut de l'avocat de la défense de s'opposer, au motif que le juge du procès était tenu de donner une directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension générale, peut raisonnablement être interprété comme une indication que l'avocat de la défense estimait que l'exposé était satisfaisant et qu'une directive restrictive ne servirait pas l'intérêt de son client. Il convient de faire preuve de beaucoup de prudence lorsqu'on spéculé au sujet des raisons pour lesquelles un avocat a agi d'une façon particulière au procès. Peu importe que les décisions de l'avocat de la défense fussent stratégiques ou non, la position de l'avocat sur les paramètres appropriés de l'exposé au jury, motivée par des considérations stratégiques, ne saurait modifier la loi, qui prévoit que le jury qui se livre à un raisonnement fondé sur la propension est un jury qui n'agit pas de façon judiciaire.

Enfin, le principe du caractère définitif des décisions n'entre pas en ligne de compte de la manière évoquée par les juges majoritaires. Il ne s'agit pas d'une affaire dans laquelle la défense a pris une décision légitime d'ordre stratégique et a perdu. Il s'agit plutôt d'une affaire dans laquelle, indépendamment des décisions que l'avocat de la défense a pu prendre pour des raisons d'ordre stratégique,

accused's right to a fair trial based on lawful reasoning. Where an individual is at risk of wrongful conviction, the principle of trial fairness outweighs that of finality as it is a fundamental principle of justice, protected by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, that the innocent must not be convicted. In the case at bar, the jury was presented with highly prejudicial conduct evidence and was not adequately instructed on the prohibited uses of that evidence. The risk that the jury engaged in propensity reasoning is real and directly undermined the accused's right to be presumed innocent until proven guilty. In such circumstances, the principle of finality cannot, and does not, supersede the accused's right to a fair trial.

Per Karakatsanis J. (dissenting): There is agreement with the general principles set out by Martin J. regarding the admissibility of after-the-fact conduct, but there is disagreement with Martin J. and the majority on the application of those principles to the evidence in this case. The evidence in this case was not probative of intent for murder and a directed verdict of acquittal should have been granted. The appeal should be dismissed.

Evidence of after-the-fact conduct is not fundamentally different from other types of circumstantial evidence and may be used to demonstrate culpability. In certain circumstances, it may also be used to ground an inference with respect to an accused's degree of culpability; that is, whether the accused had the *mens rea* required for a given offence. However, its relevance and probative value must be assessed on a case-by-case basis. Whether or not after-the-fact conduct is probative with respect to an accused's intent for a specific offence depends entirely on the specific nature of the conduct, its relationship to the record as a whole, and the issues raised. To be relevant, such evidence must have some tendency to make the proposition for which it is advanced more likely than that proposition would be in the absence of that evidence. However, if conduct could be equally explained by or equally consistent with two or more offences, it is not probative with respect to determining guilt as between the offences. Admissibility of evidence as to the state of the accused's mind at the time of the offence turns on whether the after-the-fact conduct is capable of being more consistent with intent for murder

le jury n'a pas reçu de directives appropriées et n'était donc pas en mesure de rendre un verdict raisonnable. Ce qui était en jeu n'était rien de moins que le droit de l'accusé à un procès équitable basé sur un raisonnement légitime. Lorsqu'il existe un risque que quelqu'un soit déclaré coupable injustement, le principe de l'équité du procès l'emporte sur le principe du caractère définitif, étant donné que la règle selon laquelle l'innocent ne doit pas être déclaré coupable est un principe de justice fondamentale garanti par la *Charte canadienne des droits et libertés*. En l'espèce, le jury a été saisi d'éléments de preuve relatifs au comportement qui étaient extrêmement préjudiciables et il n'a pas reçu de directives appropriées sur les utilisations interdites de ces éléments de preuve. Le risque que le jury se soit livré à un raisonnement fondé sur la propension est bien réel et il a porté directement atteinte au droit de l'accusé d'être présumé innocent jusqu'à preuve du contraire. Dans ces conditions, le principe du caractère définitif des décisions ne saurait avoir préséance sur le droit de l'accusé à un procès équitable.

La juge Karakatsanis (dissidente) : Il y a accord avec les principes généraux énoncés par la juge Martin en ce qui concerne l'admissibilité en preuve du comportement après le fait, mais il y a désaccord avec la juge Martin et les juges majoritaires quant à l'application de ces principes aux éléments de preuve présentés en l'espèce. La preuve présentée dans la présente affaire n'avait pas de valeur probante quant à l'intention requise pour commettre un meurtre et un verdict imposé d'acquiescement aurait dû être rendu. Le pourvoi devrait être rejeté.

La preuve relative au comportement après le fait ne diffère pas fondamentalement des autres types de preuve circonstancielle, et elle peut être utilisée pour démontrer la culpabilité. Dans certaines circonstances, elle peut aussi servir pour tirer une inférence au sujet du degré de culpabilité de l'accusé, c'est-à-dire pour décider si l'accusé avait la *mens rea* requise pour une infraction donnée. Toutefois, la pertinence et la valeur probante de cette preuve doivent être appréciées au cas par cas. La valeur probante de la preuve relative au comportement après le fait quant à l'intention de l'accusé à l'égard d'une infraction donnée dépend entièrement de la nature particulière du comportement, de son rapport avec l'ensemble du dossier et des questions soulevées au procès. La preuve satisfait à la norme de la pertinence lorsqu'elle tend d'une façon quelconque à rendre la thèse qu'elle appuie plus vraisemblable qu'elle ne le paraîtrait sans elle. Cependant, lorsqu'un comportement donné peut s'expliquer tout autant par la perpétration de deux infractions ou plus, ou est tout aussi compatible avec deux infractions ou plus, la preuve n'a aucune valeur probante lorsqu'il s'agit de

than with manslaughter. It falls to the jury to determine whether the conduct was or was not equally consistent with murder and manslaughter beyond a reasonable doubt, if they can do so based on common sense, experience and logic, rather than bare speculation. However, a trial judge does not usurp a jury's function, by determining that the conduct could not, in the circumstances of the case, assist in differentiating between second degree murder and manslaughter, and is thus inadmissible as evidence of the specific intent required for second degree murder.

In this case, the accused's destruction of the deceased's body was inadmissible as evidence of intent for second degree murder. While the accused's conduct in destroying the body is relevant to the issue of whether he unlawfully caused the deceased's death and was admissible for that purpose, it cannot assist in distinguishing between manslaughter and second degree murder. The evidence here did not yield any information about the extent of the injuries. Without evidence to that effect, an inference regarding *mens rea* is grounded on speculation about what the evidence might have revealed about the injuries. There is no logical connection linking the after-the-fact conduct evidence in this case to an intent for second degree murder that does not equally speak to the possibility of manslaughter. It flies in the face of logic to suggest that a person would only go to great lengths to cover up an intentional homicide, but not an unintentional one. Further, the evidence relating to motive and animus here cannot assist the jury in finding that the after-the-fact conduct makes it more likely the accused had the intent for second degree murder rather than manslaughter, because it is equally supportive of both.

There is agreement with Martin J. that the failure to provide instructions warning the jury of the dangers of propensity reasoning requires a new trial in this case. Because the after-the-fact conduct evidence was admissible to show

décider si l'accusé est coupable de l'une ou de l'autre des infractions. L'admissibilité des éléments de preuve quant à l'état d'esprit de l'accusé au moment de la perpétration de l'infraction dépend de la question de savoir si son comportement après le fait est susceptible d'être davantage compatible avec l'intention de commettre un meurtre qu'avec celle de commettre un homicide involontaire coupable. Il incombe au jury de décider si le comportement était ou n'était pas tout aussi compatible avec le meurtre et l'homicide involontaire coupable hors de tout doute raisonnable, dès lors que le jury peut tirer cette conclusion selon la logique, le bon sens et l'expérience humaine, plutôt qu'en se fondant sur de simples hypothèses. Cependant, le juge du procès n'usurpe pas le rôle du jury lorsqu'il conclut que ce comportement ne pouvait être utile pour établir une distinction entre le meurtre au deuxième degré et l'homicide involontaire coupable et que ce comportement n'était donc pas admissible pour démontrer l'intention spécifiquement requise pour le meurtre au deuxième degré.

Dans la présente affaire, la destruction, par l'accusé, de la dépouille de la défunte n'était pas admissible en preuve pour démontrer son intention de commettre un meurtre au deuxième degré. Bien que le comportement qu'a adopté l'accusé en détruisant le cadavre soit pertinent pour savoir si ce dernier a illégalement causé la mort de la défunte, et bien que ce comportement ait été admissible à cette fin, il n'est d'aucune utilité pour distinguer un homicide involontaire coupable d'un meurtre au deuxième degré. La preuve présentée en l'espèce ne fournit aucune information sur l'ampleur des blessures. À défaut de tels éléments de preuve, une inférence concernant la *mens rea* repose sur des hypothèses quant à ce que la preuve aurait pu révéler au sujet des blessures. Il n'existe aucun lien logique entre la preuve relative au comportement après le fait dans la présente affaire et l'intention requise pour le meurtre au deuxième degré qui n'existe pas également entre cette preuve et un possible homicide involontaire coupable. Il est illogique de laisser entendre qu'une personne ne se donnerait autant de mal que pour dissimuler un homicide intentionnel et non un homicide non intentionnel. De plus, les éléments de preuve concernant le mobile et l'animosité ne peuvent aider le jury à conclure qu'il est plus probable, en raison du comportement après le fait, que l'accusé ait eu l'intention de commettre un meurtre au deuxième degré plutôt qu'un homicide involontaire coupable, parce que ces éléments de preuve sont compatibles tout autant avec l'une ou l'autre de ces infractions.

Il y a accord avec la juge Martin pour dire que l'absence de directives mettant le jury en garde contre les dangers d'un raisonnement fondé sur la propension commande la tenue d'un nouveau procès en l'espèce. Comme la preuve

culpable homicide but not prove second degree murder, the jury required strong direction as to the limitations of its use. The evidence relating to the relationship between the accused and the deceased and to the circumstances surrounding the day of the deceased's death did not provide any evidence upon which a reasonable jury, properly instructed, could find the accused guilty of second degree murder.

Cases Cited

By Moldaver J.

Referred to: *R. v. Mack*, 2014 SCC 58, [2014] 3 S.C.R. 3; *R. v. Jaw*, 2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26; *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314; *R. v. White*, 2011 SCC 13, [2011] 1 S.C.R. 433; *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72; *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; *R. v. Kociuk*, 2011 MBCA 85, 278 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Mian*, 2014 SCC 54, [2014] 2 S.C.R. 689; *R. v. R.T.H.*, 2007 NSCA 18, 251 N.S.R. (2d) 236; *Thériault v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 336; *R. v. Polimac*, 2010 ONCA 346, 254 C.C.C. (3d) 359, leave to appeal refused, [2010] 3 S.C.R. vi; *R. v. Minor*, 2013 ONCA 557, 303 C.C.C. (3d) 382; *R. v. T. (J.A.)*, 2012 ONCA 177, 288 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Handy*, 2002 SCC 56, [2002] 2 S.C.R. 908; *R. v. Mariani*, 2007 ONCA 329, 220 C.C.C. (3d) 74; *R. v. Smith*, 2007 ABCA 237, 225 C.C.C. (3d) 278; *R. v. G. (S.G.)*, [1997] 2 S.C.R. 716; *R. v. Sheriffe*, 2015 ONCA 880, 333 C.C.C. (3d) 330; *R. v. Malik*, 2005 CanLII 15453; *R. v. Bukmeier* (1998), 103 B.C.A.C. 303; *R. v. F. (J.)*, 2011 ONCA 220, 105 O.R. (3d) 161, aff'd 2013 SCC 12, [2013] 1 S.C.R. 565; *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520; *R. v. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402; *R. v. St-Cloud*, 2015 SCC 27, [2015] 2 S.C.R. 328.

By Martin J. (dissenting in part)

United States of America v. Shephard, [1977] 2 S.C.R. 1067; *R. v. Peavoy* (1997), 117 C.C.C. (3d) 226; *R. v. Mujku*, 2011 ONCA 64, 226 C.R.R. (2d) 234; *R. v. Rodgerson*, 2015 SCC 38, [2015] 2 S.C.R. 760; *R. v. Rowbotham*, [1994] 2 S.C.R. 463; *R. v. White*, 2011 SCC 13, [2011] 1 S.C.R. 433; *R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339; *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72; *R. v. Smith*, 2016 ONCA 25, 333 C.C.C. (3d) 534; *R. v. Allen*, 2009 ABCA 341, 324 D.L.R. (4th) 580; *R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129; *R. v. Jackson*, 2016 ONCA 736, 33 C.R. (7th) 130; *R. v. Angelis*, 2013 ONCA 70, 296 C.C.C. (3d) 143; *R. v. Teske* (2005), 32 C.R. (6th) 103; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314; *R. v. Jaw*, 2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R.

relative au comportement après le fait était admissible pour établir l'homicide coupable, mais non pour prouver le meurtre au deuxième degré, il était nécessaire de donner au jury de solides directives au sujet des limites que comportait son utilisation. Les éléments de preuve concernant les rapports entre l'accusé et la défunte et la situation qui existait le jour de la mort de cette dernière ne constituaient pas des éléments de preuve qui auraient permis à un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, de déclarer l'accusé coupable de meurtre au deuxième degré.

Jurisprudence

Citée par le juge Moldaver

Arrêts mentionnés : *R. c. Mack*, 2014 CSC 58, [2014] 3 R.C.S. 3; *R. c. Jaw*, 2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26; *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314; *R. c. White*, 2011 CSC 13, [2011] 1 R.C.S. 433; *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72; *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742; *R. c. Kociuk*, 2011 MBCA 85, 278 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Mian*, 2014 CSC 54, [2014] 2 R.C.S. 689; *R. c. R.T.H.*, 2007 NSCA 18, 251 N.S.R. (2d) 236; *Thériault c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 336; *R. c. Polimac*, 2010 ONCA 346, 254 C.C.C. (3d) 359, autorisation d'appel refusée, [2010] 3 R.C.S. vi; *R. c. Minor*, 2013 ONCA 557, 303 C.C.C. (3d) 382; *R. c. T. (J.A.)*, 2012 ONCA 177, 288 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Handy*, 2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908; *R. c. Mariani*, 2007 ONCA 329, 220 C.C.C. (3d) 74; *R. c. Smith*, 2007 ABCA 237, 225 C.C.C. (3d) 278; *R. c. G. (S.G.)*, [1997] 2 R.C.S. 716; *R. c. Sheriffe*, 2015 ONCA 880, 333 C.C.C. (3d) 330; *R. c. Malik*, 2005 CanLII 15453; *R. c. Bukmeier* (1998), 103 B.C.A.C. 303; *R. c. F. (J.)*, 2011 ONCA 220, 105 O.R. (3d) 161, conf. par 2013 CSC 12, [2013] 1 R.C.S. 565; *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520; *R. c. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402; *R. c. St-Cloud*, 2015 CSC 27, [2015] 2 R.C.S. 328.

Citée par la juge Martin (dissidente en partie)

États-Unis d'Amérique c. Shephard, [1977] 2 R.C.S. 1067; *R. c. Peavoy* (1997), 117 C.C.C. (3d) 226; *R. c. Mujku*, 2011 ONCA 64, 226 C.R.R. (2d) 234; *R. c. Rodgerson*, 2015 CSC 38, [2015] 2 R.C.S. 760; *R. c. Rowbotham*, [1994] 2 R.C.S. 463; *R. c. White*, 2011 CSC 13, [2011] 1 R.C.S. 433; *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339; *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72; *R. c. Smith*, 2016 ONCA 25, 333 C.C.C. (3d) 534; *R. c. Allen*, 2009 ABCA 341, 324 D.L.R. (4th) 580; *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129; *R. c. Jackson*, 2016 ONCA 736, 33 C.R. (7th) 130; *R. c. Angelis*, 2013 ONCA 70, 296 C.C.C. (3d) 143; *R. c. Teske* (2005), 32 C.R. (6th) 103; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314; *R. c. Jaw*, 2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S.

26; *R. v. Cooper*, [1993] 1 S.C.R. 146; *R. v. Khela*, 2009 SCC 4, [2009] 1 S.C.R. 104; *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523; *R. v. Mack*, 2014 SCC 58, [2014] 3 S.C.R. 3; *R. v. W.H.*, 2013 SCC 22, [2013] 2 S.C.R. 180; *R. v. Yebe*s, [1987] 2 S.C.R. 168; *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381; *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320; *Harrison's Trial* (1692), 12 How. St. Tr. 833; *R. v. Handy*, 2002 SCC 56, [2002] 2 S.C.R. 908; *R. v. D. (L.E.)* (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 384; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697; *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656; *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41; *R. v. Youvarajah*, 2013 SCC 41, [2013] 2 S.C.R. 720; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Mian*, 2014 SCC 54, [2014] 2 S.C.R. 689; *Quan v. Cusson*, 2009 SCC 62, [2009] 3 S.C.R. 712; *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909; *R. v. O'Brien*, 2011 SCC 29, [2011] 2 S.C.R. 485; *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823; *R. v. Jolivet*, 2000 SCC 29, [2000] 1 S.C.R. 751; *R. v. Van*, 2009 SCC 22, [2009] 1 S.C.R. 716; *Thériault v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 336; *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293; *R. v. Araya*, 2015 SCC 11, [2015] 1 S.C.R. 581; *R. v. Pickton*, 2010 SCC 32, [2010] 2 S.C.R. 198; *R. v. MacLeod*, 2014 NSCA 63, 346 N.S.R. (2d) 222; *R. v. R.T.H.*, 2007 NSCA 18, 251 N.S.R. (2d) 236; *R. v. Smith*, 2007 ABCA 237, 77 Alta. L.R. (4th) 327; *R. v. G. (S.G.)*, [1997] 2 S.C.R. 716; *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520; *R. v. St-Cloud*, 2015 SCC 27, [2015] 2 S.C.R. 328; *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; *McMartin v. The Queen*, [1964] S.C.R. 484; *R. v. Wong*, 2018 SCC 25, [2018] 1 S.C.R. 696; *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668.

By Karakatsanis J. (dissenting)

R. v. Creighton, [1993] 3 S.C.R. 3; *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72; *R. v. White*, 2011 SCC 13, [2011] 1 S.C.R. 433; *R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129; *R. v. Rodger*son, 2015 SCC 38, [2015] 2 S.C.R. 760; *R. v. Teske* (2005), 32 C.R. (6th) 103.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 182(b), 235, 548(1), 686(1)(a)(i), (ii), (b)(iii).

Authors Cited

Paciocco, David M. “Simply Complex: Applying the Law of ‘Post-Offence Conduct’ Evidence” (2016), 63 *Crim. L.Q.* 275.
Tanovich, David M. “*Angelis*: Inductive Reasoning, Post-Offence Conduct and Intimate Femicide” (2013), 99 C.R. (6th) 338.

26; *R. c. Cooper*, [1993] 1 R.C.S. 146; *R. c. Khela*, 2009 CSC 4, [2009] 1 R.C.S. 104; *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523; *R. c. Mack*, 2014 CSC 58, [2014] 3 R.C.S. 3; *R. c. W.H.*, 2013 CSC 22, [2013] 2 R.C.S. 180; *R. c. Yebe*s, [1987] 2 R.C.S. 168; *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381; *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320; *Harrison's Trial* (1692), 12 How. St. Tr. 833; *R. c. Handy*, 2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908; *R. c. D. (L.E.)* (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 384; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697; *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656; *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41; *R. c. Youvarajah*, 2013 CSC 41, [2013] 2 R.C.S. 720; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Mian*, 2014 CSC 54, [2014] 2 R.C.S. 689; *Quan c. Cusson*, 2009 CSC 62, [2009] 3 R.C.S. 712; *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909; *R. c. O'Brien*, 2011 CSC 29, [2011] 2 R.C.S. 485; *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823; *R. c. Jolivet*, 2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751; *R. c. Van*, 2009 CSC 22, [2009] 1 R.C.S. 716; *Thériault c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 336; *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293; *R. c. Araya*, 2015 CSC 11, [2015] 1 R.C.S. 581; *R. c. Pickton*, 2010 CSC 32, [2010] 2 R.C.S. 198; *R. c. MacLeod*, 2014 NSCA 63, 346 N.S.R. (2d) 222; *R. c. R.T.H.*, 2007 NSCA 18, 251 N.S.R. (2d) 236; *R. c. Smith*, 2007 ABCA 237, 77 Alta. L.R. (4th) 327; *R. c. G. (S.G.)*, [1997] 2 R.C.S. 716; *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520; *R. c. St-Cloud*, 2015 CSC 27, [2015] 2 R.C.S. 328; *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; *McMartin c. La Reine*, [1964] R.C.S. 484; *R. c. Wong*, 2018 CSC 25, [2018] 1 R.C.S. 696; *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668.

Citée par la juge Karakatsanis (dissidente)

R. c. Creighton, [1993] 3 R.C.S. 3; *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72; *R. c. White*, 2011 CSC 13, [2011] 1 R.C.S. 433; *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129; *R. c. Rodger*son, 2015 CSC 38, [2015] 2 R.C.S. 760; *R. c. Teske* (2005), 32 C.R. (6th) 103.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11d).
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 182b), 235, 548(1), 686(1)a)(i), (ii), b)(iii).

Doctrine et autres documents cités

Paciocco, David M. « Simply Complex : Applying the Law of “Post-Offence Conduct” Evidence » (2016), 63 *Crim. L.Q.* 275.
Tanovich, David M. « *Angelis* : Inductive Reasoning, Post-Offence Conduct and Intimate Femicide » (2013), 99 C.R. (6th) 338.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (MacDonald C.J. and Scanlan and Bourgeois J.J.A.), 2017 NSCA 49, 358 C.C.C. (3d) 362, [2017] N.S.J. No. 232 (QL), 2017 CarswellNS 825 (WL Can.), setting aside the accused's conviction for second degree murder and ordering a new trial. Appeal allowed, Martin J. dissenting in part and Karakatsanis J. dissenting.

Jennifer A. MacLellan, Q.C., and Kenneth W. F. Fiske, Q.C., for the appellant.

Peter Planetta, for the respondent.

The judgment of Moldaver, Gascon and Rowe JJ. was delivered by

[1] MOLDAVER J. — I have had the benefit of reading the reasons of my colleague Justice Martin. In her reasons, my colleague provides a thorough and comprehensive review of the facts, and I see no need to replicate her work.

[2] Furthermore, I agree with Justice Martin, for the reasons she has given, that the evidence of Mr. Calnen's after-the-fact conduct was admissible as circumstantial evidence on both the issue of causation and the mental element for second degree murder. Accordingly, I also agree with my colleague that it is unnecessary to address the directed verdict issue.

[3] My colleague takes the position that it was essential for the trial judge to provide a limiting instruction against general propensity reasoning — namely, the reasoning that because Mr. Calnen was a person of bad character who engaged in disreputable and morally repugnant conduct, he was more likely to have committed the crime charged. His failure to provide such a limiting instruction, in her view, renders the jury's verdict of second degree murder suspect and warrants a new trial.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (le juge en chef MacDonald et les juges Scanlan et Bourgeois), 2017 NSCA 49, 358 C.C.C. (3d) 362, [2017] N.S.J. No. 232 (QL), 2017 CarswellNS 825 (WL Can.), qui a annulé la déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré prononcée contre l'accusé et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli, la juge Martin est dissidente en partie et la juge Karakatsanis est dissidente.

Jennifer A. MacLellan, c.r., et Kenneth W. F. Fiske, c.r., pour l'appelante.

Peter Planetta, pour l'intimé.

Version française du jugement des juges Moldaver, Gascon et Rowe rendu par

[1] LE JUGE MOLDAVER — J'ai pris connaissance des motifs de ma collègue la juge Martin. Dans ses motifs, ma collègue dresse un portrait rigoureux et exhaustif des faits, et je ne vois pas la nécessité de dupliquer son travail ici.

[2] De plus, je conviens avec la juge Martin, pour les motifs qu'elle a exposés, que les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait de M. Calnen étaient admissibles comme preuve circonstancielle tant sur la question du lien de causalité que sur celle de l'élément moral requis pour un meurtre au deuxième degré. Par conséquent, je suis également d'accord avec ma collègue pour dire qu'il n'est pas nécessaire d'aborder la question du verdict imposé.

[3] De l'avis de ma collègue, il était essentiel que le juge du procès donne une directive restrictive contre le recours à un raisonnement fondé sur la propension générale — à savoir le raisonnement suivant lequel, parce qu'il était un individu de mauvaise moralité qui s'était comporté de façon moralement odieuse et déshonorante, M. Calnen était davantage susceptible d'avoir commis le crime qui lui était reproché. Selon elle, le défaut du juge du procès de donner une telle directive restrictive rend suspect le verdict de meurtre au deuxième degré prononcé par le jury et commande la tenue d'un nouveau procès.

[4] As a preliminary matter, I am of the view that the alleged error upon which my colleague would order a new trial is properly characterized as an alleged error of law under s. 686(1)(a)(ii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, as opposed to an unreasonable verdict under s. 686(1)(a)(i). The distinction is an important one from the Crown's perspective because in an appropriate case where the error comes within s. 686(1)(a)(ii), the Crown would be able to rely on the curative proviso under s. 686(1)(b)(iii) — something it could not do if the case truly involved an unreasonable verdict as contemplated under s. 686(1)(a)(i). To be clear, however, this is not a case where the Crown needed to rely on the curative proviso because, as I will explain, there was no legal error that required its use.

[5] On the question of whether the trial judge was required to provide a limiting instruction against general propensity reasoning, I must respectfully part ways with my colleague. In my view, although the trial judge could have given such an instruction, the fact that he did not do so does not amount to reversible error. Put simply, this is not a case of a non-direction amounting to misdirection.

[6] When the trial judge's charge is considered fairly, contextually, and as a whole, I am satisfied that the jury was properly equipped to decide the case in the absence of a limiting instruction against general propensity reasoning. And I am not alone in this. Experienced defence counsel at trial seemed to be of the same view. Were it otherwise, I would have expected him to seek the kind of limiting instruction which my colleague now says was both obvious and crucial — and to have forcefully objected had the trial judge not capitulated. And yet, as we shall see, defence counsel did neither, despite being acutely aware, as my colleague points out, of the emotive and discreditable evidence which, in her view, "very likely" caused the jury to reach a verdict on second degree murder that was irreparably tainted by

[4] D'entrée de jeu, j'estime qu'il convient de qualifier la présumée erreur pour laquelle ma collègue ordonnerait la tenue d'un nouveau procès de présumée erreur de droit pour l'application du sous-al. 686(1)a(ii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, et non de verdict déraisonnable pour l'application du sous-al. 686(1)a(i). Cette distinction est importante du point de vue de la Couronne parce que, le cas échéant, si l'erreur tombe sous le coup du sous-al. 686(1)a(ii), la Couronne pourrait se prévaloir de la disposition réparatrice édictée au sous-al. 686(1)b(iii), alors qu'elle ne pourrait le faire s'il s'agissait véritablement d'un verdict déraisonnable visé au sous-al. 686(1)a(i). Je tiens toutefois à préciser qu'il ne s'agit pas d'un cas où la Couronne devait s'appuyer sur la disposition réparatrice parce que, comme je vais l'expliquer, il n'y avait pas d'erreur de droit qui nécessitait le recours à cette disposition.

[5] Soit dit en tout respect, je ne puis souscrire à l'opinion de ma collègue quant à la question de savoir si le juge du procès était tenu de donner une directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension générale. À mon avis, même si le juge du procès pouvait donner une telle directive, son défaut de le faire ne constitue pas une erreur justifiant l'infirmité de sa décision. En clair, il n'est pas question ici d'une absence de directives équivalant à des directives erronées.

[6] En examinant l'exposé du juge du procès au jury de façon juste et globale tout en tenant compte du contexte, je suis convaincu que les jurés étaient bien outillés pour trancher l'affaire même s'ils n'avaient pas reçu une directive restrictive les mettant en garde contre un raisonnement fondé sur la propension générale. Et je ne suis pas le seul à le penser. Au procès, l'avocat de la défense, un juriste expérimenté, semblait être du même avis. S'il en avait été autrement, je me serais attendu à ce qu'il réclame le genre de directive restrictive qui, selon ma collègue, était à la fois évidente et essentielle, et à ce qu'il s'oppose énergiquement si le juge du procès n'avait pas accédé à sa demande. Et pourtant, comme nous le verrons, l'avocat de la défense n'a ni demandé une directive ni manifesté son opposition, même s'il était très conscient,

moral and reasoning prejudice: Martin J.'s reasons, at para. 191.

[7] With respect, for reasons that follow, I do not share my colleague's concerns. Accordingly, I would allow the appeal and restore Mr. Calnen's conviction for second degree murder.

I. Standard of Review

[8] An appellate court undertakes a functional approach in reviewing a jury charge, asking whether the charge as a whole enabled the trier of fact to decide the case according to the law and the evidence: *R. v. Mack*, 2014 SCC 58, [2014] 3 S.C.R. 3, at para. 49; *R. v. Jaw*, 2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26, at para. 32. As Bastarache J. wrote in *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523, at para. 30:

The cardinal rule is that it is the general sense which the words used must have conveyed, in all probability, to the mind of the jury that matters, and not whether a particular formula was recited by the judge. The particular words used, or the sequence followed, is a matter within the discretion of the trial judge and will depend on the particular circumstances of the case.

[9] In short, the test is whether the jury was properly, not perfectly, instructed: *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314, at para. 62. At the end of the day, the overriding question is whether the jury was properly equipped to decide the case absent a limiting instruction against general propensity reasoning.

II. Analysis

[10] I agree with my colleague's articulation of the legal principles governing the admissibility of

comme le souligne ma collègue, des éléments de preuve émotifs et déshonorants sur lesquels, à son avis, le jury s'était « fort vraisemblablement » appuyé pour rendre un verdict de meurtre au deuxième degré, lequel était irrémédiablement entaché d'un préjudice moral et d'un préjudice par raisonnement : motifs de la juge Martin, par. 191.

[7] En toute déférence, pour les motifs qui suivent, je ne partage pas les préoccupations exprimées par ma collègue. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré prononcée contre M. Calnen.

I. Norme de contrôle

[8] Lorsqu'elle examine l'exposé qui a été donné au jury, la juridiction d'appel entreprend une démarche fonctionnelle et se demande si, globalement, l'exposé permettait au juge des faits de trancher l'affaire selon la loi et la preuve : *R. c. Mack*, 2014 CSC 58, [2014] 3 R.C.S. 3, par. 49; *R. c. Jaw*, 2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26, par. 32. Ainsi que le juge Bastarache l'a écrit dans l'arrêt *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523, par. 30 :

La règle cardinale veut que ce qui importe soit le message général que les termes utilisés ont transmis au jury, selon toutes probabilités, et non de savoir si le juge a employé une formule particulière. Le choix des mots et l'ordre des différents éléments relèvent du pouvoir discrétionnaire du juge et dépendront des circonstances.

[9] En résumé, le test applicable consiste à se demander si le jury a reçu, non pas des directives parfaites, mais des directives appropriées : *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314, par. 62. En fin de compte, la question essentielle est celle de savoir si le jury était convenablement outillé pour trancher l'affaire même s'il n'a pas reçu une directive restrictive le mettant en garde contre un raisonnement fondé sur la pension générale.

II. Analyse

[10] Je souscris à l'énoncé que ma collègue fait des principes de droit régissant l'admissibilité des

discreditable conduct evidence and its potential for moral and reasoning prejudice. However, for reasons I will develop, I respectfully disagree with her application of those principles to the facts of this case.

[11] Allegations of non-direction amounting to misdirection must be assessed contextually, in line with the facts and circumstances of the particular case. At trial, the Crown led relevant and admissible evidence of discreditable conduct on Mr. Calnen's part that was extrinsic to the offence charged. That evidence can be divided temporally into two broad categories.

[12] First, the Crown adduced discreditable conduct evidence from the period *preceding* Ms. Jordan's death. There was evidence that Mr. Calnen habitually used crack cocaine. Further, he apparently had an open and sexually adventurous relationship with Ms. Jordan, in which he encouraged her to perform sex work out of his basement. Also, she once texted a friend, Mr. Weeks, that Mr. Calnen "put his hands on [her]".

[13] Second, the Crown led discreditable conduct evidence of Mr. Calnen's conduct *after* Ms. Jordan's death, including evidence that he moved and then burned Ms. Jordan's body while high on crack cocaine and made other attempts to cover up her death, including lying to the police about her disappearance.

[14] Mr. Calnen challenged the admissibility of much of this evidence at trial and again on appeal. Defence counsel argued that Mr. Calnen's police statement and re-enactment, in which he admitted to burning Ms. Jordan's body in a drug-fueled panic and lying to various people including the police, was involuntary and lacked probative value. The defence submitted that Ms. Jordan's text message

éléments de preuve de conduite déshonorante et du risque que ceux-ci causent un préjudice moral ou un préjudice par raisonnement. En toute déférence, pour les motifs exposés plus loin, je ne suis toutefois pas d'accord avec l'application qu'elle fait de ces principes aux faits de la présente affaire.

[11] Chaque cas présumé d'absence de directives équivalant à des directives erronées doit être examiné en contexte, en fonction des faits et des circonstances qui lui sont propres. Au procès, la Couronne a présenté des éléments de preuve pertinents et admissibles relatifs à la conduite déshonorante de M. Calnen qui portaient sur des faits extrinsèques à l'infraction reprochée à ce dernier. Ces éléments de preuve peuvent être répartis chronologiquement en deux grandes catégories.

[12] En premier lieu, la Couronne a présenté des éléments de preuve de conduite déshonorante portant sur la période *antérieure* au décès de M^{me} Jordan. Suivant la preuve, M. Calnen consommait régulièrement du crack. De plus, il aurait apparemment entretenu une relation ouverte et sexuellement audacieuse avec M^{me} Jordan, dans le cadre de laquelle il incitait cette dernière à se prostituer dans son sous-sol. De plus, M^{me} Jordan a envoyé un texto à un ami, M. Weeks, lui disant que M. Calnen l'avait [TRADUCTION] « pognée ».

[13] En second lieu, la Couronne a présenté des éléments de preuve relatifs à la conduite déshonorante de M. Calnen *après* le décès de M^{me} Jordan, dont certains éléments de preuve selon lesquels il avait déplacé puis brûlé le cadavre de M^{me} Jordan alors qu'il était sous l'emprise du crack et avait pris d'autres mesures pour tenter de camoufler son décès, notamment en mentant à la police au sujet de sa disparition.

[14] Monsieur Calnen a contesté l'admissibilité d'une grande partie de cette preuve au procès et, de nouveau, en appel. L'avocat de la défense a soutenu que la déclaration que M. Calnen avait faite à la police ainsi que sa reconstitution des faits — au cours de laquelle il avait admis avoir brûlé le cadavre de M^{me} Jordan dans un accès de panique provoqué par la drogue et avait reconnu avoir menti à diverses

conversation with Mr. Weeks was inadmissible hearsay, unreliable and incapable of proving motive. Despite these submissions, the trial judge and the Court of Appeal held that most of the disputed evidence was admissible. Furthermore, for the reasons given by my colleague, I am satisfied that the evidence of Mr. Calnen's after-the-fact conduct was admissible as circumstantial evidence on both the issue of causation and the mental element for second degree murder.

[15] The question remains: Did the relevant and admissible discreditable conduct evidence pose such an elevated risk of propensity reasoning that the trial judge was required to provide a limiting instruction against general propensity reasoning and that his failure to do so amounted to reversible error? My answer to that question proceeds in two parts.

[16] First, the risk that the jury would engage in general propensity reasoning based on the evidence of Mr. Calnen's after-the-fact conduct was considerably offset by the trial judge's introductory and final jury instructions, which were neutral, fair and balanced.

[17] Second, experienced defence counsel, well aware of the issue of potential propensity reasoning, did not raise that issue, much less seek a limiting instruction, during the pre-charge conference while vetting the proposed final jury instructions. In short, he signed off on the trial judge's charge knowing full well that it did not contain the kind of limiting instruction that my colleague now says was both obvious and crucial — and indeed fatal to sustaining Mr. Calnen's conviction for second degree murder.

personnes, dont la police — étaient involontaires et n'avaient aucune valeur probante. La défense a fait valoir que l'échange de messages textes entre M^{me} Jordan et M. Weeks constituait du oui-dire inadmissible et que cette preuve était peu fiable et ne pouvait servir à prouver le mobile. Malgré ces arguments, le juge du procès et la Cour d'appel ont déclaré admissible la majorité des éléments de preuve contestés. En outre, pour les motifs énoncés par ma collègue, je suis convaincu que les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait de M. Calnen étaient admissibles comme preuve circonstancielle tant pour la question du lien de causalité que celle de l'élément moral du meurtre au deuxième degré.

[15] Toutefois, une question demeure : les éléments de preuve pertinents et admissibles se rapportant à la conduite déshonorante comportaient-ils un risque si élevé de raisonnement fondé sur la propension que le juge du procès était tenu de donner une directive restrictive interdisant le raisonnement fondé sur la propension générale et que le défaut de donner une telle directive constituait une erreur justifiant l'infirmité de sa décision? Ma réponse à cette question se décline en deux parties.

[16] Premièrement, le risque que le jury tienne un raisonnement fondé sur la propension générale en s'appuyant sur les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait de M. Calnen était considérablement atténué par les directives préliminaires et les directives finales données par le juge du procès au jury, lesquelles étaient neutres, justes et équilibrées.

[17] Deuxièmement, l'avocat de la défense, qui était expérimenté et bien conscient du risque d'un raisonnement fondé sur la propension, n'a pas soulevé cette question — et il a encore moins demandé une directive restrictive — lorsqu'il a été appelé à examiner la version finale du projet de directives à présenter au jury lors de la conférence préalable à l'exposé. En bref, il a entériné l'exposé du juge du procès tout en sachant pertinemment qu'il ne contenait pas le genre de directive restrictive qui, selon ma collègue, était à la fois évidente, essentielle et, qui plus est, nécessaire pour que M. Calnen soit déclaré coupable de meurtre au deuxième degré.

[18] In these circumstances, I consider it fair to ask: Why did defence counsel not raise the issue of general propensity reasoning with the trial judge and seek a limiting instruction of the kind that my colleague now says was essential? The answer, as I will explain, is that in all likelihood defence counsel made a deliberate and conscious tactical decision to marshal the discreditable conduct evidence in an attempt to bolster the truthfulness of Mr. Calnen's out-of-court statement and re-enactment, upon which his defence rested. In these circumstances, while it would have been open to the trial judge to provide a limiting instruction against impermissible propensity reasoning, such an instruction would have had the potential to undermine Mr. Calnen's credibility and thereby undercut his defence.

[19] I will address these features in turn.

A. *Neutral, Fair and Balanced After-the-Fact Conduct Instructions*

[20] For reasons that follow, I am satisfied that the trial judge's introductory instructions on the significance of Mr. Calnen's guilty plea to indecent interference with Ms. Jordan's remains, and his final instructions on Mr. Calnen's after-the-fact conduct, were neutral, fair and balanced. Read as a whole, the jury instructions sufficiently protected against the risk of moral and reasoning prejudice from the evidence of Mr. Calnen's after-the-fact conduct.

(1) Introductory Instructions and a Question From the Jury

[21] At the outset of the trial, Mr. Calnen pleaded guilty to indecently interfering with Ms. Jordan's remains by burning her body. In his opening instructions, the trial judge noted that Mr. Calnen's guilty plea to indecent interference with Ms. Jordan's

[18] Dans ces conditions, j'estime qu'on peut à juste titre se poser les questions suivantes : pourquoi l'avocat de la défense n'a-t-il pas soulevé la question du raisonnement fondé sur la propension générale devant le juge du procès et pourquoi n'a-t-il pas demandé que soit donnée une directive restrictive comme celle qui, selon ma collègue, était essentielle? Comme je l'explique plus loin, selon toute vraisemblance, c'est parce que l'avocat de la défense a consciemment et délibérément décidé, pour des raisons d'ordre stratégique, d'organiser les éléments de preuve de conduite déshonorante dans le but de renforcer la véracité de la déclaration extrajudiciaire et de la reconstitution des faits produites par M. Calnen et sur lesquelles sa défense reposait. Dans de telles circonstances, même s'il était loisible au juge du procès de donner une directive restrictive contre le recours au raisonnement interdit fondé sur la propension, une telle directive aurait pu ébranler la crédibilité de M. Calnen et nuire à sa défense.

[19] Je vais examiner à tour de rôle chacun de ces aspects.

A. *Directives neutres, justes et équilibrées sur le comportement après le fait*

[20] Pour les motifs qui suivent, je suis convaincu que les directives préliminaires que le juge du procès a données quant à l'importance du plaidoyer de culpabilité de M. Calnen à l'accusation d'indécence envers les restes de M^{me} Jordan, ainsi que ses directives finales sur le comportement après le fait de M. Calnen, étaient neutres, justes et équilibrées. Prises globalement, les directives prémunissaient suffisamment le jury contre les risques de préjudice moral et de préjudice par raisonnement que les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait de M. Calnen étaient susceptibles d'engendrer.

(1) Les directives préliminaires et une question du jury

[21] À l'ouverture du procès, M. Calnen a reconnu sa culpabilité relativement à l'accusation d'avoir commis des actes d'indécence envers les restes de M^{me} Jordan en brûlant son cadavre. Dans ses directives préliminaires, le juge du procès a fait observer

remains could not be permitted to water down the presumption of innocence, stressing that “Mr. Calnen starts the trial with a clean slate” and that “[i]t is Crown counsel who must prove guilt beyond a reasonable doubt, not Mr. Calnen who must prove his innocence”: A.R., vol. III, at p. 683.

[22] On the second day of trial, in a note to the trial judge, the jury queried whether it could consider Mr. Calnen’s guilty plea “either during its daily discussions or in reaching its final verdict”: A.R., vol. III, at p. 936. The trial judge told the jury to “put Mr. Calnen’s guilty plea . . . out of [their] minds” because they required “all of the evidence” before coming to their decision at the end of trial: A.R., vol. III, at pp. 947-48. The Crown and the defence endorsed the trial judge’s response.

[23] In proceeding this way, the trial judge insulated the jury from reasoning that Mr. Calnen’s guilty plea to indecent interference with Ms. Jordan’s remains meant it was more likely that he committed second degree murder. This feature of the record militates against a conclusion that the instructions were inadequate — a conclusion that is strengthened when one considers the trial judge’s final instructions, which I will describe below.

(2) The Final Instructions

[24] My colleague observes that there were many other rational inferences available from the circumstantial evidence in this case and the jury was therefore being “asked to engage in inferential reasoning”, increasing the risk that they would draw a forbidden inference based on impermissible propensity reasoning: Martin J.’s reasons, at paras. 167-74. Indeed, she goes so far as to say that it is “very likely” the jury did just that in arriving at its verdict on second degree murder and that this irreparably tainted the outcome: para. 191. With respect, I disagree. When

qu’on ne pouvait permettre que le plaidoyer de culpabilité de M. Calnen quant à l’accusation d’indécence envers les restes de M^{me} Jordan vienne affaiblir sa présomption d’innocence, en soulignant que [TRADUCTION] « M. Calnen repart à zéro dans ce procès » et que « [c]’est au procureur de la Couronne qu’il incombe d’établir la culpabilité de M. Calnen hors de tout doute raisonnable et non à ce dernier de prouver son innocence » : d.a., vol. III, p. 683.

[22] Le deuxième jour du procès, dans une note qu’ils lui ont adressée, les jurés ont demandé au juge du procès s’ils pouvaient tenir compte du plaidoyer de culpabilité de M. Calnen [TRADUCTION] « soit lors de leurs discussions quotidiennes, soit pour rendre leur verdict final » : d.a., vol. III, p. 936. Le juge du procès a invité les jurés « à faire abstraction [. . .] du plaidoyer de culpabilité de M. Calnen », parce qu’ils devaient disposer de « toute la preuve » avant de rendre leur décision à l’issue du procès : d.a., vol. III, p. 947-948. La Couronne et la défense se sont dites d’accord avec la réponse du juge du procès.

[23] En agissant ainsi, le juge du procès a protégé le jury contre tout raisonnement selon lequel le plaidoyer de culpabilité de M. Calnen à l’égard l’accusation d’indécence envers les restes de M^{me} Jordan signifiait qu’il était davantage probable que ce dernier ait commis un meurtre au deuxième degré. Cette caractéristique du dossier milite contre la conclusion portant que les directives étaient insuffisantes, laquelle conclusion est renforcée au regard des directives finales du juge du procès, que je vais maintenant analyser.

(2) Les directives finales

[24] Ma collègue fait observer que de nombreuses autres inférences rationnelles pouvaient être tirées de la preuve circonstancielle dans la présente affaire et qu’on a donc demandé au jury « de se livrer à un raisonnement inférentiel », augmentant ainsi le risque qu’ils tirent une inférence interdite en se livrant à un exercice tout aussi interdit de raisonnement fondé sur la propension : motifs de la juge Martin, par. 167-174. D’ailleurs, elle va jusqu’à affirmer que c’est « fort vraisemblablement » ce qu’a fait le jury pour rendre son verdict de culpabilité de

the trial judge’s final instructions are read fully and fairly, it becomes clear that the trial judge properly equipped the jury to make reasonable inferences from the circumstantial evidence without resorting to specious reasoning or speculation.

[25] The record reveals that the trial judge was alive to the “substantial risk of jury error” from after-the-fact conduct evidence and the temptation to “jump too quickly from evidence of post-offence conduct to an inference of guilt” without proper consideration of alternate explanations: *R. v. White*, 2011 SCC 13, [2011] 1 S.C.R. 433, at para. 23, citing *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72, at para. 57. The trial judge’s detailed limiting instructions on after-the-fact conduct evidence and his caution against drawing speculative inferences from circumstantial evidence are significant factors when assessing the risk that the jury would engage in general propensity reasoning.

[26] Several portions of the jury charge guarded against the risk of general propensity reasoning. As detailed below, these included the instructions on the risks associated with circumstantial after-the-fact conduct evidence, how to assess circumstantial evidence against the criminal standard of proof, how to draw reasonable inferences in a circumstantial case, the parties’ theories and inferences sought, and the principles articulated by this Court in *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742.

[27] The trial judge told the jury to leave the after-the-fact conduct evidence, in particular Mr. Calnen’s burning of Ms. Jordan’s body, “somewhat at large, until the final stage of putting all the evidence together and seeing if it proves the case beyond a

meurtre au deuxième degré, ce qui a entaché de façon irrémédiable le résultat : par. 191. En toute déférence, je ne suis pas de cet avis. Une lecture équitable de l’ensemble des directives finales permet de constater que le juge du procès a bien outillé le jury pour qu’il tire des inférences raisonnables de la preuve circonstancielle sans recourir à un raisonnement spécieux ou à des hypothèses.

[25] Le dossier révèle que le juge du procès était conscient de l’« important risque d’erreur de la part du jury » associé à la preuve relative au comportement après le fait et du fait que les jurés pouvaient être tentés de « conclu[re] trop rapidement, à partir de la preuve relative au comportement postérieur à l’infraction, que l’accusé est coupable » sans tenir dûment compte des autres explications : *R. c. White*, 2011 CSC 13, [2011] 1 R.C.S. 433, par. 23, citant *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72, par. 57. Les directives restrictives détaillées données par le juge du procès au sujet des éléments de preuve relatifs au comportement après le fait et sa mise en garde quant à des inférences spéculatives fondées sur de la preuve circonstancielle sont des facteurs importants à prendre en compte lorsqu’on évalue le risque que le jury se livre à un raisonnement fondé sur la propension générale.

[26] À plusieurs reprises dans ses directives, le juge du procès a mis les jurés en garde contre le risque d’un raisonnement fondé sur la propension générale. Comme je l’expliquerai en détail plus loin, le juge leur a notamment donné des directives sur les risques que comportait la preuve circonstancielle relative au comportement après le fait, sur la façon d’évaluer la preuve circonstancielle en fonction de la norme de preuve applicable en matière criminelle, sur la façon de tirer des inférences raisonnables dans une affaire fondée sur de la preuve circonstancielle, sur la thèse des parties et les inférences recherchées, ainsi que sur les principes énoncés par notre Cour dans l’arrêt *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742.

[27] Le juge du procès a expliqué aux jurés qu’ils devaient mettre les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait, en particulier le fait que M. Calnen avait brûlé le cadavre de M^{me} Jordan, [TRADUCTION] « quelque peu en suspens jusqu’à

reasonable doubt”: A.R., vol. I, at pp. 134 and 163-64. The jury was repeatedly told to keep an “open mind” (A.R., vol. I, at pp. 72, 76 and 173); to use reason, logic, common sense and experience; and to render their verdict without “sympathy, prejudice or fear”: A.R., vol. I, at p. 67.

[28] The trial judge also explained the difference between direct and circumstantial evidence. He instructed the jury that before drawing an inference about Mr. Calnen’s state of mind based on the latter type of evidence, “you must examine all of the evidence, and only if, after examining all the evidence, you are satisfied the inference is proper to draw, can you then draw the inference”: A.R., vol. I, at p. 140. He added that “[i]n order to find Paul Trevor Calnen guilty on the basis of circumstantial evidence, you must be satisfied beyond a reasonable doubt that his guilt is the only rational conclusion or inference that can be drawn from the whole of the evidence”: A.R., vol. I, at p. 83. Thus, the jury was correctly instructed that proof “beyond a reasonable doubt” meant that a conviction could rest on circumstantial evidence only if they were satisfied there was no rational inference inconsistent with guilt.

[29] To that end, the jury was told repeatedly to consider potential innocent explanations for Mr. Calnen’s after-the-fact conduct, and the trial judge provided detailed examples to consider. He explained the competing inferences available from Mr. Calnen’s after-the-fact conduct and situated that evidence in the context of the parties’ theories. He further clarified that after-the-fact conduct was merely circumstantial evidence — that is, evidence capable of giving rise to various reasonable inferences when considered in light of the evidence as a whole — that may or may not assist the jury. Further, and crucially, he cautioned that the evidence of Mr. Calnen burning Ms. Jordan’s body could not, by itself, satisfy the standard of proof

l’étape finale consistant à rassembler tous les éléments de preuve pour vérifier s’ils établissent la culpabilité hors de tout doute raisonnable » : d.a., vol. I, p. 134 et 163-164. Le juge a invité à plusieurs reprises les jurés à « garder l’esprit ouvert » (d.a., vol. I, p. 72, 76 et 173), à utiliser la raison, la logique, le bon sens et l’expérience, et à rendre leur verdict sans « sympathie, préjugé ou crainte » : d.a., vol. I, p. 67.

[28] Le juge du procès a également expliqué la différence entre une preuve directe et une preuve circonstancielle. Il a expliqué aux jurés qu’avant de tirer une inférence sur l’état d’esprit de M. Calnen en se fondant sur une preuve circonstancielle [TRADUCTION] « vous devez examiner l’ensemble de la preuve et, si après avoir examiné tous les éléments de preuve, vous êtes convaincus que cette inférence peut légitimement être tirée, ce n’est qu’alors que vous pouvez tirer cette inférence » : d.a., vol. I, p. 140. Il a ajouté que « pour pouvoir déclarer Paul Trevor Calnen coupable sur le fondement de la preuve circonstancielle produite, vous devez être convaincus hors de tout doute raisonnable que sa culpabilité est la seule conclusion ou inférence rationnelle que l’ensemble de la preuve permet de tirer » : d.a., vol. I, p. 83. Ainsi, le juge du procès a correctement expliqué au jury que la preuve « hors de tout doute raisonnable » signifiait qu’ils ne pouvaient déclarer l’accusé coupable en s’appuyant sur une preuve circonstancielle que s’ils étaient convaincus qu’aucune inférence rationnelle n’était incompatible avec sa culpabilité.

[29] À cette fin, on a répété à maintes reprises aux jurés de tenir compte des explications disculpatoires susceptibles de justifier le comportement après le fait de M. Calnen, et le juge du procès a fourni des exemples détaillés à prendre en compte. Il a évoqué les diverses inférences concurrentes que le comportement après le fait de M. Calnen permettait de tirer et il a mis ces éléments de preuve dans le contexte de la thèse des parties. Il a également précisé que le comportement après le fait n’était qu’une preuve circonstancielle — c’est-à-dire une preuve susceptible de donner lieu à diverses inférences raisonnables à la lumière de l’ensemble de la preuve — qui pouvait ou non être utile aux jurés. En outre — et cet aspect

beyond a reasonable doubt; it was only a piece of circumstantial evidence to be considered with the whole.

[30] Furthermore, owing to Mr. Calnen's exculpatory police statement and videotaped re-enactment of Ms. Jordan's fall down the stairs, the trial judge articulated the principles from *W. (D.)* not once, but twice in the charge.

[31] Against this backdrop, I have no trouble concluding that the jury understood the legal issues in this case, how the evidence related to those issues and the competing inferences available from the evidence. The jury would have considered the various potential explanations for Mr. Calnen's after-the-fact conduct and would have drawn reasonable inferences from the whole of the evidence.

[32] While my colleague stresses that the trial judge expressed his intention to address the prejudice of Mr. Calnen's after-the-fact conduct in his jury charge, the foregoing analysis reveals that, in fact, he did: see Martin J.'s reasons, at paras. 201-3. Not only that, but evidently he did so to the satisfaction of defence counsel, who did not object. As I explain below, this failure to object was in all likelihood tied to a defence strategy to use Mr. Calnen's discreditable conduct to its own advantage while at the same time avoiding a potentially damaging instruction on Mr. Calnen's credibility. I turn to those two factors now — the failure to object and the defence strategy. Each plays a central role in my conclusion that a limiting instruction against general propensity reasoning was not necessary in this case.

est crucial —, il a mis les jurés en garde contre le fait que les éléments de preuve concernant le fait que M. Calnen avait brûlé le cadavre de M^{me} Jordan ne pouvaient, à eux seuls, satisfaire à la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable; il ne s'agissait que d'un élément de preuve circonstancielle dont ils devaient tenir compte parmi l'ensemble de la preuve.

[30] De plus, en raison de la déclaration disculpatoire que M. Calnen avait faite à la police et de sa reconstitution enregistrée sur bande vidéo de la chute de M^{me} Jordan dans l'escalier, le juge du procès a, dans son exposé au jury, rappelé les principes énoncés dans l'arrêt *W. (D.)* non pas à une, mais bien à deux reprises.

[31] Dans ce contexte, je n'ai aucune difficulté à conclure que le jury comprenait bien les questions de droit en litige en l'espèce, le rapport entre ces questions et la preuve, de même que les diverses inférences concurrentes que la preuve leur permettait de tirer. Le jury aurait examiné les diverses explications concurrentes du comportement après le fait de M. Calnen et aurait tiré des inférences raisonnables de l'ensemble de la preuve.

[32] Bien que ma collègue souligne que le juge du procès a exprimé son intention d'aborder la question du préjudice associé au comportement après le fait de M. Calnen dans son exposé au jury, l'analyse qui précède révèle que c'est effectivement ce qu'il a fait : voir les motifs de la juge Martin, par. 201-203. Qui plus est, il a manifestement abordé cette question d'une manière jugée satisfaisante par l'avocat de la défense, qui ne s'y est pas opposé. Comme je l'explique plus loin, ce défaut de s'opposer s'inscrivait selon toute vraisemblance dans le cadre d'une stratégie de la défense visant à utiliser la conduite déshonorante de M. Calnen à son propre avantage tout en évitant une directive sur la crédibilité de M. Calnen qui était susceptible de lui nuire. Je vais maintenant me pencher sur ces deux facteurs, à savoir le défaut de s'opposer et la stratégie de la défense. Chacun a joué un rôle déterminant dans ma conclusion qu'une directive restrictive contre le recours à un raisonnement fondé sur la propension générale n'était pas nécessaire en l'espèce.

B. *Vetting the Charge and the Failure to Object on the Basis That a Limiting Instruction Was Required*

[33] As my colleague notes, the parties were alive to the issue of general propensity reasoning at trial. Indeed, defence counsel raised this issue on three occasions in which he sought to have various pieces of evidence excluded. And yet, when the time came to vet the charge at the pre-charge conference, he chose not to raise the issue of general propensity reasoning, much less seek a limiting instruction on it.

[34] Defence counsel first raised the issue of moral prejudice during a *voir dire* concerning the admissibility of Mr. Calnen's police statement and re-enactment. The defence argued that Mr. Calnen's after-the-fact conduct "paint[ed] him in a bad light": A.R., vol. III, at p. 704. In his reasons for admitting parts of Mr. Calnen's statement and his entire re-enactment, the trial judge noted that he would be seeking counsel's input in the pre-charge conference in order to craft appropriate final instructions on how after-the-fact conduct should be treated.

[35] The issue arose a second time during the Crown's direct examination of Mr. Weeks, when the defence objected to anticipated testimony that Mr. Calnen had forcibly removed a woman from his house. The trial judge agreed that the proposed evidence was inadmissible due to the risk of propensity reasoning, and the jury did not hear it.

[36] The subject surfaced a third time when the defence submitted that Ms. Jordan's "[h]e put his hands on me" text message to Mr. Weeks was inadmissible because it posed the risk of forbidden propensity reasoning. The Crown argued that it was admissible evidence of animus and Ms. Jordan's state of mind. The trial judge admitted all of Ms. Jordan's text messages

B. *Examen de l'exposé au jury et le fait de ne pas s'y opposer au motif qu'une directive restrictive était nécessaire*

[33] Comme ma collègue le fait remarquer, les parties étaient conscientes de la question du raisonnement fondé sur la propension générale au procès. D'ailleurs, l'avocat de la défense a soulevé cette question à trois reprises en demandant l'exclusion de divers éléments de preuve. Et pourtant, lorsque l'occasion lui a été offerte d'examiner l'exposé lors de la conférence préalable à l'exposé, il a choisi de ne pas soulever la question du raisonnement fondé sur la propension générale et, a fortiori, il n'a pas demandé une directive restrictive à ce sujet.

[34] L'avocat de la défense a soulevé pour la première fois la question du préjudice moral au cours d'un voir-dire qui portait sur l'admissibilité de la déclaration faite par M. Calnen à la police et de sa reconstitution du crime. La défense soutenait que le comportement après le fait de M. Calnen [TRADUCTION] « le présent[e] sous un jour peu flatteur » : d.a., vol. III, p. 704. Dans les motifs qu'il a énoncés pour justifier sa décision d'admettre certaines parties de la déclaration de M. Calnen et l'intégralité de la reconstitution, le juge du procès a fait observer qu'il solliciterait l'avis des avocats lors de la conférence préalable à l'exposé afin de pouvoir rédiger des directives finales appropriées quant à la bonne façon d'utiliser le comportement après le fait.

[35] La question a été soulevée une deuxième fois lors de l'interrogatoire direct de M. Weeks par la Couronne, lorsque la défense s'est opposée au témoignage prévu suivant lequel M. Calnen avait expulsé de force une femme de chez lui. Le juge du procès a convenu que le témoignage proposé n'était pas admissible en raison du risque de raisonnement fondé sur la propension, et le jury ne l'a pas entendu.

[36] Le sujet a refait surface une troisième fois lorsque la défense a fait valoir que le message texte dans lequel M^{me} Jordan racontait à M. Weeks que M. Calnen l'avait [TRADUCTION] « pognée » était inadmissible puisqu'il comportait un risque de raisonnement fondé sur la propension. La Couronne soutenait que cet élément de preuve était admissible pour démontrer l'animosité

and gave a mid-trial hearsay instruction approved by the Crown and the defence. In that instruction, the trial judge reminded the jury to scrutinize the text messages, asking whether Mr. Weeks may have been mistaken about their meaning.

[37] Against this backdrop, defence counsel's failure to raise the risk of general propensity reasoning at the pre-charge conference cannot be explained by the possibility that he simply overlooked the issue. To the contrary, the issue was squarely in his mind, as demonstrated on three separate occasions. Counsel was in the best position to assess whether, in the concrete reality of the case at hand, a limiting instruction against general propensity reasoning was desirable. He did not request such an instruction and maintained only one objection to the final charge, submitting that Mr. Calnen's after-the-fact conduct was not probative of the mental element for second degree murder.

[38] In my respectful view, defence counsel's failure to object to the absence of a limiting instruction against general propensity reasoning of the kind my colleague now says was essential speaks not only to "the overall satisfactoriness of the jury charge on this issue", but also to "the gravity of any omissions in the eyes of defence counsel"; it may further be taken as an indication that defence counsel felt such an instruction would not have been in his client's interests: *R. v. Kociuk*, 2011 MBCA 85, 278 C.C.C. (3d) 1, at para. 86, cited with approval by Rothstein J. in *R. v. Mian*, 2014 SCC 54, [2014] 2 S.C.R. 689, at para. 66; see also *R. v. R.T.H.*, 2007 NSCA 18, 251 N.S.R. (2d) 236, at paras. 98-99, per Cromwell J.A. (as he then was). As Bastarache J. explained in *Daley*, at para. 58:

... it is expected of counsel that they will assist the trial judge and identify what in their opinion is problematic

ainsi que l'état d'esprit de M^{me} Jordan. Le juge du procès a admis tous les messages texte de M^{me} Jordan et a donné, au cours du procès, une directive sur le oui-dire qui a été approuvée par la Couronne et par la défense. Dans cette directive, le juge du procès a rappelé au jury d'examiner attentivement les messages textes et de se demander si M. Weeks avait pu se méprendre quant à leur signification.

[37] Dans ce contexte, le fait que l'avocat de la défense n'a pas soulevé la question du risque d'un raisonnement fondé sur la propension générale lors de la conférence préalable à l'exposé ne saurait être attribué au fait qu'il ait simplement pu oublier de le faire. Au contraire, cette question était bien présente dans son esprit, comme le démontre le fait qu'elle a été soulevée à trois reprises. L'avocat était la personne la mieux placée pour décider, eu égard à la réalité concrète de l'affaire en cause, si une directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension générale était souhaitable. Or, il n'a pas demandé au juge de donner une telle directive et il n'a formulé qu'une seule objection à l'exposé final, soit que le comportement après le fait de M. Calnen ne permettait pas d'établir l'élément moral du meurtre au deuxième degré.

[38] À mon humble avis, le défaut de l'avocat de la défense de s'opposer à l'absence de directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension générale comme celle qui, selon ma collègue, est essentielle, nous éclaire non seulement sur [TRADUCTION] « le caractère satisfaisant dans l'ensemble des directives au jury sur cette question », mais également « sur la gravité d'omissions éventuelles, aux yeux de l'avocat de la défense ». Ce défaut peut également être interprété comme une indication que, selon l'avocat de la défense, une telle directive n'était pas dans l'intérêt de son client : *R. c. Kociuk*, 2011 MBCA 85, 278 C.C.C. (3d) 1, par. 86, cité et approuvé par le juge Rothstein dans l'arrêt *R. c. Mian*, 2014 CSC 54, [2014] 2 R.C.S. 689, par. 66; voir également *R. c. R.T.H.*, 2007 NSCA 18, 251 N.S.R. (2d) 236, par. 98-99, le juge Cromwell (plus tard juge de notre Cour). Comme le juge Bastarache l'a expliqué dans l'arrêt *Daley*, par. 58 :

... on attend des avocats qu'ils assistent le juge du procès, en relevant les aspects des directives au jury qu'ils

with the judge's instructions to the jury. While not decisive, failure of counsel to object is a factor in appellate review. The failure to register a complaint about the aspect of the charge that later becomes the ground for the appeal may be indicative of the seriousness of the alleged violation. See *Jacquard*, at para. 38: "In my opinion, defence counsel's failure to object to the charge says something about both the overall accuracy of the jury instructions and the seriousness of the alleged misdirection."

(See also *Thériault v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 336, at pp. 343-44, where Dickson J. (as he then was) wrote: "Although by no means determinative, it is not irrelevant that counsel for the accused did not comment, at the conclusion of the charge, upon the failure of the trial judge to direct the attention of the jury to the evidence")

[39] Similarly, in *R. v. Polimac*, 2010 ONCA 346, 254 C.C.C. (3d) 359, at para. 96, leave to appeal refused, [2010] 3 S.C.R. vi, Doherty J.A. stressed that counsel's vetting and endorsement of the jury charge is a significant factor in assessing whether the jury was properly instructed:

Counsel's duty to assist the court in fulfilling its obligation to properly instruct the jury, referred to by Fish J. in *R. v. Khela*, [2009] 1 S.C.R. 104 at para. 49, 238 C.C.C. (3d) 489, takes on added significance where counsel has been given a full copy of the proposed instructions and an ample opportunity to vet them, and has engaged in a detailed pre-trial dialogue with the trial judge. In those circumstances, counsel's position at trial becomes very important when evaluating complaints, raised for the first time on appeal, that matters crucial to the defence were not properly addressed by the trial judge in her instructions. [Emphasis added.]

[40] Finally, in *R. v. Minor*, 2013 ONCA 557, 303 C.C.C. (3d) 382, at para. 89, in the context of a complaint that the trial judge failed to adequately review the evidence for the jury, Strathy J.A. emphasized that defence counsel's failure to object to the charge was a factor to be considered when assessing the adequacy of the charge, adding that "counsel may have made a tactical decision not to request further

estiment problématiques. Bien qu'elle ne soit pas déterminante, l'omission d'un avocat de formuler une objection est prise en compte en appel. L'absence de plainte contre l'aspect de l'exposé invoqué plus tard comme moyen d'appel peut être significative quant à la gravité de l'irrégularité reprochée. Voir *Jacquard*, par. 38 : « À mon avis, l'omission de l'avocat de la défense de s'opposer à l'exposé est révélatrice quant à la justesse générale des directives au jury et à la gravité de la directive qui serait erronée. »

(Voir également l'arrêt *Thériault c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 336, p. 343-344, dans lequel le juge Dickson (plus tard juge en chef) écrivait : « Bien que ce ne soit pas concluant, il n'est pas sans importance de remarquer que l'avocat de l'accusé n'a fait aucun commentaire, à la fin de l'exposé, sur l'omission du juge du procès d'attirer l'attention du jury sur les témoignages . . . »)

[39] De même, dans l'arrêt *R. c. Polimac*, 2010 ONCA 346, 254 C.C.C. (3d) 359, par. 96, autorisation d'appel refusée, [2010] 3 R.C.S. vi, le juge Doherty a souligné que le fait pour les avocats d'avoir examiné et approuvé l'exposé au jury est un facteur important à prendre en compte pour juger si le jury a reçu les directives appropriées :

[TRADUCTION] L'obligation qu'ont les avocats d'aider le tribunal à s'acquitter de son devoir de donner des directives appropriées au jury dont le juge Fish parle dans l'arrêt *R. c. Khela*, [2009] 1 R.C.S. 104, par. 49, 238 C.C.C. (3d) 489, tire encore plus à conséquence lorsque l'avocat a reçu une copie intégrale des directives proposées, qu'il a eu amplement l'occasion de les examiner et qu'il a pu s'entretenir longuement à ce sujet avec le juge du procès avant le procès. Dans ces conditions, la position que l'avocat a adoptée au procès revêt une grande importance lorsque vient le temps d'évaluer des critiques, formulées pour la première fois en appel, quant au fait que des éléments essentiels pour la défense n'ont pas été adéquatement abordés par la juge du procès dans ses directives. [Je souligne.]

[40] Enfin, au par. 89 de l'arrêt *R. c. Minor*, 2013 ONCA 557, 303 C.C.C. (3d) 382, où l'on reprochait au juge du procès de ne pas avoir suffisamment passé en revue la preuve à l'intention des jurés, le juge Strathy a souligné que le défaut de l'avocat de la défense de s'opposer à l'exposé était un facteur à considérer pour décider du caractère suffisant de l'exposé, ajoutant qu'[TRADUCTION] « il se peut que l'avocat

instructions out of concern that in so doing the judge might re-emphasize damaging evidence.”

[41] With these principles in mind, in the circumstances of the present case, defence counsel’s failure to object on the basis that the trial judge was required to provide a limiting instruction against general propensity reasoning may reasonably be taken as an indication that the defence considered the charge to be satisfactory and that a limiting instruction would not be in his client’s interests. Indeed, the record in this case strongly supports a finding that in all likelihood, defence counsel’s silence on the matter was no accident — it was instead a deliberate tactical decision.

C. *Indicia of a Tactical Decision*

[42] The evidence of Mr. Calnen’s extrinsic discreditable conduct was relevant and admissible. If the defence had requested a limiting instruction, it would have included three main components: *R. v. T. (J.A.)*, 2012 ONCA 177, 288 C.C.C. (3d) 1, at para. 53. First, it would have identified the extrinsic discreditable conduct evidence. Second, it would have articulated the *forbidden* use of that evidence — namely, drawing an inference based on general propensity reasoning. Third, and importantly, it would also have identified the *permissible* uses of that evidence, which in this case would have included its use in assessing Mr. Calnen’s credibility and, by extension, whether his police statement and re-enactment could be believed.

[43] As I will explain, in light of the parties’ respective theories and treatment of the evidence, any limiting instruction against general propensity reasoning might well have accrued to Mr. Calnen’s detriment. This consideration weighs heavily against concluding that the charge was deficient.

ait décidé, pour des raisons d’ordre stratégique, de ne pas demander d’autres directives par crainte que cette demande n’incite le juge à revenir sur des éléments de preuve susceptibles de nuire à son client ».

[41] Sur la foi de ces principes, dans les conditions de l’espèce, le défaut de l’avocat de la défense de s’opposer, au motif que le juge du procès était tenu de donner une directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension générale, peut raisonnablement être interprété comme une indication que la défense estimait que l’exposé était satisfaisant et qu’une directive restrictive ne servirait pas l’intérêt de son client. En effet, le dossier en l’espèce appuie fortement la conclusion portant que, selon toute vraisemblance, le silence de l’avocat de la défense à ce propos n’était pas le fruit du hasard : il s’agissait plutôt d’une décision stratégique prise de propos délibéré.

C. *Indices de l’existence d’une décision stratégique*

[42] Les éléments de preuve relatifs à la conduite déshonorante extrinsèque de M. Calnen étaient pertinents et admissibles. Si la défense avait réclamé une directive restrictive, celle-ci aurait comporté trois éléments principaux : *R. c. T. (J.A.)*, 2012 ONCA 177, 288 C.C.C. (3d) 1, par. 53. Premièrement, elle aurait énoncé les éléments de preuve de conduite déshonorante extrinsèque. Deuxièmement, elle aurait expliqué en quoi consistait l’utilisation *interdite* de ces éléments de preuve, en l’occurrence, le fait de tirer une inférence à partir d’un raisonnement fondé sur la propension générale. Troisièmement — et cela est important —, elle aurait également précisé les utilisations *permises* de ces éléments de preuve, ce qui, en l’espèce, aurait englobé la possibilité d’évaluer la crédibilité de M. Calnen et, par extension, de décider si l’on pouvait ajouter foi à sa déclaration faite à la police ainsi qu’à sa reconstitution des faits.

[43] Comme je vais l’expliquer plus en détail, compte tenu de la thèse de chacune des parties et de leur utilisation respective de la preuve, toute directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension générale aurait fort bien pu jouer contre M. Calnen. Cette considération milite fortement contre la conclusion que l’exposé au jury était insuffisant.

(1) The Parties' Theories

[44] A proper understanding of the respective theories of the defence and the Crown is crucial to determining whether the defence likely made a tactical decision not to request a limiting instruction. Where, as here, the issue is whether the trial judge committed reversible error in not providing a limiting instruction against general propensity reasoning, two principles come to the fore. First, the Crown is not entitled to “ease its burden” by stigmatizing the accused: *R. v. Handy*, 2002 SCC 56, [2002] 2 S.C.R. 908, at para. 72. Thus, the Crown’s reliance on general propensity reasoning would be an important factor on appeal: see, e.g., *R. v. Mariani*, 2007 ONCA 329, 220 C.C.C. (3d) 74, at para. 85. Second, the court should consider whether the accused attempted to benefit from the discreditable conduct evidence by weaving it prominently into the defence theory: see, e.g., *R. v. Smith*, 2007 ABCA 237, 225 C.C.C. (3d) 278, at para. 27.

(a) *Crown’s Theory*

[45] The Crown’s theory was as follows. Mr. Calnen and Ms. Jordan were in a serious relationship which came to a sudden and violent end when Ms. Jordan announced she was finally leaving him and tried to steal his valuables. In a state of rage, Mr. Calnen killed her. At first, he tried to make it seem as though she had simply run off. The police then launched a homicide investigation, thereby raising the stakes. Mr. Calnen then made a calculated decision to burn Ms. Jordan’s body, thereby destroying the only evidence capable of establishing the cause of her death. Mr. Calnen’s story about how Ms. Jordan died in an accident after falling down the stairs was, according to the Crown, incredible. Mr. Calnen lied to the police and Ms. Jordan’s friends and family in the wake of her disappearance, disclaiming any knowledge of her whereabouts. He buttressed his story by sending a misleading text message to Mr. Weeks from her cellphone. He also

(1) Thèse des parties

[44] Il est essentiel de bien comprendre la thèse de la défense et celle de la Couronne pour juger si la défense a vraisemblablement pris la décision stratégique de ne pas réclamer de directive restrictive. Lorsque, comme en l’espèce, il s’agit de savoir si le juge du procès a commis une erreur justifiant l’infirmité de sa décision en ne donnant pas de directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension générale, il y a deux principes qui jouent un rôle essentiel. Tout d’abord, la Couronne n’est pas habilitée à « alléger la charge qui lui incombe » en stigmatisant l’accusé : *R. c. Handy*, 2002 CSC 56, [2002] 2. R.C.S. 908, par. 72. Par conséquent, le fait pour la Couronne d’invoquer le raisonnement fondé sur la propension générale constituerait un facteur important en appel : voir, p. ex., *R. c. Mariani*, 2007 ONCA 329, 220 C.C.C. (3d) 74, par. 85. En second lieu, le tribunal devrait vérifier si l’accusé a cherché à tirer profit des éléments de preuve concernant sa conduite déshonorable en l’intégrant manifestement à sa thèse : voir, p. ex., *R. c. Smith*, 2007 ABCA 237, 225 C.C.C. (3d) 278, par. 27.

a) *Thèse de la Couronne*

[45] La thèse de la Couronne est la suivante. Monsieur Calnen et M^{me} Jordan entretenaient une relation sérieuse qui a pris fin de façon abrupte et violente lorsque M^{me} Jordan a annoncé à M. Calnen qu’elle le quittait finalement et qu’elle a tenté de lui dérober des objets de valeur. Dans un accès de colère, M. Calnen l’a tuée. Il a d’abord essayé de faire croire qu’elle avait simplement pris la fuite. La police a alors ouvert une enquête pour homicide, faisant ainsi monter les enjeux. Monsieur Calnen a alors pris la décision calculée de brûler le cadavre de M^{me} Jordan, détruisant ainsi la seule preuve susceptible d’établir la cause de son décès. La version des faits donnée par M. Calnen quant au décès accidentel de M^{me} Jordan à la suite de sa chute dans l’escalier n’était pas crédible, selon la Couronne. Monsieur Calnen a menti à la police, de même qu’aux amis et à la famille de M^{me} Jordan à la suite de la disparition de cette dernière, prétendant qu’il ignorait où elle se trouvait. Il a tenté d’étayer

minimized the significance of his relationship with Ms. Jordan.

(b) *Defence Theory*

[46] The defence theory was that Mr. Calnen's account of Ms. Jordan's accidental fall down the stairs should be believed. Mr. Calnen's defence of accident hinged on the truthfulness of his police statement and videotaped re-enactment. The defence highlighted the physical evidence tending to corroborate Mr. Calnen's narrative, including the steps he took to burn Ms. Jordan's body. The crucial question for the jury was his motivation for doing so.

[47] Mr. Calnen was, in the defence's submission, in an open relationship with Ms. Jordan. He was neither jealous nor possessive. Ms. Jordan was angry, verbally abusive and harboured animosity against Mr. Calnen. Mr. Calnen, by contrast, was more sad than angry at her wanting to leave him. She chased him around the house, threw a bottle of pop at him, then took a swing at him that caused her to lose her balance and fall down the stairs. High on crack cocaine, Mr. Calnen made the initial mistake of moving her body, setting in motion a chain of events in which he took increasingly desperate measures to cover up her death. Mr. Calnen initially misled Ms. Jordan's mother and the authorities because he did not trust that anyone would believe it was an accident. Each subsequent step was fueled by further crack cocaine consumption and growing panic at failed attempts to conceal and then destroy her body.

(2) The Parties' Treatment of the Evidence

[48] As indicated, the defence attempted to bolster Mr. Calnen's police statement and re-enactment

sa version des faits en envoyant un message texte trompeur à M. Weeks à partir du téléphone cellulaire de M^{me} Jordan. Il a également minimisé l'importance de sa relation avec M^{me} Jordan.

b) *Thèse de la défense*

[46] La thèse de la défense est que le récit de M. Calnen quant à la chute accidentelle de M^{me} Jordan dans l'escalier est digne de foi. La défense d'accident invoquée par M. Calnen dépend de la véracité de sa déclaration à la police et de sa reconstitution des faits enregistrée sur bande vidéo. La défense a mis en lumière de la preuve matérielle tendant à corroborer la version des faits de M. Calnen, notamment les mesures qu'il a prises pour brûler le cadavre de M^{me} Jordan. La question cruciale sur laquelle le jury devait s'attarder était celle de savoir ce qui avait motivé M. Calnen à agir ainsi.

[47] Selon la défense, M. Calnen entretenait une relation ouverte avec M^{me} Jordan. Il n'était ni jaloux ni possessif. Madame Jordan était en colère, elle s'était montrée violente verbalement et avait manifesté de l'animosité envers lui. En revanche, M. Calnen était davantage triste que furieux d'apprendre qu'elle voulait le quitter. Elle l'a pourchassé dans la maison, a lancé une bouteille de boisson gazeuse dans sa direction, puis a essayé de le frapper et, dans son élan, elle a perdu l'équilibre et est tombée dans l'escalier. Sous l'effet du crack qu'il avait consommé, M. Calnen a dès le départ commis l'erreur de déplacer le corps, déclenchant ainsi une série d'événements au cours desquels il a pris des mesures de plus en plus désespérées pour camoufler le décès de M^{me} Jordan. Il a d'abord menti à la mère de M^{me} Jordan et aux autorités parce qu'il pensait que personne ne croirait à la thèse de l'accident. Chacune des mesures suivantes était alimentée par d'autres consommations de crack et par sa panique croissante devant ses tentatives infructueuses pour dissimuler puis détruire le corps de la victime.

(2) Utilisation de la preuve par les parties

[48] Comme je l'ai déjà expliqué, la défense a essayé d'étayer la déclaration de M. Calnen à la

by marshalling the discreditable conduct evidence in his favour. Mr. Calnen's crack cocaine use explained his irrational decisions to move and then burn Ms. Jordan's body. His open and sexually adventurous relationship with Ms. Jordan demonstrated his lack of possessiveness or jealousy, despite her decision to leave him. The physical evidence of burning Ms. Jordan's body corroborated what he described to the police in his statement and re-enactment.

[49] The Crown, for its part, emphasized the very narrow relevance of Mr. Calnen's attempts to burn Ms. Jordan's body and the circumstantial evidence which pointed to a tumultuous breakup.

(a) *Burning of Ms. Jordan's Body*

[50] There is no indication in the record of a defence application to sever the charge of interference with human remains from the indictment to facilitate Mr. Calnen's guilty plea. Hence, it would appear the defence decided, as a strategic matter, that the jury *should* learn that Mr. Calnen took responsibility for burning Ms. Jordan's body.

[51] Mr. Calnen's defence of accident depended on the truthfulness of his exculpatory statement. The defence submitted that Mr. Calnen's willingness to take responsibility for his actions made that statement more believable. The defence knew that the Crown was relying on the burning of Ms. Jordan's body, along with evidence of Mr. Calnen's animosity towards her, as the crux of its case. The defence methodically highlighted the physical evidence, including the steps Mr. Calnen took to burn Ms. Jordan's body, to corroborate his narrative.

[52] The Crown, for its part, did not invite the jury to engage in propensity reasoning based on

police et sa reconstitution des faits en organisant les éléments de preuve de conduite déshonorante de façon à aider M. Calnen. La consommation de crack par ce dernier explique ses décisions irrationnelles de déplacer et, ensuite, de brûler le cadavre de M^{me} Jordan. Sa relation ouverte et sexuellement audacieuse avec M^{me} Jordan démontrait qu'il n'était ni possessif ni jaloux en dépit de la décision de M^{me} Jordan de le quitter. La preuve matérielle tendant à démontrer qu'il avait brûlé le cadavre de M^{me} Jordan corrobore les explications qu'il a données à la police dans sa déclaration et sa reconstitution des faits.

[49] La Couronne a, pour sa part, insisté sur la pertinence limitée des tentatives faites par M. Calnen pour brûler le cadavre de M^{me} Jordan et sur les éléments de preuve circonstancielle indiquant une rupture tumultueuse.

a) *Cadavre de M^{me} Jordan brûlé par M. Calnen*

[50] Rien dans le dossier ne laisse entendre que la défense a présenté de demande pour dissocier l'accusation d'indécence envers des restes humains de l'acte d'accusation afin de faciliter le plaidoyer de culpabilité de M. Calnen. Il semblerait donc que la défense ait décidé, pour des raisons stratégiques, que les jurés *devaient* être mis au courant que M. Calnen assumait la responsabilité d'avoir brûlé le cadavre de M^{me} Jordan.

[51] La défense d'accident de M. Calnen dépendait de la véracité de sa déclaration disculpatoire. La défense a fait valoir que la volonté de M. Calnen d'assumer la responsabilité de ses actes ajoutait à la crédibilité de cette déclaration. La défense savait que la thèse de la Couronne reposait essentiellement sur le fait que M. Calnen avait brûlé le cadavre de M^{me} Jordan, et sur des éléments de preuve tendant à démontrer son animosité envers elle. La défense a méthodiquement mis en évidence les éléments de preuve matérielle, y compris les mesures prises par M. Calnen pour brûler le cadavre de M^{me} Jordan, afin de corroborer sa version des faits.

[52] Pour sa part, la Couronne n'a pas invité le jury à se livrer à un raisonnement fondé sur la

Mr. Calnen’s guilty plea. To the contrary, Crown counsel exhorted the jury to keep the guilty plea separate and not to use it in respect of the murder charge, stressing that “it’s important that you don’t take the fact that he pled guilty to one charge and apply it to this [murder charge]. He remains innocent of this charge till we fully prove he’s guilty of it”: A.R., vol. III, at p. 2191.

[53] The chain of inferences that the Crown urged upon the jury was straightforward: Mr. Calnen took a series of calculated and extreme risks to obliterate any evidence of how Ms. Jordan died, and he did so because her cause of death would have revealed that he murdered her.

(b) *Use of Crack Cocaine*

[54] The Crown’s theory hinged on the notion that Mr. Calnen was calculating and rational, calmly weighing the risks of each attempt to conceal and destroy evidence. The Crown minimized Mr. Calnen’s drug use, relying on Mr. Weeks’s observation that Mr. Calnen handled the effects of crack cocaine well.

[55] By contrast, the defence sought to paint Mr. Calnen as a heavy crack cocaine user incapable of making rational decisions.

[56] In sum, the defence looked to amplify the significance of his drug use, while the Crown argued it was immaterial.

(c) *Open Relationship and Ms. Jordan’s Sex Work*

[57] The Crown sought to show that Mr. Calnen cared deeply about Ms. Jordan and could not stand the thought of her leaving him. The Crown submitted that Mr. Calnen’s statement to police that he was not in a real relationship with Ms. Jordan — “the sex is good” and “she’s only a hooker” — was an insincere

propension en s’appuyant sur le plaidoyer de culpabilité de M. Calnen. Au contraire, le procureur de la Couronne a exhorté le jury à faire abstraction du plaidoyer de culpabilité et à ne pas en tenir compte relativement à l’accusation de meurtre, soulignant qu’[TRADUCTION] « il est important que vous ne vous serviez pas du fait qu’il a plaidé coupable à un chef d’accusation pour l’appliquer à la présente [accusation de meurtre]. Il demeure innocent de cette accusation tant que nous n’avons pas complètement prouvé qu’il en est coupable » : d.a., vol. III, p. 2191.

[53] La série d’inférences que la Couronne a exhorté le jury à tirer est simple : M. Calnen a pris une série de risques extrêmes et calculés pour éliminer toute preuve permettant de savoir comment M^{me} Jordan était décédée et il a agi de la sorte parce que la cause du décès aurait révélé qu’il l’avait assassinée.

b) *Consommation de crack*

[54] La thèse de la Couronne repose sur l’idée que M. Calnen a agi de façon calculée et rationnelle, soupesant froidement les risques de chacune de ses tentatives de dissimulation et de destruction des éléments de preuve. La Couronne a minimisé la consommation de drogues de M. Calnen, invoquant l’observation de M. Weeks selon laquelle M. Calnen gérait bien les effets du crack.

[55] En revanche, la défense a tenté de dépeindre M. Calnen comme un grand consommateur de crack incapable de prendre des décisions rationnelles.

[56] En somme, la défense a cherché à amplifier sa consommation de drogues, alors que la Couronne a affirmé qu’elle était sans importance.

c) *Relation ouverte et travail sexuel de M^{me} Jordan*

[57] La Couronne a tenté de prouver que M. Calnen était très attaché à M^{me} Jordan et qu’il ne pouvait supporter l’idée qu’elle le quitte. La Couronne a fait valoir que la déclaration que M. Calnen avait faite à la police suivant laquelle lui et M^{me} Jordan n’entretenaient pas vraiment une relation — [TRADUCTION]

attempt to distance himself from her disappearance: A.R., vol. III, at p. 2220.

[58] By contrast, the defence argued that Mr. Calnen and Ms. Jordan had an open and sexually adventurous relationship, incompatible with feelings of possessiveness, jealousy and animosity. The defence emphasized the unconventional nature of the relationship, whereas the Crown downplayed that evidence.

(d) *Ms. Jordan's "He Put His Hands on Me" Text*

[59] As indicated, Ms. Jordan sent a text message to Mr. Weeks which said that Mr. Calnen "put his hands on [her]." There was no suggestion at trial, however, that she had disclosed any abuse to her mother or her other friends. To the contrary, her mother held Mr. Calnen in high esteem, perceiving him to be "a stable man" and "a good influence": A.R., vol. III, at p. 1327. Mr. Calnen and Ms. Jordan would often stay over at her parents' home. The trial judge gave mid-trial and final limiting instructions, asking the jury to consider whether Mr. Weeks misinterpreted Ms. Jordan's hearsay text messages.

[60] In its final address, the Crown made no reference to the "[h]e put his hands on me" text and did not argue from propensity. The defence argued that Ms. Jordan emotionally manipulated Mr. Weeks with the "[h]e put his hands on me" text so that he would help her to steal Mr. Calnen's property and move out of his basement. This was a major theme of Mr. Weeks' cross-examination. According to Mr. Weeks, in his visits to their home, he had never witnessed violence or jealousy between Mr. Calnen and Ms. Jordan.

« le sexe est bon » et « ce n'est qu'une prostituée » — était une tentative peu sincère de prendre ses distances par rapport à sa disparition : d.a., vol. III, p. 2220.

[58] En revanche, selon la défense, M. Calnen et M^{me} Jordan avaient une relation ouverte et sexuellement audacieuse incompatible avec tout sentiment de possessivité, de jalousie ou d'animosité. La défense a insisté sur le caractère non conventionnel de leur relation, tandis que la Couronne a minimisé ces éléments de preuve.

d) *Message texte de M^{me} Jordan : « il m'a pognée »*

[59] Comme je l'ai déjà expliqué, M^{me} Jordan a envoyé à M. Weeks un message texte dans lequel elle lui racontait que M. Calnen l'avait [TRADUCTION] « pognée ». Toutefois, nul n'a donné à penser, pendant le procès, qu'elle avait révélé quelque acte de violence que ce soit à sa mère ou d'autres amis. Au contraire, sa mère tenait M. Calnen en haute estime, le percevant comme [TRADUCTION] « un homme stable », qui avait « une bonne influence » : d.a., vol. III, p. 1327. Monsieur Calnen et M^{me} Jordan passaient souvent la nuit chez les parents de cette dernière. Le juge du procès a, tant au cours du procès que dans ses directives finales, donné des directives restrictives dans lesquelles il invitait les jurés à se demander si M. Weeks avait mal interprété les messages textes de M^{me} Jordan, lesquels constituaient du oui-dire.

[60] Dans sa plaidoirie finale, la Couronne n'a fait aucune allusion au message texte dans lequel M^{me} Jordan racontait que M. Calnen l'avait [TRADUCTION] « pognée » et n'a pas présenté d'argument fondé sur la propension. La défense a soutenu que M^{me} Jordan avait manipulé les émotions de M. Weeks avec ce message texte pour qu'il l'aide à dérober des biens à M. Calnen et à déménager de son sous-sol. Ce point était très important dans le contre-interrogatoire de M. Weeks. Selon M. Weeks, lors de ses visites à leur domicile, il n'avait jamais été témoin de scènes de violence ou de jalousie entre M. Calnen et M^{me} Jordan.

(3) Tactical Considerations

[61] In light of the parties' treatment of the evidence, there are two aspects to the tactical bargain that the defence appears to have made.

[62] First, the defence used the discreditable conduct evidence — Mr. Calnen's crack cocaine use, the nature of his open relationship with Ms. Jordan, and the corroborative physical evidence that he burned Ms. Jordan's body — to bolster the truthfulness of Mr. Calnen's exculpatory statement and re-enactment: see, e.g., *Smith*, at paras. 27-29.

[63] Second, the defence would have realized that a limiting instruction against general propensity reasoning risked highlighting the negative impact of Mr. Calnen's discreditable conduct on his credibility. It was within the ambit of defence counsel's tactical discretion to attempt to avoid such an instruction with a view to bolstering Mr. Calnen's narrative. The absence of the proposed limiting instruction meant, in effect, that the jury was not informed, anywhere in the charge, that Mr. Calnen's discreditable conduct could be used to undermine his credibility and, by extension, the trustworthiness of his exculpatory statement and re-enactment, notwithstanding the fact that, as I will explain, it would have been open to the jury to use the evidence for these purposes.

[64] As the majority of the Court of Appeal noted, the evidence of Mr. Calnen's after-the-fact conduct was admissible on the question of his credibility. Evidence of extrinsic discreditable conduct that is otherwise relevant and admissible with respect to an issue in the case may be used to assess the accused's overall credibility. In *R. v. G. (S.G.)*, [1997] 2 S.C.R. 716, at para. 70, Cory J. laid to rest any doubt about this common sense proposition:

To require a jury to compartmentalize its thinking even further than this would be artificial and unnecessarily

(3) Considérations stratégiques

[61] Compte tenu de l'utilisation de la preuve par les parties, il y a deux considérations qui ont joué dans le pari que semble avoir pris la défense.

[62] Premièrement, la défense a utilisé la preuve de conduite déshonorante — la consommation de crack par M. Calnen, la nature de sa relation ouverte avec M^{me} Jordan et les éléments de preuve matérielle corroborant le fait qu'il avait brûlé le cadavre de M^{me} Jordan — pour renforcer la véracité de sa déclaration disculpatoire et de sa reconstitution : voir, p. ex., *Smith*, par. 27-29.

[63] Deuxièmement, la défense aurait su qu'une directive restrictive interdisant le raisonnement fondé sur la propension générale risquait de mettre en évidence les conséquences négatives de la conduite déshonorante de M. Calnen sur sa crédibilité. Il était loisible à l'avocat de la défense, dans le cadre des décisions stratégiques qu'il pouvait prendre, de tenter d'éviter que le juge donne une telle directive, afin de renforcer la version des faits de M. Calnen. L'absence de la directive restrictive proposée signifiait, en fait, que l'exposé n'indiquait aucunement au jury que la conduite déshonorante de M. Calnen pouvait être utilisée pour miner sa crédibilité et, par extension, pour attaquer la véracité de sa déclaration disculpatoire et de sa reconstitution des faits, et ce, malgré le fait, comme je vais l'expliquer, qu'il aurait été loisible au jury d'utiliser à ces fins les éléments de preuve en question.

[64] Comme les juges majoritaires de la Cour d'appel l'ont souligné, les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait de M. Calnen étaient admissibles quant à la question de sa crédibilité. Les éléments de preuve de la conduite déshonorante extrinsèque qui sont par ailleurs pertinents et admissibles relativement à une question en litige peuvent être utilisés pour évaluer la crédibilité générale de l'accusé. Dans l'arrêt *R. c. G. (S.G.)*, [1997] 2 R.C.S. 716, par. 70, le juge Cory a dissipé tout doute quant à cette proposition sensée :

Il serait artificiel et inutilement compliqué d'exiger des membres d'un jury qu'ils compartimentent davantage

convoluted. It is a matter of common sense that evidence of bad character may reflect badly on the accused's credibility, and that the jury can use it as a factor in determining if the accused is likely to be telling the truth. This is not the same thing as suggesting that the accused is guilty because she is a bad person, or may have a disposition to commit the type of crime for which she is charged.

(See also *R. v. Sheriffe*, 2015 ONCA 880, 333 C.C.C. (3d) 330, at para. 70.)¹

[65] This general principle holds true of discreditable conduct that occurred after the fact: *Jaw*, at para. 39. Had the trial judge given the limiting instruction that my colleague now says was essential, the charge would necessarily have included a damaging instruction on Mr. Calnen's credibility flowing from the discreditable conduct evidence. This, in turn, could well have shaken the foundation of his defence, which hinged on the jury's assessment of the truthfulness of his statement to the police and the videotaped re-enactment. In this regard, while my colleague takes the view that such an instruction would have been discretionary, I respectfully disagree. I say this because Crown counsel would unquestionably have insisted on such an instruction so as to level the playing field.

[66] Relatedly, my colleague emphasizes that Crown counsel could have requested such an instruction on credibility at any time and clearly chose not to do so: see Martin J.'s reasons, at para. 209. However, the reality is that while Crown counsel evidently considered the charge given by the trial judge to be fair and balanced, there is no reason to assume Crown counsel would have felt the same way had the charge included a limiting instruction against general propensity reasoning. Had such a limiting instruction been added to the charge, the natural consequence

¹ I note that the accused in *G. (S.G.)* testified. However, nothing in Cory J.'s reasons limits the principles he articulated to an accused's in-court testimony, as opposed to an out-of-court statement and videotaped re-enactment of the kind at issue here. Nor do I see any reason to distinguish *G. (S.G.)* on that basis: see, e.g., *R. v. Malik*, 2005 CanLII 15453, at paras. 7-11.

leur pensée. Cela va de soi que la preuve de mauvaise moralité peut nuire à la crédibilité de l'accusé et que le jury peut l'utiliser comme facteur pour déterminer si l'accusé est susceptible de dire la vérité. Ce n'est pas la même chose que de supposer que l'accusé est coupable parce qu'il est une mauvaise personne ou peut avoir une propension à commettre le genre de crime qui lui est reproché.

(Voir également *R. c. Sheriffe*, 2015 ONCA 880, 333 C.C.C. (3d) 330, par. 70.)¹

[65] Ce principe général vaut aussi pour la conduite déshonorante après le fait : *Jaw*, par. 39. Si le juge du procès avait donné la directive restrictive que ma collègue qualifie d'essentielle, l'exposé au jury aurait nécessairement compris une directive qui aurait nui à la crédibilité de M. Calnen en raison de la preuve de sa conduite déshonorante, ce qui aurait pu ébranler le fondement de sa défense, qui dépendait de l'appréciation par le jury de la véracité de sa déclaration à la police et de sa reconstitution des faits enregistrée sur bande vidéo. À cet égard, même si ma collègue est d'avis qu'une telle directive aurait été discrétionnaire, je ne partage pas son opinion, parce que j'estime que le procureur de la Couronne aurait sans aucun doute insisté pour qu'une directive de la sorte soit donnée de manière à égaliser les chances de part et d'autre.

[66] Dans le même ordre d'idées, ma collègue souligne que le procureur de la Couronne aurait pu demander en tout temps une telle directive sur la crédibilité et qu'il a manifestement décidé de ne pas le faire : voir motifs de la juge Martin, par. 209. Toutefois, même si le procureur de la Couronne a de toute évidence jugé juste et équilibré l'exposé du juge du procès, il n'en demeure pas moins que rien ne permet de présumer qu'il aurait eu la même opinion si l'exposé avait compris une directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la

¹ Je constate que, dans l'affaire *G. (S.G.)*, l'accusée avait témoigné. Toutefois, rien dans les motifs du juge Cory ne limite les principes qu'il a énoncés au témoignage donné par un accusé devant le tribunal, par opposition à une déclaration extrajudiciaire et à une reconstitution enregistrée sur bande vidéo comme celle qui nous intéresse en l'espèce. Par ailleurs, je ne vois aucune raison d'établir sur ce fondement une distinction entre la présente affaire et celle dans *G. (S.G.)* : voir, p. ex., *R. c. Malik*, 2005 CanLII 15453, par. 7-11.

would have been Crown counsel's legitimate insistence on an instruction on credibility, which would have gone hand in hand with the limiting instruction against general propensity reasoning. In the absence of the latter instruction, it is not at all surprising that the Crown saw no need to insist on the former.

(4) Conclusion on the Indicia of a Tactical Decision

[67] In light of all the circumstances, including defence counsel's failure to ask the trial judge for a limiting instruction and the absence of any suggestion that defence counsel was ineffective, much less incompetent, the record strongly supports the conclusion that defence counsel made a tactical decision to avoid highlighting the discreditable conduct evidence. This weighs heavily against finding that the jury charge was inadequate: see, e.g., *R. v. Bukmeier* (1998), 103 B.C.A.C. 303, at para. 37; *R. v. F. (J.)*, 2011 ONCA 220, 105 O.R. (3d) 161, at paras. 57-59, aff'd on other grounds, 2013 SCC 12, [2013] 1 S.C.R. 565. Moreover, it is not for this Court to pass judgment on the merits of defence counsel's tactical decision, particularly in the absence of an allegation by Mr. Calnen that his trial counsel failed to assist him effectively: *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520, at paras. 33-35.

III. Summary and Conclusion

[68] At trial, as I have explained, Mr. Calnen did not seek a limiting instruction against general propensity reasoning. Rather, he adopted a strategy of using the discreditable conduct to bolster the credibility of his statement and re-enactment, upon which his defence of accidental death rested. That the defence adopted a deliberate strategy to use the discreditable conduct evidence to its own advantage is an important factor that distinguishes this case

propension générale. Si une telle directive avait été incorporée à l'exposé, il va de soi que le procureur de la Couronne aurait insisté auprès du juge pour qu'il donne également une directive sur la crédibilité, qui aurait été indissociable de la directive restrictive relative au raisonnement fondé sur la propension générale. En l'absence de cette dernière directive, il n'est pas surprenant que la Couronne n'ait pas vu la nécessité d'insister auprès du juge pour qu'il donne la première.

(4) Conclusion sur les indices de l'existence d'une décision stratégique

[67] Vu l'ensemble des circonstances de l'espèce, y compris le fait que l'avocat de la défense n'a pas demandé au juge du procès de donner une directive restrictive, et compte tenu de l'absence de toute suggestion que l'avocat de la défense était inefficace, et encore moins incompetent, le dossier appuie fortement la conclusion selon laquelle l'avocat de la défense a décidé, pour des raisons stratégiques, d'éviter de mettre en évidence les éléments de preuve relatifs à la conduite déshonorante de l'accusé, ce qui milite fortement contre la conclusion portant que l'exposé au jury était insuffisant : voir, p. ex., *R. c. Bukmeier* (1998), 103 B.C.A.C. 303, par. 37; *R. c. F. (J.)*, 2011 ONCA 220, 105 O.R. (3d) 161, par. 57-59, conf. pour d'autres motifs par 2013 CSC 12, [2013] 1 R.C.S. 565. De plus, il n'appartient pas à notre Cour de se prononcer sur le bien-fondé de la décision stratégique de l'avocat de la défense, d'autant plus que M. Calnen ne prétend pas que l'avocat qui le représentait au procès ne l'a pas bien défendu : *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520, par. 33-35.

III. Résumé et conclusion

[68] Comme je l'ai expliqué, M. Calnen n'a pas demandé, au procès, de directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension générale. Il a plutôt adopté la stratégie consistant à utiliser sa conduite déshonorante pour renforcer la crédibilité de sa déclaration et de sa reconstitution des faits, lesquelles constituaient le fondement de sa défense de mort accidentelle. Le fait que la défense a délibérément adopté comme stratégie d'utiliser à

from others where the discreditable conduct evidence plays no part in the defence theory and is little more than a breeding ground for the moral and reasoning prejudice about which my colleague expresses concern. Given the strategy adopted by the defence, a limiting instruction against general propensity reasoning would have risked highlighting the negative impact of Mr. Calnen's discreditable conduct on his credibility and thereby unravelling his defence — a risk which the defence chose not to take.

[69] Despite my colleague's rejection of that thesis, respectfully, I see no other reasonable explanation for defence counsel's failure to seek the kind of limiting instruction which my colleague now says was both obvious and crucial — and indeed fatal to sustaining Mr. Calnen's conviction for second degree murder.

[70] This Court has stated that the principle of finality is “essential to the integrity of the criminal process”: *G.D.B.*, at para. 19, citing *R. v. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402 (Ont. C.A.), at p. 411, per Doherty J.A.; *R. v. St-Cloud*, 2015 SCC 27, [2015] 2 S.C.R. 328, at para. 130. It has also stated, as my colleague rightly points out, that the due diligence criterion for the admission of fresh evidence on appeal, which exists to ensure finality, “must yield where its rigid application might lead to a miscarriage of justice”: *G.D.B.*, at para. 19. But here, in my respectful view, there is simply no basis on which to conclude that the application of the finality principle might lead to a miscarriage of justice. As I see it, the defence made a legitimate tactical decision at trial and lost. With respect, it must live with the consequences of that decision. Mr. Calnen had a fair trial. The jury instructions, which both Crown and defence counsel evidently considered to be fair and balanced, properly equipped the jury to decide the case before it and, in particular, adequately guarded against the risk of general propensity reasoning. That they could have been more fulsome is not the

son propre avantage les éléments de preuve relatifs à la conduite déshonorante de M. Calnen est un facteur important qui distingue la présente espèce d'autres affaires où la preuve relative à la conduite déshonorante ne joue aucun rôle dans la thèse de la défense et n'est guère plus qu'un terreau fertile pour le préjudice moral et le préjudice par raisonnement au sujet desquels ma collègue a exprimé ses craintes. Compte tenu de la stratégie adoptée par la défense, une directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension générale aurait risqué de mettre en évidence les conséquences négatives de la conduite déshonorante de M. Calnen sur la crédibilité de ce dernier, faisant ainsi voler en éclats sa défense, un risque que la défense a préféré ne pas courir.

[69] Malgré le rejet de cette thèse par ma collègue, je ne vois, en toute déférence, aucune autre explication raisonnable au fait que l'avocat de la défense n'a pas réclamé le genre de directive restrictive qui, selon ma collègue, était à la fois évidente, essentielle et, qui plus est, nécessaire pour que M. Calnen soit déclaré coupable de meurtre au deuxième degré.

[70] Notre Cour a déclaré que le principe du caractère définitif des décisions est « essentielle[1] à l'intégrité du processus en matière criminelle » : *G.D.B.*, par. 19, citant *R. c. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402 (C.A. Ont.), p. 411, le juge Doherty; *R. c. St-Cloud*, 2015 CSC 27, [2015] 2 R.C.S. 328, par. 130. Elle a également déclaré, comme ma collègue le souligne avec raison, que le critère de la diligence raisonnable concernant l'admission de nouveaux éléments de preuve en appel, qui vise à faire respecter ce principe du caractère définitif des décisions, « ne doit pas être retenu lorsque son application rigide est susceptible d'entraîner une erreur judiciaire » : *G.D.B.*, par. 19. Mais dans le cas qui nous occupe, il n'y a, à mon humble avis, tout simplement aucune raison de conclure que l'application du principe du caractère définitif des décisions est susceptible d'entraîner une erreur judiciaire. Selon moi, la défense a pris une décision légitime d'ordre stratégique lors du procès et elle a perdu. En toute déférence, elle doit assumer les conséquences de sa décision. Monsieur Calnen a joui d'un procès équitable. Les directives au jury, que le procureur de la Couronne et l'avocat

issue. In the circumstances, I am of the view that the principle of finality must prevail.

[71] For these reasons, I would allow the Crown's appeal and restore Mr. Calnen's conviction for second degree murder.

The following are the reasons delivered by

[72] MARTIN J. (dissenting in part) — This appeal concerns the inferences that can logically — and legally — be supported by certain after-the-fact conduct evidence. Is it open to the jury to infer the requisite intent for second degree murder from the accused's successive steps to reduce a human body to ash? In my view, on these facts, the answer is yes.

I. Facts

[73] Paul Trevor Calnen was charged with second degree murder and indecent interference with human remains in the death of Reita Louise Jordan, his domestic partner. He was tried by a judge and jury. At the outset of the trial, he pled guilty to the interference charge. The jury found him guilty of second degree murder.

[74] Mr. Calnen, then 50, and Ms. Jordan, 35, had been in a relationship for about two years, and they had been living together in Mr. Calnen's home in Hammonds Plains, Nova Scotia. Ms. Jordan was reported missing on March 28, 2013. After her mother and sister contacted the police, the police commenced a missing person investigation. Mr. Calnen was first interviewed on April 5, 2013 and he told the police that he had last seen Ms. Jordan when he left

de la défense ont, de toute évidence, tous les deux jugées justes et équilibrées, ont fait en sorte que les jurés étaient bien outillés pour trancher l'affaire dont ils étaient saisis et, en particulier, qu'ils étaient adéquatement protégés contre les dangers d'un raisonnement fondé sur la propension générale. Le fait que l'exposé aurait pu être plus complet n'est pas la question. Eu égard aux circonstances de l'espèce, j'estime que le principe du caractère définitif des décisions doit avoir préséance.

[71] Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi de la Couronne et de rétablir la déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré prononcée contre M. Calnen.

Version française des motifs rendus par

[72] LA JUGE MARTIN (dissidente en partie) — Le présent pourvoi concerne les inférences que certains éléments de preuve relatifs au comportement après le fait permettent logiquement — et juridiquement — de tirer. Est-il loisible au jury d'inférer que l'accusé avait l'intention requise pour commettre un meurtre au deuxième degré des mesures successives prises par ce dernier en vue de réduire un corps humain en cendres? À mon avis, vu les faits de l'espèce, la réponse à cette question est affirmative.

I. Les faits

[73] Paul Trevor Calnen a été accusé de meurtre au deuxième degré et d'indécence envers des restes humains relativement au décès de sa compagne, Reita Louise Jordan. Il a subi son procès devant juge et jury. À l'ouverture du procès, il a plaidé coupable à l'accusation d'indécence. Le jury l'a reconnu coupable de meurtre au deuxième degré.

[74] Alors âgés respectivement de 50 et de 35 ans, M. Calnen et M^{me} Jordan étaient en couple depuis environ deux ans et vivaient ensemble dans la maison de M. Calnen à Hammonds Plains, en Nouvelle-Écosse. On a signalé la disparition de M^{me} Jordan le 28 mars 2013. Après avoir été contactée par la mère et la sœur de M^{me} Jordan, la police a ouvert une enquête concernant une personne disparue. Monsieur Calnen a été interrogé pour la première fois le 5 avril

their home for work on the morning of March 18, 2013.

[75] With the passage of time, the police found no trace of Ms. Jordan. The missing person investigation became a homicide investigation.

[76] The police suspected Mr. Calnen of murder and he was arrested on June 17, 2013. Near the end of his questioning on June 18, the police brought Ms. Jordan's mother into the interview. She embraced Mr. Calnen and begged for information about her daughter. Mr. Calnen began talking. He described how Ms. Jordan died, and explained what he did with her body both immediately after her death and subsequently. His statement to the police was entirely exculpatory on the second degree murder charge: he claimed that Ms. Jordan's death was an accident, and that it did not involve or result from any force on his part.

[77] In describing the circumstances of her death, Mr. Calnen claimed that Ms. Jordan died on March 18, in his presence, in the home they shared. He explained that when he returned home from work that day, Ms. Jordan had her bags packed at the front door and was leaving. Ms. Jordan asked about his contact with another woman and they argued. Mr. Calnen discovered that she had taken his laptop and his gold ring, and “[t]hat kind of got [him] pissed off”: A.R., vol. II, at p. 695. However, he later claimed to have no knowledge of various texts between Ms. Jordan and a male friend, Mr. Wade Weeks, discussing plans to steal Mr. Calnen's vehicle and other property.

[78] According to Mr. Calnen, Ms. Jordan demanded that he call a taxi for her, and that he give her money. She became physically aggressive and threatened to trash the house. She kicked some

2013; il a déclaré à la police avoir vu M^{me} Jordan pour la dernière fois lorsqu'il avait quitté leur domicile pour aller travailler le matin du 18 mars 2013.

[75] Le temps passait et la police ne trouvait aucune trace de M^{me} Jordan. L'enquête concernant la disparition de M^{me} Jordan est donc devenue une enquête sur un homicide.

[76] Soupçonnant M. Calnen de meurtre, la police l'a arrêté le 17 juin 2013. Vers la fin de son interrogatoire, le 18 juin, les policiers ont fait entrer la mère de M^{me} Jordan dans la pièce où se déroulait l'interrogatoire. Elle a pris M. Calnen dans ses bras et l'a supplié de lui donner des renseignements sur sa fille. Monsieur Calnen s'est mis à parler. Il a raconté de quelle manière M^{me} Jordan était morte, et a expliqué ce qu'il avait fait de son corps juste après son décès et dans les jours qui ont suivi. Sa déclaration à la police était entièrement disculpatoire en ce qui a trait à l'accusation de meurtre au deuxième degré : il prétendait que la mort de M^{me} Jordan était accidentelle et qu'il n'avait employé aucune force ayant mené ou contribué à la mort.

[77] Relatant les circonstances entourant la mort de M^{me} Jordan, M. Calnen a affirmé que cette dernière était décédée le 18 mars, en sa présence, dans la maison où ils vivaient ensemble. Il a expliqué que, lorsqu'il est rentré chez lui après le travail ce jour-là, M^{me} Jordan avait fait ses valises et les avait déposées devant la porte d'entrée et qu'elle s'apprêtait à partir. Madame Jordan lui avait posé des questions sur ses contacts avec une autre femme et ils se sont disputés. Monsieur Calnen s'était rendu compte qu'elle lui avait pris son ordinateur portable et sa bague en or, et [TRADUCTION] « ça [l'avait] comme vraiment frustré » : d.a., vol. II, p. 695. Toutefois, il a par la suite affirmé ne pas avoir été au courant des divers messages textes que M^{me} Jordan avait échangés avec un de ses amis, M. Wade Weeks, et dans lesquels ils avaient projeté de voler le véhicule de M. Calnen et d'autres biens.

[78] Aux dires de M. Calnen, M^{me} Jordan avait exigé qu'il lui appelle un taxi et qu'il lui donne de l'argent. Elle était devenue physiquement agressive et avait menacé de saccager la maison. Elle avait

furniture and threw a bottle of pop at him, which he avoided.

[79] Mr. Calnen told the police that he then moved to the front door, and Ms. Jordan followed. With her back to the stairs, she attempted to punch him. He ducked, and the momentum of her swing caused her to fall down the stairs. He tried to resuscitate her, to no avail. He thought she must have hit her head and said that no blood came from her head. Mr. Calnen also conducted a re-enactment for the police on June 18 concerning what he said occurred at the home.

[80] Mr. Calnen said that he panicked. He had used crack cocaine on the way home, and he used it again after Ms. Jordan died. He moved her body from the bottom of the stairs to the top of the stairs. He claimed that he wrapped her body in a blanket and put her body and her belongings in his truck. He drove around for a while, first into town and then to Peggy's Cove, and then he eventually hid her body near a logging road in the woods close to Ingramport. He went through her bags to make sure she did not have anything else of his. Then, either at that time or the next day, he burned her belongings, including her cell phone, about a thousand feet away from the body on the same logging road.

[81] After work the next day, he went back to the same woods near Ingramport. When he saw that Ms. Jordan's elbow was visible from the logging road, he dragged her further into the woods and covered her body with spruce boughs. He took the metal items that would not burn, like her earrings, perfume bottle, and cell phone parts, and "tossed it wherever" further into the woods: A.R., vol. II, at p. 717.

[82] On April 11, the police told Mr. Calnen that the missing person inquiry had become a homicide investigation. Mr. Calnen said that on April 12, he purchased drugs, retrieved Ms. Jordan's body from

donné des coups de pied dans des meubles et lui avait lancé une bouteille de boisson gazeuse qu'il a évitée.

[79] Monsieur Calnen a raconté à la police qu'il s'était ensuite dirigé vers la porte d'entrée et que M^{me} Jordan l'avait suivi. Alors qu'elle tournait le dos à l'escalier, M^{me} Jordan avait essayé de lui assener un coup de poing. Il avait esquivé le coup et, dans son élan, elle était tombée dans l'escalier. Il avait tenté en vain de la réanimer. Selon lui, elle avait dû se heurter la tête, et il a affirmé ne pas avoir vu de sang s'écouler de la tête. De plus, le 18 juin, il a reconstitué pour les policiers la scène qui, selon ses dires, s'était déroulée dans le domicile.

[80] Monsieur Calnen a dit avoir paniqué. Il avait consommé du crack en rentrant à la maison, et il en avait consommé de nouveau après le décès de M^{me} Jordan. Il avait hissé le corps jusqu'en haut de l'escalier. Il a expliqué qu'il avait alors enveloppé le corps de M^{me} Jordan dans une couverture et qu'il l'avait déposé avec ses effets personnels dans son camion. Il avait roulé pendant un certain temps, d'abord en ville, puis jusqu'à Peggy's Cove, et il avait finalement caché le corps près d'un chemin forestier dans un bois situé près d'Ingramport. Il avait fouillé les sacs de M^{me} Jordan pour s'assurer qu'ils ne contenaient rien d'autre lui appartenant. Ensuite, le jour même ou le lendemain, il avait brûlé les effets personnels de M^{me} Jordan, y compris son téléphone portable, à environ mille pieds du corps, sur le même chemin forestier.

[81] Le lendemain, après le travail, il était retourné dans le même bois près d'Ingramport. S'étant aperçu que le coude de M^{me} Jordan était visible depuis le chemin forestier, il avait traîné le corps plus loin dans le bois et l'avait recouvert de branches d'épinette. Il avait récupéré les objets métalliques qui n'avaient pas brûlé, comme ses boucles d'oreilles, son flacon de parfum et les pièces de son téléphone portable, et il les avait [TRADUCTION] « jetés n'importe où » un peu plus loin dans le bois : d.a., vol. II, p. 717.

[82] Le 11 avril, la police a informé M. Calnen que l'enquête concernant une personne disparue était devenue une enquête sur un homicide. Monsieur Calnen a expliqué que, le 12 avril, il avait acheté de la drogue,

the first logging road, and transported it in his truck to a remote logging road in Pleasant Valley. He got stuck and obtained road side assistance. Mr. Calnen then went down a third logging road, where he gathered branches and trees, built a large fire and burned Ms. Jordan's remains. While he was doing this, the police telephoned him and sought a meeting. Mr. Calnen told them that he was at a plumbing job elsewhere. At this point, Mr. Calnen put out that fire and placed the remaining portion of Ms. Jordan's body — the torso — into a canvas bag. He then drove home with this canvas bag in the closed back compartment of his truck.

[83] On April 13, Mr. Calnen met the police at his home, where they executed a search warrant. He later claimed that Ms. Jordan's torso was in his truck when he met the police at his home. On that day, the police took extensive photographs of the house. They conducted a room by room search, and looked for blood stains using a white light and forensic laser. The police testified that after a thorough review, they found nothing of forensic value in the home. They did, however, report a sticky substance on the television and the floor, which was not blood.

[84] Sometime later — either on the night of April 14 or 19 — Mr. Calnen finished burning Ms. Jordan's remains in the fire pit behind his home. He put her ashes in a bucket, drove to a lake near the Jordan family cottage, and placed her ashes near the diving rock. The next night he took the parts of her that were not consumed in the fire and used a boat to put these further remains in the same lake. He told the police that he put her remains in the lake because that is what he and Ms. Jordan had discussed previously about what they each wanted done with their respective remains.

[85] Mr. Calnen stated: “. . . I've been on drugs like it's nobody's business and -- but I did not kill her” (A.R., vol. II, at p. 703).

avait récupéré la dépouille de M^{me} Jordan sur le premier chemin forestier et l'avait transportée dans son camion jusqu'à un autre chemin forestier éloigné situé dans Pleasant Valley. Son camion s'était embourbé et il avait dû demander de l'assistance routière. Il avait alors emprunté un troisième chemin forestier où il avait ramassé des branches et des arbres, fait un grand feu et brûlé les restes de M^{me} Jordan. Au même moment, la police lui avait téléphoné pour lui demander une rencontre. Monsieur Calnen avait répondu qu'il était ailleurs en train d'accomplir des travaux de plomberie. Il avait alors éteint le feu et placé le reste du corps de M^{me} Jordan — son torse — dans un sac en toile. Il avait ensuite conduit jusqu'à chez lui avec ce sac en toile dans le compartiment arrière fermé de son camion.

[83] Le 13 avril, M. Calnen a rencontré des policiers chez lui, où ces derniers ont exécuté un mandat de perquisition. Plus tard, il a déclaré que le torse de M^{me} Jordan se trouvait dans son camion lorsqu'il avait rencontré les policiers chez lui. Ce jour-là, les policiers ont pris de nombreuses photographies de la maison. Ils ont fouillé toutes les chambres, une à une, et cherché des taches de sang au moyen d'une lumière blanche et d'un laser médico-légal. Un policier a témoigné que, au terme d'une fouille exhaustive, le domicile n'avait rien révélé ayant une valeur médico-légale. Il a toutefois indiqué avoir trouvé une substance collante sur le téléviseur et le plancher qui n'était pas du sang.

[84] Plus tard, le 14 ou le 19 avril en soirée, M. Calnen a achevé de brûler les restes de M^{me} Jordan dans le foyer situé derrière sa maison. Il a mis les cendres dans un seau, a conduit jusqu'à un lac situé près du chalet de la famille Jordan et a déposé les cendres près du rocher de plongée. Le lendemain soir, M. Calnen est sorti avec les parties du cadavre que le feu n'avait pas consommées et, au moyen d'un bateau, il a jeté les restes dans ce même lac. Il a expliqué aux policiers qu'il avait déposé les restes dans le lac parce que c'est ce que lui et M^{me} Jordan avaient convenu après avoir discuté de la façon dont ils souhaitaient que l'on dispose de leurs restes.

[85] Monsieur Calnen a déclaré : [TRADUCTION] « . . . j'ai pris vraiment beaucoup de drogue --, mais je ne l'ai pas tuée » (d.a., vol. II, p. 703).

[86] The investigators found the burn site in Ingramport and physical items of a personal nature like a frame, perfume bottle, lipstick, and belt buckle, which appeared to have been burnt. Police divers also found unidentifiable bone fragments in the lake — fragments which also appeared to have been burnt. Further investigations at the home where Ms. Jordan died were conducted subsequently, in June. At that time, the police found no signs of blood or clean-up activities and no visible impact areas or damage in the area of the stairwell, either to the drywall, gyproc, or railings.

[87] The evidence at trial also included text messages, which suggested a disintegrating relationship between Mr. Calnen and Ms. Jordan; allegations in a text from Ms. Jordan's phone of Mr. Calnen's abusive behaviour towards Ms. Jordan; and plans by Ms. Jordan to leave Mr. Calnen and steal his property with the help of Mr. Weeks. On the day she died, text messages indicated that Mr. Calnen and Ms. Jordan were fighting and Mr. Calnen threatened suicide. Ms. Jordan's mother testified that Ms. Jordan wanted to move home prior to her death, but there was insufficient room for her.

[88] Mr. Calnen was arrested on June 17, 2013, and charged with second degree murder, contrary to s. 235 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and indecent interference with Ms. Jordan's remains, contrary to s. 182(b) of the *Criminal Code*. At trial, he pled guilty to indecent interference.

[89] In relation to the charge of second degree murder, the Crown was required to establish that Mr. Calnen caused Ms. Jordan's death, and that he did so intentionally or that he intended to cause her bodily harm that he knew was likely to cause her death and was reckless as to whether death ensued. Mr. Calnen has argued throughout that the Crown has failed to prove causation and intent: in essence, he claims that he did not cause or intend Ms. Jordan's

[86] Les enquêteurs ont retrouvé l'endroit où M. Calnen a brûlé le corps, à Ingramport, ainsi que des effets personnels, notamment un cadre, un flacon de parfum, du rouge à lèvres et une boucle de ceinture, qui semblaient avoir été brûlés. Les plongeurs de la police ont également trouvé dans le lac des fragments d'os non identifiables qui semblaient aussi avoir été brûlés. Des enquêtes supplémentaires ont été menées par la suite, en juin, dans la maison où M^{me} Jordan était décédée. Elles n'ont révélé ni trace de sang ou indice d'activités de nettoyage ni zone d'impact ou de dommage apparents dans la zone de la cage d'escalier, que ce soit sur la cloison sèche, les panneaux de plâtre ou le garde-corps.

[87] La preuve présentée au procès comprenait en outre des messages textes, qui laissaient sous-entendre la détérioration des rapports entre M. Calnen et M^{me} Jordan, l'existence d'allégations dans un message texte envoyé à partir du téléphone de M^{me} Jordan au sujet du comportement violent de M. Calnen envers elle, et le projet de M^{me} Jordan de quitter M. Calnen et de voler ses biens avec l'aide de M. Weeks. Le jour de sa mort, des messages textes indiquaient que M^{me} Jordan et M. Calnen s'étaient querellés et que M. Calnen avait menacé de se suicider. La mère de M^{me} Jordan a témoigné que sa fille avait voulu venir vivre chez elle avant sa mort, mais qu'il n'y avait pas assez de place pour elle.

[88] Monsieur Calnen a été arrêté le 17 juin 2013 et a été accusé de meurtre au deuxième degré, en contravention de l'art. 235 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, et d'indécence envers les restes de M^{me} Jordan, en contravention de l'al. 182b) du *Code criminel*. Au procès, il a plaidé coupable à l'accusation d'indécence envers des restes humains.

[89] En ce qui concerne l'accusation de meurtre au deuxième degré, il incombait à la Couronne d'établir que M. Calnen avait causé la mort de M^{me} Jordan, et qu'il avait l'intention de causer sa mort ou des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer sa mort et qu'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non. Monsieur Calnen affirme depuis le début que la Couronne n'a pas réussi à établir le lien de causalité et l'intention; il soutient essentiellement

death, that her death was an accident, and that there is no unlawful act for which he bears any responsibility.

[90] No admissibility concerns were raised regarding certain aspects of Mr. Calnen’s after-the-fact conduct, such as failing to call emergency services when Ms. Jordan died, telling the police and others that she had left him and their home alive, sending messages from her phone after her death to others saying that she had gone into the city, burning her possessions to create the impression that she had left him, and calling a third party after her death to ask whether Ms. Jordan was with that person.

[91] The contested after-the-fact conduct concerns Mr. Calnen’s actions in relation to Ms. Jordan’s body and his destruction of evidence. The use of this after-the-fact conduct was a live issue from the outset of the case and throughout the trial. There was, and continues to be, a division on whether this after-the-fact conduct could be used as evidence of Mr. Calnen’s intent. It is this issue we must resolve.

II. Decisions Below

A. *Decision on Committal — 2014 NSPC 17*

[92] Following the preliminary inquiry, Derrick J. of the Provincial Court discharged Mr. Calnen of the charge of second degree murder and the included charge of manslaughter, pursuant to s. 548(1) of the *Criminal Code*. He was committed on the interference charge. Derrick J. looked at the whole of the Crown’s case and considered whether there was “any evidence upon which a reasonable jury properly instructed could return a verdict of guilty”: see *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067, at p. 1080.

qu’il n’a pas causé la mort de M^{me} Jordan et qu’il n’avait pas l’intention de causer sa mort, qu’il s’agit d’un décès accidentel, et qu’on ne peut lui reprocher aucun acte illégal.

[90] Aucune question d’admissibilité n’a été soulevée quant à certains aspects du comportement après le fait de M. Calnen, comme le fait qu’il n’a pas appelé les services d’urgence lorsque M^{me} Jordan est décédée, qu’il a dit à la police et à d’autres personnes qu’elle était encore vivante lorsqu’elle était partie de la maison et l’avait quitté, qu’il avait envoyé — après le décès de M^{me} Jordan — des messages textes à d’autres personnes à partir du téléphone de cette dernière leur disant qu’elle était allée en ville, qu’il avait brûlé ses effets personnels pour donner l’impression qu’elle l’avait quitté, et qu’il avait appelé un tiers après le décès de M^{me} Jordan pour lui demander s’il était avec elle.

[91] Le comportement après le fait contesté concerne les actes exécutés par M. Calnen à l’égard du corps de M^{me} Jordan et sa destruction des éléments de preuve. L’utilisation de ce comportement après le fait est une question qui était en litige dès le début de l’affaire et qui l’est demeurée pendant tout le procès. Les avis étaient — et sont toujours — partagés quant à savoir si ce comportement après le fait peut servir comme preuve de l’intention de M. Calnen. C’est la question que nous sommes appelés à trancher.

II. Décisions des juridictions inférieures

A. *Décision sur le renvoi à procès — 2014 NSPC 17*

[92] À la suite de l’enquête préliminaire, la juge Derrick, de la Cour provinciale, a libéré M. Calnen de l’accusation de meurtre au deuxième degré et de l’infraction incluse d’homicide involontaire coupable, au titre du par. 548(1) du *Code criminel*. Elle l’a renvoyé pour subir son procès relativement à l’accusation d’indécence. La juge Derrick a examiné l’ensemble de la preuve de la Couronne et s’est demandé s’il existait ou non « des éléments de preuve au vu desquels un jury équitable, ayant reçu des directives appropriées, pourrait conclure à la culpabilité » : voir *États-Unis d’Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067, p. 1080.

[93] As the Crown’s case was circumstantial in nature, Derrick J. engaged in a limited weighing of the evidence in order to assess whether it was “reasonably capable of supporting the inferences that the Crown asks the jury to draw”: para. 15 (CanLII). The Crown’s case at this stage was comprised of a number of elements: testimony from three witnesses (the lead homicide investigator; Mr. Wade Weeks, a friend of the deceased; and the forensic IDENT investigator), a booklet of photographs taken by the forensic IDENT investigator, phone records, and Mr. Calnen’s June 18 statement to the police. The question was whether this evidence, if believed, could reasonably support guilt beyond a reasonable doubt.

[94] Ultimately, Derrick J. determined that there was no evidence upon which a reasonable, properly instructed jury could return a verdict of guilt with respect to two essential elements of second degree murder: causation and the requisite mental state. This decision turned largely on her conclusion that Mr. Calnen’s after-the-fact conduct could not be used to support the inference that he intended to kill Ms. Jordan. Quoting Ontario Court of Appeal cases *R. v. Peavoy* (1997), 117 C.C.C. (3d) 226, and *R. v. Mujku*, 2011 ONCA 64, 226 C.R.R. (2d) 234 — but without the benefit of this Court’s decision in *R. v. Rodgeron*, 2015 SCC 38, [2015] 2 S.C.R. 760 — Derrick J. stated that it was well established that after-the-fact conduct could not be used to determine the level of culpability, and more specifically that it could not be used to determine what the accused’s state of mind was at the time of the participation in any unlawful act that caused death.

[95] After considering the entirety of the evidence, she concluded that no reasonable inference could be drawn that Mr. Calnen had animus toward Ms. Jordan or intended to kill her. All the evidence was capable of showing was that Mr. Calnen did not want anyone to suspect that Ms. Jordan was dead — it was “pure

[93] Comme la preuve de la Couronne était de nature circonstancielle, la juge Derrick ne l’a évaluée que sommairement pour décider si elle était [TRANSDUCTION] « raisonnablement susceptible d’étayer les inférences que la Couronne demande au jury de tirer » : par. 15 (CanLII). À cette étape, la preuve de la Couronne était constituée d’un certain nombre d’éléments : le témoignage de trois témoins (l’enquêteur principal de l’homicide; M. Wade Weeks, un ami de la défunte; et l’enquêteur de l’identité judiciaire), de même que d’un livret de photographies prises par l’enquêteur de l’identité judiciaire, des relevés téléphoniques et la déclaration faite par M. Calnen à la police le 18 juin. La question était celle de savoir si ces éléments de preuve étaient, si on y ajoutait foi, raisonnablement de nature à étayer une conclusion de culpabilité hors de tout doute raisonnable.

[94] En fin de compte, la juge Derrick a estimé qu’il n’y avait pas d’éléments de preuve au vu desquels un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, pourrait conclure à la culpabilité quant à deux éléments essentiels du meurtre au deuxième degré : le lien de causalité et l’état d’esprit requis. Cette décision reposait en grande partie sur la conclusion de la juge Derrick suivant laquelle le comportement après le fait de M. Calnen ne pouvait être utilisé pour étayer l’inférence qu’il avait l’intention de tuer M^{me} Jordan. Citant les arrêts rendus par la Cour d’appel de l’Ontario dans les affaires *R. c. Peavoy* (1997), 117 C.C.C. (3d) 226, et *R. c. Mujku*, 2014 ONCA 64, 226 C.R.R. (2d) 234 — mais sans avoir eu l’avantage de l’arrêt rendu par notre Cour dans l’affaire *R. c. Rodgeron*, 2015 CSC 38, [2015] 2 R.C.S. 760 — la juge Derrick a déclaré qu’il était de jurisprudence constante que l’on ne pouvait se servir du comportement après le fait de l’accusé pour déterminer son degré de culpabilité et, plus précisément, que l’on ne pouvait s’en servir pour déterminer quel était son état d’esprit au moment de son implication dans tout acte illégal ayant causé la mort.

[95] Après avoir examiné l’ensemble de la preuve, la juge Derrick a conclu qu’on ne pouvait raisonnablement conclure que M. Calnen était motivé par un sentiment d’animosité envers M^{me} Jordan ou qu’il avait l’intention de la tuer. La seule chose que la preuve était susceptible de démontrer, c’était que

speculation” that he hid and disposed of her body in order to hide the fact that he killed her by an unlawful act: para. 95.

[96] After Derrick J. discharged Mr. Calnen on the charge of murder and the included charge of manslaughter, the Crown elected to proceed by way of a direct indictment.

B. *Decision on Motion for a Directed Verdict of Acquittal — 2015 NSSC 331, 368 N.S.R. (2d) 129*

[97] At trial, there were multiple *voir dire*s on various aspects of the evidence, many of which touched on Mr. Calnen’s contested after-the-fact conduct. The trial judge first determined that Mr. Calnen’s statements to the police were voluntary (2015 NSSC 291, 366 N.S.R. (2d) 71). A second *voir dire* concerned which portions of the police interviews should be before the jury, the focus being on prejudice and probative value. Defence counsel also sought the exclusion of portions of Mr. Calnen’s statement on the basis that it was a misuse of after-the-fact conduct evidence. The trial judge determined that at this early stage of the proceeding, and absent hearing evidence at trial, he would admit the final part of the statement and the re-enactment statement, but he put counsel on notice that he would be seeking their input with respect to the crafting of the instructions on after-the-fact conduct (2015 NSSC 318, 368 N.S.R. (2d) 93).

[98] The Crown’s case against Mr. Calnen was entirely circumstantial. At trial, evidence was adduced through lay and expert witnesses. The Crown attempted to establish animus and motive through text messages sent by Ms. Jordan. Some showed indifference toward Mr. Calnen, as well as plans to leave him and to steal his property. Mr. Wade

M. Calnen ne voulait pas que quelqu’un soupçonne que M^{me} Jordan était morte. Affirmer qu’il avait caché la dépouille et s’en était débarrassé pour dissimuler le fait qu’il avait tué M^{me} Jordan en commettant un acte illégal relevait de la [TRADUCTION] « pure spéculation » : par. 95.

[96] Après que la juge Derrick eut libéré M. Calnen de l’accusation de meurtre et de l’accusation incluse d’homicide involontaire coupable, la Couronne a choisi de procéder par voie de mise en accusation directe.

B. *Décision relative à la requête en verdict imposé d’acquiescement — 2015 NSSC 331, 368 N.S.R. (2d) 129*

[97] Au procès, le juge a tenu de multiples voir-dire sur divers aspects de la preuve, en particulier sur le comportement après le fait de M. Calnen qui est contesté. Le juge du procès a tout d’abord conclu que les déclarations que M. Calnen avait faites à la police étaient volontaires (2015 NSSC 291, 366 N.S.R. (2d) 71). Un deuxième voir-dire concernait la question de savoir à quels extraits des interrogatoires avec les policiers le jury devait avoir accès, en tenant surtout compte du préjudice et de la valeur probante. L’avocat de la défense a également demandé l’exclusion de certaines parties de la déclaration de M. Calnen au motif qu’il s’agissait d’une mauvaise utilisation des éléments de preuve relatifs au comportement après le fait. Le juge du procès a estimé que, à ce stade peu avancé de l’instance et à défaut d’avoir entendu les témoignages au procès, il admettrait en preuve la dernière partie de la déclaration ainsi que la déclaration relative à la reconstitution, tout en prévenant les avocats qu’il solliciterait leur avis relativement à l’élaboration des directives concernant le comportement après le fait (2015 NSSC 318, 368 N.S.R. (2d) 93).

[98] La preuve de la Couronne contre M. Calnen était entièrement circonstancielle. Au procès, la preuve a été présentée par l’entremise de témoins profanes et de témoins experts. La Couronne a tenté d’établir l’animosité et le mobile de M. Calnen au moyen des messages textes envoyés par M^{me} Jordan. Certains messages montraient l’indifférence de cette

Weeks testified that Ms. Jordan sent him text messages indicating that Mr. Calnen had “put his hands on her”, and that she thought she might not be safe: para. 27. Mr. Calnen’s statement indicated that he and Ms. Jordan were fighting on the day she died. Some of Mr. Calnen’s messages to her were also in evidence, including his threats of suicide. It was Mr. Calnen’s after-the-fact conduct evidence, however, that the Crown submitted supported the strongest inferences about his guilt.

[99] At the close of trial, Mr. Calnen brought a motion for a directed verdict of acquittal. The trial judge dismissed the motion, finding that there was sufficient evidence such that a reasonable jury, properly instructed, could find Mr. Calnen guilty: see *R. v. Rowbotham*, [1994] 2 S.C.R. 463. The trial judge relied on *Rodgerson* and allowed the after-the-fact conduct as evidence of intent, stating: “. . . I am particularly mindful of the testimony of Wade Weeks and Donna Jordan, along with Reita Jordan’s te[x]ts and the statements of Mr. Calnen which have been placed in evidence before the jury”: para. 39. The trial judge determined that if the jury accepted parts of this evidence, it would be “more than sufficient” to establish the requisite intent for second degree murder: para. 39.

[100] The jury convicted Mr. Calnen of second degree murder.

C. Decision of the Court of Appeal — 2017 NSCA 49, 358 C.C.C. (3d) 362

[101] Mr. Calnen advanced seven grounds of appeal. The majority at the Court of Appeal held that the trial judge had failed to properly instruct the jury on the use of after-the-fact conduct evidence as it relates to proof of intent for second degree murder. They were of the view that as there was no evidence contradicting Mr. Calnen’s story, the issue was

dernière envers M. Calnen et faisaient état de ses plans de le quitter et de voler ses biens. Monsieur Wade Weeks a affirmé dans son témoignage que M^{me} Jordan lui avait envoyé des messages textes lui racontant que M. Calnen l’avait [TRADUCTION] « pognée » et qu’elle pensait qu’elle n’était peut-être plus en sécurité : par. 27. Selon la déclaration de M. Calnen, lui et M^{me} Jordan s’étaient disputés le jour où elle est morte. Certains messages que M. Calnen a envoyés à M^{me} Jordan ont aussi été présentés en preuve, notamment des menaces de suicide. La Couronne a toutefois affirmé que c’était la preuve relative au comportement après le fait de M. Calnen qui étayait les inférences les plus solides quant à sa culpabilité.

[99] À la clôture du procès, M. Calnen a présenté une requête en vue d’obtenir un verdict imposé d’acquiescement. Le juge du procès a rejeté la requête, estimant qu’il y avait suffisamment de preuve pour permettre à un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, de déclarer M. Calnen coupable : voir *R. c. Rowbotham*, [1994] 2 R.C.S. 463. Se fondant sur l’arrêt *Rodgerson*, le juge du procès a admis en preuve le comportement après le fait comme preuve de l’intention. Il a ajouté : [TRADUCTION] « . . . je tiens en particulier compte du témoignage de Wade Weeks et de Donna Jordan, de même que des messages textes de Reita Jordan et des déclarations de M. Calnen qui ont été présentés en preuve au jury » : par. 39. Le juge du procès a conclu que l’acceptation par le jury de certains de ces éléments de preuve « suffirait amplement » à établir l’intention requise dans le cas d’un meurtre au deuxième degré : par. 39.

[100] Le jury a reconnu M. Calnen coupable de meurtre au deuxième degré.

C. Décision de la Cour d’appel — 2017 NSCA 49, 358 C.C.C. (3d) 362

[101] Monsieur Calnen a fait valoir sept moyens d’appel. Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont estimé que le juge du procès n’avait pas donné au jury des directives appropriées quant à l’utilisation des éléments de preuve relatifs au comportement après le fait en rapport avec la preuve de l’intention de commettre un meurtre au deuxième degré. Selon eux, comme il

whether evidence of after-the-fact conduct, alone, could prove that Mr. Calnen had the requisite intent.

[102] The majority found that, on the facts of this case, the after-the-fact conduct evidence was not relevant and had no probative value for distinguishing between intent for murder and manslaughter. The jury should have been instructed that this evidence could not assist the jury in determining Mr. Calnen's level of culpability. The majority concluded that it would have been "safer" to allow the defence's motion for a directed verdict and take second degree murder away from the jury. Mr. Calnen's conviction for second degree murder was therefore set aside and a new trial was ordered on the charge of manslaughter only.

[103] MacDonald C.J., in dissent, determined that after-the-fact conduct can be relevant not only to establish the commission of an offence, but also to determine the degree of culpability. In this case, the trial judge understood — and explained — the uses that could be made of the after-the-fact conduct evidence. MacDonald C.J. found that there was sufficient circumstantial evidence to put second degree murder to the jury.

III. Issues

[104] The Crown appealed. Four basic issues divide the parties. They are:

1. Was the contested after-the-fact conduct evidence admissible to prove the requisite intent for second degree murder?

n'y avait pas d'éléments de preuve contredisant la version des faits de M. Calnen, la question à se poser était celle de savoir si, à eux seuls, les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait pouvaient démontrer que M. Calnen avait l'intention requise.

[102] Les juges majoritaires ont conclu que, au vu des faits de l'espèce, les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait n'étaient pas pertinents et n'avaient aucune valeur probante susceptible d'établir une distinction entre l'intention de commettre un meurtre plutôt qu'un homicide involontaire coupable. On aurait dû dire aux jurés que ces éléments de preuve ne pouvaient les aider à déterminer le degré de culpabilité de M. Calnen. Les juges majoritaires ont conclu qu'il aurait été plus [TRADUCTION] « sage » d'accueillir la requête en verdict imposé de la défense et de ne pas demander au jury de se prononcer sur l'accusation de meurtre au deuxième degré. La Cour d'appel a donc annulé la déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré prononcée contre M. Calnen et ordonné la tenue d'un nouveau procès à l'égard de l'accusation d'homicide involontaire coupable seulement.

[103] Le juge en chef MacDonald, dissident, a estimé que le comportement après le fait pouvait être utile, non seulement pour établir la perpétration d'une infraction, mais également pour déterminer le degré de culpabilité. Dans le cas qui nous occupe, le juge du procès a compris — et expliqué — les utilisations qui pouvaient être faites de la preuve relative au comportement après le fait. Le juge en chef MacDonald a conclu qu'il y avait suffisamment d'éléments de preuve circonstancielle pour demander au jury de se prononcer sur l'accusation de meurtre au deuxième degré.

III. Questions en litige

[104] La Couronne a formé le présent pourvoi. Les parties sont en désaccord relativement aux quatre questions fondamentales suivantes :

1. La preuve contestée de comportement après le fait était-elle admissible pour établir l'intention requise dans le cas d'un meurtre au deuxième degré?

2. Should the trial judge have granted Mr. Calnen's application for a directed verdict?
3. Did the trial judge properly instruct the jury?
4. Was the jury verdict unreasonable?

[105] I conclude the trial judge was correct to admit this after-the-fact conduct evidence, and to instruct the jury that it could be used as evidence for the purposes of determining both causation and intent for second degree murder. There is no need to address the issue of the directed verdict. Further, the jury charge was sufficient to explain the uses that could be made of this after-the-fact conduct evidence and the possible general risks that it posed. However, in response to the parties' arguments on unreasonable verdict, I have reached the conclusion that the jury ought to have been warned about the specific risks of prohibited propensity reasoning associated with this after-the-fact conduct, as well as other evidence about Mr. Calnen's character, conduct and lifestyle. The absence of a limiting instruction on propensity was a serious error of law necessitating a new trial.

IV. Was the Contested After-the-Fact Conduct Evidence Admissible to Prove the Requisite Intent for Second Degree Murder?

A. *General Principles*

[106] After-the-fact conduct encompasses what the accused both said and did after the offence charged in the indictment was allegedly committed. It covers a large range of possible circumstances, and its content and contours are confined only by the limits of human experience. After-the-fact conduct may also arise in respect of all types of criminal offences and in different legal settings: for example, in cases in which the accused pleads not guilty, admits all or part of an offence, admits some of the offences charged, and/or asserts a defence, excuse, or justification. It

2. Le juge du procès aurait-il dû accueillir la requête en verdict imposé de M. Calnen?
3. Le juge du procès a-t-il donné des directives appropriées au jury?
4. Le verdict du jury était-il déraisonnable?

[105] Je conclus que le juge du procès a eu raison d'admettre ces éléments de preuve relatifs au comportement après le fait et de dire au jury que ces éléments pouvaient être utilisés en preuve pour établir à la fois le lien de causalité et l'intention de commettre un meurtre au deuxième degré. Point n'est besoin de trancher la question du verdict imposé. De plus, l'exposé au jury était suffisant pour expliquer les utilisations qui pouvaient être faites de ces éléments de preuve et les risques éventuels qu'ils comportaient en général. Toutefois, pour ce qui est des arguments des parties concernant le verdict déraisonnable, j'arrive à la conclusion qu'il aurait fallu mettre le jury en garde contre les risques précis que pose le raisonnement interdit fondé sur la propension en ce qui concerne ce comportement après le fait, de même que d'autres éléments de preuve relatifs à la moralité, au comportement et au mode de vie de M. Calnen. L'absence de directive restrictive au sujet de la question de propension constituait une erreur de droit grave commandant la tenue d'un nouveau procès.

IV. La preuve contestée de comportement après le fait était-elle admissible pour établir l'intention requise dans le cas d'un meurtre au deuxième degré?

A. *Principes généraux*

[106] Le comportement après le fait englobe tant ce que l'accusé a dit que ce qu'il a fait après qu'aurait été commise l'infraction reprochée dans l'acte d'accusation. Il couvre un large éventail de scénarios possibles, et sa teneur et ses paramètres ne sont circonscrits que par les limites de l'expérience humaine. Le comportement après le fait peut également s'appliquer à tous les types d'infractions criminelles et dans différents contextes juridiques : par exemple, lorsque l'accusé plaide non coupable, qu'il reconnaît sa culpabilité en totalité ou en partie relativement à

is this potential breadth, variety, and mix of considerations that lies at the heart of the much repeated observation that the proper legal treatment of after-the-fact conduct is highly context and fact specific.

(1) Admissibility

[107] As with other types of evidence, evidence of after-the-fact conduct is admissible if it is relevant to a live, material issue in the case, its admission does not offend any other exclusionary rule of evidence, and its probative value exceeds its prejudicial effects.

[108] Relevance involves an inquiry into the logical relationship between the proposed evidence and the fact that it is tendered to establish. The threshold is not high and evidence is relevant if it has “some tendency as a matter of logic and human experience to make the proposition for which it is advanced more likely than that proposition would be in the absence of that evidence”: *R. v. White*, 2011 SCC 13, [2011] 1 S.C.R. 433, at para. 36, quoting D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (5th ed. 2008), at p. 31. In other words, the question is whether a piece of evidence makes a fact more or less likely to be true. Relevance does not require a “minimum probative value”: *R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339, at para. 38. As the admissibility of after-the-fact conduct evidence is, “[a]t its heart”, one of relevance, determining the relevance of any piece of after-the-fact conduct evidence is necessarily a case-by-case, “fact-driven exercise”: *White (2011)*, at paras. 22 and 42; see also *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72, at para. 26.

[109] To establish materiality, the evidence must be relevant to a *live* issue; if it is not relevant to a live issue, it must be excluded or the jury should be

une infraction, qu’il avoue avoir commis certaines des infractions reprochées et/ou qu’il invoque une défense, une excuse ou une justification. C’est ce potentiel éventail, cette diversité et cette combinaison de variables qui sont au cœur de l’observation maintes fois répétée suivant laquelle la façon dont il convient, sur le plan juridique, d’analyser le comportement après le fait est largement tributaire du contexte et des faits.

(1) Admissibilité

[107] Comme tout autre type de preuve, la preuve relative au comportement après le fait est admissible si elle est pertinente à l’égard d’une question importante en litige, si elle n’est visée par aucune autre règle d’exclusion en matière de preuve et si sa valeur probante l’emporte sur ses effets préjudiciables.

[108] Pour déterminer la pertinence, il faut examiner le lien logique entre la preuve proposée et le fait qu’elle vise à établir. Le critère à respecter n’est pas exigeant; une preuve répond à la norme de la pertinence [TRADUCTION] « lorsque, selon la logique et l’expérience humaine, elle tend d’une façon quelconque à rendre la thèse qu’elle appuie plus vraisemblable qu’elle ne le paraîtrait sans elle » : *R. c. White*, 2011 CSC 13, [2011] 1 R.C.S. 433, par. 36, citant D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (5^e éd. 2008), p. 31. Autrement dit, la question à se poser est celle de savoir si l’élément de preuve accroît ou diminue la probabilité de l’existence d’un fait. Aucune « valeur probante minimale » n’est requise pour qu’un élément de preuve soit considéré comme pertinent : *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339, par. 38. Étant donné que l’admissibilité de la preuve relative au comportement après le fait est « [f]ondamentalement » fonction de sa pertinence, l’appréciation de la pertinence de tout élément de preuve relatif au comportement après le fait s’effectue nécessairement au cas par cas, « en fonction des faits » : *White (2011)*, par. 22 et 42; voir également *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72, par. 26.

[109] Pour être considérée comme importante, la preuve doit se rapporter à une question *en litige*; si elle n’est pas pertinente à l’égard d’une question en

instructed that the evidence is of no probative value: see *White (2011)*, at para. 36.

[110] Trial judges retain the general discretion to exclude relevant evidence when its potential prejudice exceeds its probative force: see *White (2011)*, at para. 31. Counsel for Mr. Calnen sought the exclusion of the after-the-fact conduct evidence in a *voir dire*, on the basis that its prejudice outweighed its probity. The trial judge admitted portions of Mr. Calnen's statement to the police and found that the probative value of the evidence outweighed any prejudicial effect.

[111] After-the-fact conduct is circumstantial evidence. Like other forms of circumstantial evidence, after-the-fact conduct allows a fact finder to draw particular inferences based on a person's words or actions: see *White (1998)*, at para. 21; *White (2011)*, at para. 22; *Peavoy*, at para. 24. This process of inductive reasoning is a cornerstone of the law of evidence, and is used frequently to draw inferences from circumstantial evidence, as well as to assess credibility and to determine the relevance and probative value of evidence: see D. M. Tanovich, "*Angelis: Inductive Reasoning, Post-Offence Conduct and Intimate Femicide*" (2013), 99 C.R. (6th) 338.

[112] In order to draw inferences, the decision maker relies on logic, common sense, and experience. As with all circumstantial evidence, a range of inferences may be drawn from after-the-fact conduct evidence. The inferences that may be drawn "must be reasonable according to the measuring stick of human experience" and will depend on the nature of the conduct, what is sought to be inferred from the conduct, the parties' positions, and the totality of the evidence: *R. v. Smith*, 2016 ONCA 25, 333 C.C.C. (3d) 534, at para. 77. That there may be a range of potential inferences does not render the after-the-fact conduct null: see *R. v. Allen*, 2009 ABCA 341, 324 D.L.R. (4th) 580, at para. 68. In most cases, it will be for the jury or judge to determine which inferences they accept and the weight

litige, elle doit être soustraite à l'appréciation du jury ou le jury doit recevoir la directive qu'elle n'a aucune valeur probante : voir *White (2011)*, par. 36.

[110] Les juges du procès conservent leur pouvoir discrétionnaire général d'écartier des éléments de preuve pertinents dont les effets préjudiciables l'emportent sur la valeur probante : voir *White (2011)*, par. 31. L'avocat de M. Calnen a réclamé l'exclusion des éléments de preuve relatifs au comportement après le fait dans le cadre d'un voir-dire, au motif que leurs effets préjudiciables l'emportaient sur leur valeur probante. Le juge du procès a admis en partie les déclarations faites par M. Calnen à la police et il a conclu que leur valeur probante l'emportait sur tout effet préjudiciable.

[111] La preuve relative au comportement après le fait est circonstancielle. Comme toute autre preuve circonstancielle, elle permet au juge des faits de tirer des inférences particulières en se fondant sur les paroles ou les actes de l'intéressé : voir *White (1998)*, par. 21; *White (2011)*, par. 22; *Peavoy*, par. 24. Ce raisonnement par induction constitue une des pierres angulaires du droit de la preuve et on y recourt fréquemment pour tirer des inférences à partir d'éléments de preuve circonstancielle, ainsi que pour évaluer la crédibilité et déterminer la pertinence et la valeur probante d'un élément de preuve : voir D. M. Tanovich, « *Angelis : Inductive Reasoning, Post-Offence Conduct and Intimate Femicide* » (2013), 99 C.R. (6th) 338.

[112] Pour pouvoir tirer de telles inférences, le décideur se fonde sur la logique, le bon sens et l'expérience. Comme pour toute preuve circonstancielle, les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait permettent de tirer une foule d'inférences. Celles-ci [TRADUCTION] « doivent être raisonnables selon les critères de l'expérience humaine » et elles dépendent de la nature du comportement, de l'inférence que l'on cherche à tirer de ce comportement, de la thèse des parties, et de l'ensemble de la preuve : *R. c. Smith*, 2016 ONCA 25, 333 C.C.C. (3d) 534, par. 77. Le fait qu'il puisse exister une gamme de conclusions potentielles ne rend pas nul le comportement après le fait : voir *R. c. Allen*, 2009 ABCA 341, 324 D.L.R. (4th) 580, par. 68. Dans la plupart des cas, il appartiendra au jury ou au juge de déterminer

they ascribe to them. “It is for the trier of fact to choose among reasonable inferences available from the evidence of after-the-fact conduct”: *Smith*, at para. 78.

(2) Articulating the Purpose and Use of the Evidence and the Proposed Inferences

[113] In addition to being aware of the general principles, it is important for counsel and trial judges to specifically define the issue, purpose, and use for which such evidence is tendered and to articulate the reasonable and rational inferences which might be drawn from it. This often requires counsel and the court to expressly set out the chain of reasoning that supports the relevance and materiality of such evidence for its intended use. Evidence is to be used only for the particular purpose for which it was admitted. When evidence is admissible for one purpose, but not for another, the finder of fact, whether judge or jury, needs to be mindful of and respectful of its permissible and impermissible uses. In such cases, a specific instruction to a jury that certain evidence has a limited use or is of no probative value on a particular issue is required.

[114] This case illustrates how admissibility assessments are to be tied to intended uses and do not exist in the abstract. Clearly, Mr. Calnen’s actions in relation to Ms. Jordan’s body would have been admissible to the charge of interference with human remains, had he not pled guilty to that charge. It was also common ground that his actions were admissible and could be used to rebut the allegation of accident, and to establish causation and an unlawful act for the included offence of manslaughter. The divisive evidentiary issue was whether or not Mr. Calnen’s actions to destroy Ms. Jordan’s body were relevant and admissible for the purpose of establishing intent to commit second degree murder.

quelles inférences il est prêt à tirer et le poids qu’il leur attribue. [TRADUCTION] « C’est au juge des faits qu’il incombe de choisir parmi les inférences raisonnables que la preuve relative au comportement après le fait permet de tirer » : *Smith*, par. 78.

(2) Formulation de l’objet de la preuve, de son utilisation prévue et des inférences proposées

[113] Il est important non seulement que les avocats et les juges du procès connaissent bien les principes généraux applicables, mais aussi qu’ils définissent précisément la question, la raison et l’utilisation pour lesquelles la preuve en cause est présentée, en plus de formuler les inférences raisonnables et rationnelles qui peuvent en être tirées. Pour ce faire, l’avocat et le tribunal doivent souvent exposer expressément le raisonnement qui justifie la pertinence et l’importance de cette preuve par rapport à l’utilisation qu’on entend en faire. La preuve ne doit être utilisée que pour la fin pour laquelle elle a été admise. Lorsqu’un élément de preuve est admissible à une fin, mais non à une autre, le juge des faits — le juge ou le jury — doit être conscient et respectueux des utilisations permises et non permises de cette preuve. Dans de tels cas, le juge devra donner au jury une directive pour préciser qu’un élément de preuve donné ne peut faire l’objet que d’une utilisation limitée ou qu’il n’a aucune valeur probante relativement à une question en particulier.

[114] La présente affaire montre bien que l’évaluation de l’admissibilité ne peut être dissociée de l’utilisation que l’on entend faire de la preuve et que cette appréciation n’existe pas dans l’abstrait. De toute évidence, les actes commis par M. Calnen sur le corps de M^{me} Jordan auraient été admissibles relativement à l’accusation d’indécence envers des restes humains s’il n’avait pas plaidé coupable à ce chef d’accusation. Il était aussi reconnu que les actes de M. Calnen étaient admissibles et pouvaient être utilisés pour réfuter l’allégation d’accident et pour établir le lien de causalité et la perpétration d’un acte illégal dans le cas de l’infraction incluse d’homicide involontaire coupable. La question de preuve litigieuse consistait à savoir si les actes accomplis par M. Calnen pour détruire le corps de M^{me} Jordan étaient pertinents et admissibles dans le but de démontrer son intention de commettre un meurtre au deuxième degré.

[115] While the focus should be on the intended use of the evidence when determining admissibility and crafting jury instructions, it is also important to expressly state the inferences available to the jury. In *Rodgerson*, this Court made clear that judicial expertise may be required in order to “present the evidence and the available inferences to the jury in a comprehensible form”: para. 31. The question in this case was therefore whether, as a matter of logic, common sense, and human experience it was open for the jury, on these facts, to infer Mr. Calnen’s mental state at the time of Ms. Jordan’s death from what he subsequently did to destroy her body. The inference on intent advanced by the Crown is based on the following chain of reasoning: Ms. Jordan’s body would, if available, reveal how she died. Mr. Calnen took extraordinary steps to destroy Ms. Jordan’s body. Therefore, the common sense inference is that Mr. Calnen destroyed the body in order to conceal the nature and extent of her injuries and the degree of force required to inflict them because such may have been evidence of intent. The after-the-fact conduct evidence — the extraordinary steps that Mr. Calnen took to completely destroy Ms. Jordan’s body — makes the proposition that Mr. Calnen intended to inflict the requisite type of bodily harm for second degree murder more likely than without this evidence.

(3) Cautions and Limits

[116] Even if admitted for a particular purpose, after-the-fact conduct may pose some unique reasoning risks: see D. M. Paciocco, “Simply Complex: Applying the Law of ‘Post-Offence Conduct’ Evidence” (2016), 63 *Crim. L.Q.* 275. Conduct that is “after-the-fact”, and therefore removed in time from the events giving rise to the charge, carries with it a temporal element that may make it more difficult to draw an appropriate inference. This evidence may also appear more probative than it is, it may be inaccurate, and it may encourage speculation. After-the-fact conduct evidence may thus give rise

[115] Bien que la détermination de l’admissibilité et l’élaboration des directives au jury doivent être axées sur l’utilisation que l’on entend faire des éléments de preuve, il importe aussi de formuler explicitement les inférences que le jury peut tirer. Dans l’arrêt *Rodgerson*, notre Cour a bien précisé que l’expertise judiciaire pouvait être nécessaire « pour présenter de façon compréhensible la preuve et les conclusions que le jury pouvait en tirer » : par. 31. La question qui se posait dans le cas qui nous occupe était donc de savoir si, selon la logique, le bon sens et l’expérience humaine, il était loisible au jury, au vu des faits de l’espèce, d’inférer l’état d’esprit de M. Calnen au moment du décès de M^{me} Jordan à partir de ce qu’il avait fait par la suite pour détruire son corps. L’inférence sur l’intention que propose la Couronne repose sur le raisonnement suivant : s’il existait encore, le cadavre de M^{me} Jordan révélerait de quelle manière elle est décédée. Monsieur Calnen a pris des mesures extraordinaires pour détruire le corps de M^{me} Jordan. L’inférence suivant le bon sens est donc que M. Calnen a détruit le corps afin de dissimuler la nature et la gravité des blessures subies par M^{me} Jordan et la force nécessaire pour les lui infliger, car cela aurait pu prouver son intention. Les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait — soit les mesures extraordinaires prises par M. Calnen pour détruire le corps complètement — rendent la thèse selon laquelle M. Calnen avait l’intention d’infliger le type de lésions corporelles exigé dans le cas d’un meurtre au deuxième degré plus probable qu’elle ne l’aurait été sans ces éléments de preuve.

(3) Mises en garde et limites

[116] Même s’il est admis en preuve dans un but particulier, le comportement après le fait est susceptible de poser certains risques de raisonnement uniques : voir D. M. Paciocco, « Simply Complex : Applying the Law of “Post-Offence Conduct” Evidence » (2016), 63 *Crim. L.Q.* 275. Un acte commis « après le fait », et qui survient donc après les événements à l’origine de l’accusation, comporte un élément temporel qui peut rendre plus difficile la tâche consistant à tirer une inférence appropriée. Cette preuve peut aussi sembler plus probante qu’elle ne l’est en réalité; elle peut être inexacte et encourager

to imprecise reasoning and may encourage decision makers to jump to questionable conclusions.

[117] To meet the general concern that such evidence may be highly ambiguous and susceptible to jury error, the jury must be told to take into account alternative explanations for the accused's behaviour. In this way, jurors are instructed to avoid a mistaken leap from such evidence to a conclusion of guilt when the conduct may be motivated by and attributable to panic, embarrassment, fear of a false accusation, or some other innocent explanation: see *White (1998)*, at para. 22; *White (2011)*, at paras. 23-25; *R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129, at p. 143.

[118] However, in addition to this general instruction, trial judges should consider whether any further specific limiting instructions or cautions may be required to counter any of the specific reasoning risks associated with the particular after-the-fact conduct at issue. In some cases, courts have recognized that certain types of evidence have other reasoning risks associated with them. For example, additional guidance may be necessary where after-the-fact conduct relates to the accused's demeanour, false alibis or lies put forward by the accused, or the silence or refusal (or, conversely, the readiness) of an accused to take part in an investigation: see *Paciocco*. Individual attention to the actual evidence at issue is necessary because any caution or limiting instruction is also context and fact specific, and needs to be fashioned to meet the specific risks posed by the particular type of after-the-fact conduct at issue in any given case.

B. *After-the-Fact Conduct and Intention*

[119] Contrary to certain suggestions made in the courts below, there is no legal impediment to using after-the-fact conduct evidence in determining the accused's intent. The jurisprudence of this Court is

la spéculation. Ainsi, les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait peuvent susciter un raisonnement imprécis et encourager les décideurs à tirer de façon précipitée des conclusions discutables.

[117] Pour répondre à la crainte répandue suivant laquelle les éléments de preuve de ce type peuvent être très ambigus et induire le jury en erreur, il faut appeler le jury à prendre en considération les autres explications possibles du comportement de l'accusé. Les jurés reçoivent ainsi pour directive d'éviter de commettre l'erreur consistant à conclure trop hâtivement à la culpabilité en se fondant sur la preuve relative au comportement après le fait, alors que ce comportement peut être motivé ou expliqué par une raison légitime, telles la panique, la gêne ou la crainte d'être accusé à tort : voir *White (1998)*, par. 22; *White (2011)*, par. 23-25; *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129, p. 143.

[118] Toutefois, en plus de cette directive générale, les juges du procès devraient se demander s'ils doivent adresser aux jurys d'autres directives limitatives ou mises en garde de nature particulière afin d'atténuer tout risque de raisonnement particulièrement associé au comportement après le fait en cause. Dans certains cas précis, les tribunaux ont reconnu que certains types d'éléments de preuve étaient assortis d'autres risques de raisonnement. Par exemple, des directives supplémentaires peuvent être nécessaires lorsque le comportement après le fait concerne l'attitude de l'accusé, ou les faux alibis ou mensonges qu'il avance, ou encore son silence ou son refus (ou, inversement, sa volonté) de prendre part à l'enquête : voir *Paciocco*. Il est nécessaire d'accorder une attention particulière aux éléments de preuve en cause, parce que toute mise en garde ou directive restrictive est également tributaire du contexte et des faits et doit être adaptée aux risques précis que pose le type particulier de comportement après le fait dont il s'agit dans un cas donné.

B. *Comportement après le fait et intention*

[119] Contrairement à ce que les juridictions inférieures ont laissé entendre, il n'y a aucun obstacle juridique à l'utilisation d'éléments de preuve relatifs au comportement après le fait pour déterminer

clear: after-the-fact conduct evidence may be relevant to the issue of intent and may be used to distinguish between different levels of culpability (see *White (1998)*, at para. 32; *White (2011)*, at para. 42; *Rodgerson*, at para. 20). Specifically, this Court has said that “[w]hether or not a given instance of post-offence conduct has probative value with respect to the accused’s level of culpability depends entirely on the specific nature of the conduct, its relationship to the record as a whole, and the issues raised at trial”: *White (2011)*, at para. 42. There is therefore “no *per se* rule declaring post-offence conduct irrelevant to the perpetrator’s state of mind”: *R. v. Jackson*, 2016 ONCA 736, 33 C.R. (7th) 130, at para. 20, per Doherty J.A. As there are also no automatic labels which make certain kinds of after-the-fact conduct always or never relevant to a particular issue, “we must consider all the circumstances of a case to determine whether the post-offence conduct is probative and, if so, what use the jury may properly make of it”: see *R. v. Angelis*, 2013 ONCA 70, 296 C.C.C. (3d) 143, at para. 55.

[120] This Court’s decision in *Arcangioli* does not stand for the proposition that after-the-fact conduct cannot, as a matter of law, be used to establish intent or levels of culpability as between different offences. In that case, the accused fled the scene and admitted only that he punched the victim (common assault), but claimed he did not stab him (aggravated assault). In that context, the Court said that “where an accused’s conduct may be equally explained by reference to consciousness of guilt of two or more offences, and where an accused has admitted culpability in respect of one or more of these offences, a trial judge should instruct a jury that such evidence has no probative value with respect to any particular offence”: p. 145.

l’intention de l’accusé. La jurisprudence de notre Cour est claire sur ce point : la preuve relative au comportement après le fait de l’accusé peut être pertinente pour trancher la question de l’intention et elle peut servir à étayer une distinction entre divers degrés de culpabilité : voir *White (1998)*, par. 32; *White (2011)*, par. 42; *Rodgerson*, par. 20. En particulier, notre Cour a déclaré que « [l]a valeur probante de la preuve du comportement postérieur à l’infraction à l’égard du degré de culpabilité de l’accusé dans un cas donné dépend entièrement de la nature particulière du comportement, de son rapport avec l’ensemble du dossier et des questions soulevées au procès » : *White (2011)*, par. 42. En conséquence, il n’existe [TRADUCTION] « pas à proprement parler de règle qui déclare que le comportement postérieur à l’infraction n’est pas pertinent lorsque vient le temps de déterminer l’état d’esprit de l’auteur de l’infraction » : *R. c. Jackson*, 2016 ONCA 736, 33 C.R. (7th) 130, par. 20, le juge Doherty. Vu qu’on ne considère pas automatiquement que certains types de comportements après le fait sont toujours pertinents quant à une question particulière ou ne le sont jamais, [TRADUCTION] « nous devons tenir compte de l’ensemble des circonstances de l’affaire pour juger si le comportement postérieur à l’infraction a une valeur probante et, dans l’affirmative, quelle utilisation le jury est autorisé à en faire » : voir *R. c. Angelis*, 2013 ONCA 70, 296 C.C.C. (3d) 143, par. 55.

[120] L’arrêt *Arcangioli* de notre Cour n’appuie pas la thèse suivant laquelle, en droit, le comportement après le fait ne peut servir à établir l’intention ou le degré de culpabilité de l’accusé d’une manière qui distingue diverses infractions. Dans cette affaire, l’accusé, qui avait fui les lieux du crime, a seulement admis avoir assené des coups de poing à la victime (voies de fait simples), mais prétendait qu’il ne l’avait pas poignardée (voies de fait graves). Dans ce contexte, la Cour a dit que, « lorsque le comportement de l’accusé peut s’expliquer tout autant par une conscience de culpabilité de deux infractions ou plus, et que l’accusé a reconnu sa culpabilité à l’égard d’une seule ou de plusieurs parmi ces infractions, le juge du procès devrait donner comme directive au jury que cette preuve n’a aucune valeur probante relativement à une infraction précise » : p. 145.

[121] When grounded in its facts, *Arcangioli* simply established that where an accused has admitted culpability, after-the-fact conduct evidence may, in some cases, be unable to assist the trier of fact in determining the accused's level of culpability as between two offences: see pp. 145-46; *White (1998)*, at para. 23; *White (2011)*, at para. 41; *Angelis*, at para. 53. This Court subsequently tied that finding to when the accused admitted the *actus reus*, saying that a no probative value instruction on intent

is most likely to be warranted where, as in *Arcangioli* itself, the accused has admitted to committing the *actus reus* of a criminal act but has denied a specific level of culpability for that act, or has denied committing some related offence arising from the same operative set of facts. In such cases, the participation of the accused in the culpable event is not at issue; the question to be decided is merely the extent or legal significance of that participation.

(*White (1998)*, at para 28)

[122] However, Justice Rothstein expressed it this way in *White (2011)*, at para. 37:

Arcangioli, and its successor case *White (1998)*, stand for the proposition that a “no probative value” instruction will be required when the accused’s post-offence conduct is “equally explained by” or “equally consistent with” two or more offences (*White (1998)*, at para. 28; *Arcangioli*, at pp. 145 and 147).

[123] Some read this passage to suggest that the reasoning in *Arcangioli* is not limited to cases in which the accused has admitted culpability: see Paciocco, at p. 318. I agree. However, relevance is tied directly to the issues raised at trial: *White (2011)*, at para. 42. The presence of an admission is an important contextual factor because it establishes a baseline culpability such that the legal issue becomes whether the after-the-fact conduct evidence is equally consistent with two or more offences.

[121] Sur le fondement des faits propres à cette affaire, l'arrêt *Arcangioli* a simplement établi que, lorsque l'accusé a reconnu sa culpabilité, il arrive que, dans certains cas, les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait ne soient pas utiles pour permettre au juge des faits de décider du degré de culpabilité de l'accusé d'une manière qui distingue deux infractions : voir p. 145-146; *White (1998)*, par. 23; *White (2011)*, par. 41; *Angelis*, par. 53. Notre Cour a subséquemment rattaché cette conclusion à la situation où l'accusé a avoué l'*actus reus*, affirmant ce qui suit sur le recours à une directive selon laquelle un élément de preuve n'a aucune valeur probante pour établir l'intention :

Une telle directive sera très probablement justifiée lorsque, comme dans l'affaire *Arcangioli*, l'accusé avoue avoir accompli l'*actus reus*, mais nie un degré de culpabilité donné à l'égard de cet acte ou nie avoir perpétré une infraction connexe découlant du même ensemble de faits considérés. En pareil cas, la participation de l'accusé à l'acte coupable n'est pas contestée; seule l'ampleur de cette participation ou son incidence sur le plan légal doit être déterminée.

(*White (1998)*, par. 28)

[122] Toutefois, le juge Rothstein a exprimé ce point de la façon suivante dans *White (2011)*, par. 37 :

L'arrêt *Arcangioli*, et l'arrêt *White (1998)* qui l'a suivi, énoncent le principe qu'une directive selon laquelle la preuve n'a « aucune valeur probante » est nécessaire lorsque le comportement de l'accusé postérieur à l'infraction peut « s'expliquer tout autant par » la perpétration de deux infractions ou plus, ou est « tout aussi compatible » avec deux infractions ou plus (*White (1998)*, par. 28; *Arcangioli*, p. 145 et 147).

[123] Certains interprètent ce passage comme signifiant que le raisonnement dans *Arcangioli* ne se limite pas aux situations où l'accusé a avoué sa culpabilité : voir Paciocco, p. 318. Je suis d'accord. Toutefois, la pertinence est directement liée aux questions soulevées au procès : *White (2011)*, par. 42. La présence d'un aveu est un facteur contextuel important, parce qu'elle établit une culpabilité de base faisant en sorte que la question juridique devient celle de savoir si la preuve relative au comportement après le

When an accused denies culpability in respect of the offence charged and any included offence, the legal issues are different and the comparison expands to include other potential inferences, specifically that there has been no offence committed at all. That said, an admission is not the only way to establish culpability. The above passage from *White (2011)* addresses the stage of the analysis when there are two or more offences under consideration: a point at which some baseline culpability has already been established. Culpability will arise whenever the fact finder has determined that the presumption of innocence has been rebutted by proof beyond a reasonable doubt and any proffered defence of accident has already been rejected. It should not matter whether that culpability arises from an admission or a finding to that effect.

[124] After-the-fact conduct evidence will not always or necessarily be equally consistent with two offences, and it is open to the trier of fact to conclude that the conduct is more consistent with one offence than the other: see *White (1998)*, at para. 27. The key is therefore determining what “equally explained by” or “equally consistent with” means. This Court has never said that every time multiple possible explanations for conduct are proposed, they become “equally probable” and the evidence in question therefore loses relevance (because it does not make any fact more or less likely). The existence of alternative explanations for the accused’s conduct does not mean that certain evidence is no longer relevant. The overall conduct and context must be such that it is not possible to choose between the available inferences as a matter of common sense, experience and logic. This is a composite standard in which the three considerations interact and one may take on greater significance in a particular case. For example, when hypothetically it could be one offence or another, common sense and experience may support one inference over the other. Pure logic is not the only, or even primary consideration. Any threshold determination of relevance must also respect that it is normally the function of the trier of fact to determine what inference is accepted and the weight to be given to it, and “[f]or the trial judge to interfere in that process will in most cases constitute a usurpation of

fait est tout aussi compatible avec deux ou plusieurs infractions. Lorsqu’un accusé nie sa culpabilité relativement à l’infraction reprochée et à toute infraction incluse, les questions juridiques sont différentes et la comparaison s’étend pour englober d’autres inférences possibles, notamment celle voulant qu’aucune infraction n’a été commise. Cela dit, un aveu n’est pas la seule façon d’établir la culpabilité. Le passage précité de *White (2011)* traite l’étape de l’analyse où l’examen porte sur deux ou plusieurs infractions, c’est-à-dire à un point où une culpabilité de base a déjà été établie. La culpabilité est établie lorsque le juge des faits a déterminé que la présomption d’innocence a été réfutée par une preuve hors de tout doute raisonnable et que toute défense d’accident offerte a déjà été rejetée. Il devrait être indifférent que cette culpabilité découle d’un aveu ou d’une conclusion en ce sens.

[124] La preuve relative au comportement après le fait n’est pas toujours ou nécessairement tout aussi compatible avec la perpétration de deux infractions, et il est loisible au juge des faits de conclure que le comportement est plus compatible avec la perpétration d’une infraction plutôt que l’autre : voir *White (1998)*, par. 27. La clé consiste donc à déterminer ce qu’il faut entendre par « s’expliquer tout autant par » ou « est tout aussi compatible ». Notre Cour n’a jamais affirmé que chaque fois que plusieurs explications possibles d’un comportement sont avancées, elles deviennent « tout aussi probables les unes que les autres » et que les éléments de preuve en question perdent d’autant leur pertinence (au motif qu’ils ne rendent pas un fait plus ou moins vraisemblable). L’existence d’explications subsidiaires du comportement de l’accusé ne signifie pas que certains éléments de preuve ne sont plus pertinents. Le comportement global et le contexte doivent être tels qu’il n’est pas possible de choisir entre les inférences possibles en fonction du bon sens, de l’expérience et de la logique. Il s’agit d’une norme composée dans laquelle les trois considérations interagissent et où une d’elles peut revêtir davantage d’importance dans un cas particulier. Par exemple, lorsqu’hypothétiquement il pourrait s’agir d’une infraction ou d’une autre, le bon sens et l’expérience pourraient étayer une inférence plus que l’autre. La logique pure n’est pas la seule considération, ni même la principale.

the jury’s exclusive fact-finding role”: *White (1998)*, at para. 27.

[125] A key factor in assessing probative value is the specific nature of the conduct. In *Arcangioli*, when the sole issue was whether flight by the accused made it more likely he committed a common or aggravated assault, the nature of that accused’s conduct was singular, relatively simple, and occurred over a short period of time. In contrast, the nature of Mr. Calnen’s conduct is very different. Mr. Calnen acted over the course of many days, he took numerous risky steps to achieve the total destruction of evidence, and he began to burn Ms. Jordan’s body only after he learned that the missing person investigation had become a homicide investigation. There is a wide range of possible ways to alter, conceal or destroy evidence: from trying to wipe a surface clean to completely obliterating the evidence. What steps were taken, when they were taken, and at what risk may all be factors to consider when assessing the nature of the conduct in a particular case.

[126] The relationship between any explanation provided by the accused for his or her actions and the accused’s actual actions may also inform the determination of whether the inference is reasonable and rational as a matter of logic, common sense, and human experience. In *White (1998)*, at para. 32, the Court stated:

It is possible to imagine cases in which evidence of post-offence conduct could logically support a distinction between two levels of culpability for a single act, or between two offences arising from the same set of facts. By way of illustration, where the extent of the accused’s flight or

Toute détermination préliminaire de la pertinence doit également respecter le principe selon lequel il incombe normalement au juge des faits de décider quelle inférence est acceptée et quel poids doit lui être attribué, et, « [d]ans la plupart des cas, le juge du procès qui s’immisce dans ce processus usurpe le rôle de juge des faits exclusivement dévolu au jury » : *White (1998)*, par. 27.

[125] Un facteur clé dans l’appréciation de la valeur probante est la nature particulière du comportement. Dans l’arrêt *Arcangioli*, où la seule question à trancher était de savoir si la fuite de l’accusé rendait plus probable la perpétration de voies de fait simples ou celle de voies de fait graves, le comportement de cet accusé avait été de nature singulière, relativement simple, et il s’était produit sur une courte période. En revanche, la nature du comportement de M. Calnen est très différente. Les actes commis par M. Calnen se sont étalés sur plusieurs jours; il a pris une série de mesures risquées pour parvenir à détruire totalement la preuve, et il n’a commencé à brûler le corps de M^{me} Jordan qu’après avoir appris que l’enquête concernant la disparation de M^{me} Jordan était devenue une enquête sur un homicide. Il existe de nombreuses façons possibles d’altérer, de dissimuler ou de détruire des éléments de preuve, allant de la tentative de nettoyer une surface en l’essuyant jusqu’à l’élimination complète de la preuve. Les mesures qui ont été prises, le moment où elles l’ont été et le risque encouru pour les prendre peuvent tous être des facteurs à prendre en compte lorsque l’on apprécie la nature du comportement dans une situation en particulier.

[126] La relation entre l’explication fournie par l’accusé de ses gestes et les gestes réellement posés par l’accusé peut également aider à trancher la question de savoir si l’inférence est raisonnable et rationnelle selon la logique, le bon sens et l’expérience humaine. Dans l’arrêt *White (1998)*, para. 32, la Cour a déclaré ce qui suit :

Il est possible d’imaginer des cas dans lesquels la preuve relative au comportement de l’accusé après l’infraction pourrait logiquement étayer une distinction entre deux degrés de culpabilité à l’égard d’un même acte, ou entre deux infractions découlant d’un même ensemble de faits.

concealment is out of all proportion to the level of culpability admitted, it might be found to be more consistent with the offence charged.

When assessing the actions of an accused and the inferences that may be drawn from the after-the-fact conduct at the admissibility or no probative value stage, the trial judge may take into account the disproportionality between the explanation proffered and the conduct at issue.

After-the-Fact Conduct Evidence May Be Admissible on Intent

[127] In *Rodgerson*, this Court considered how evidence of concealment and the destruction of evidence may be probative on the issue of the accused's intent. In that case, the accused claimed that he was acting in self-defence when he caused the deceased's death. He said that the deceased attacked him with a knife, and the two struggled. He pressed down on the deceased's face with his forearm until she apparently passed out, and he passed out shortly thereafter. When he awoke in the morning, he found that she was dead. The accused moved the deceased's body to the backyard, where he removed her clothing and jewelry, placed the body in a shallow grave, poured bleach over it, and filled the grave with dirt. He disposed of items including the bloodstained mattress and carpet and used bleach to clean his home.

[128] The issue in that case was whether the evidence of the accused's concealment of the body and his attempts at clean up were relevant to the issue of his intent at the time of her death. The Court found that these actions were relevant to the accused's intent, stating:

It is relatively straightforward to understand how Mr. Rodgerson's efforts at concealment and clean-up were

À titre d'exemple, lorsque la fuite ou la dissimulation est démesurée par rapport au degré de culpabilité reconnu par l'accusé, on pourrait conclure que la preuve est plus compatible avec la perpétration de l'infraction reprochée.

Dans son appréciation des gestes de l'accusé et des inférences qui peuvent être tirées du comportement après le fait au stade de l'admissibilité ou de l'absence de valeur probante, le juge du procès peut prendre en compte la disproportion entre l'explication offerte et les gestes en cause.

Les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait peuvent être admissibles pour établir l'intention

[127] Dans l'arrêt *Rodgerson*, notre Cour a examiné la mesure dans laquelle des éléments de preuve portant sur la dissimulation et la destruction d'éléments de preuve avaient une valeur probante quant à l'intention de l'accusé. Dans cette affaire, l'accusé affirmait qu'il avait agi en état de légitime défense lorsqu'il avait causé la mort de la victime. Il affirmait que la victime l'avait attaqué avec un couteau et qu'ils en étaient venus aux coups. Il avait exercé une pression sur le visage de la victime avec son bras jusqu'à ce qu'elle semble perdre connaissance et il s'était lui aussi évanoui peu de temps après. À son réveil le lendemain matin, il s'est rendu compte qu'elle était morte. L'accusé a ensuite traîné le corps de la défunte jusqu'à la cour arrière, où il lui a retiré ses vêtements et ses bijoux; il a déposé son corps dans une tombe peu profonde, a versé du javellisant sur le corps et a rempli la tombe de terre. Il s'est débarrassé de divers objets, y compris le matelas et le tapis maculés de sang et s'est servi de javellisant pour nettoyer la maison.

[128] La question en litige dans cette affaire était celle de savoir si les éléments de preuve portant sur la dissimulation du corps de la victime par l'accusé et les tentatives faites par ce dernier pour nettoyer les lieux étaient pertinents quant à son intention au moment de la mort de la victime. La Cour a conclu que ces actes présentaient un intérêt pour ce qui est d'établir l'intention de l'accusé. Voici ce qu'elle a déclaré :

Il est relativement aisé de comprendre de quelle façon les efforts déployés par M. Rodgerson pour dissimuler le

capable of supporting the inference that he acted unlawfully. The jury could reasonably have concluded that he was attempting to conceal evidence of a crime that he had committed — that is, unlawfully causing Ms. Young’s death. However, these efforts were also capable of supporting the further inference that he was acting not merely to hide the fact that a crime had occurred, but to hide the extent of the crime. In other words, the jury might reasonably have concluded that he sought to conceal Ms. Young’s body and clean up the scene of her death in order to conceal the nature and extent of Ms. Young’s injuries and the degree of force required to inflict them. As indicated, the more severe the injuries, and the more force required to inflict them, the stronger the inference that he intended to kill Ms. Young or cause her bodily harm which he knew was likely to cause death. This is not the only inference that could be drawn from the concealment and clean-up, but it is one the jury was entitled to draw. [Emphasis deleted; para. 20.]

[129] The inferences available in *Rodgerson* are virtually identical to the inferences proposed by the Crown in this case. The Crown argued that Mr. Calnen’s extraordinary efforts to destroy the body support the further inference that he was not simply acting to conceal evidence of a crime he committed, but also to hide the extent of that crime because the nature and extent of her injuries were such that they would support a further inference that the person who inflicted them had the intent for second degree murder. This flows from common sense inferences. First, that the nature of some wounds may make them relevant to intent on second degree murder: for example, a knife wound to the heart. And second, the more severe the injuries, and the more force required to inflict them, the stronger the inference that Mr. Calnen had the requisite intent for second degree murder.

[130] The Defence argued, and the majority of the Court of Appeal accepted, that the reasoning in *Rodgerson* was unavailable here because, in that case, there was physical and forensic evidence about

corps et nettoyer les lieux pouvaient étayer l’inférence qu’il a agi de façon illégale. Le jury aurait raisonnablement pu conclure qu’il tentait de dissimuler les preuves d’un crime qu’il avait commis — soit celui d’avoir causé illégalement la mort de M^{me} Young. Toutefois, ces efforts pouvaient également permettre de conclure aussi que M. Rodgerson tentait non seulement de cacher le fait qu’un crime avait été commis, mais aussi de cacher la gravité de ce crime. En d’autres mots, le jury aurait raisonnablement pu conclure que M. Rodgerson cherchait à dissimuler le corps de M^{me} Young et à nettoyer les lieux de son décès afin de dissimuler la nature et la gravité des blessures subies par M^{me} Young et le degré de force requis pour les lui infliger. Comme indiqué précédemment, plus les blessures infligées étaient graves et plus grande était la force requise pour les infliger, plus il était possible de conclure qu’il avait l’intention de tuer M^{me} Young ou de lui causer des lésions corporelles qu’il savait de nature à causer la mort. Ce n’est pas la seule conclusion qui pouvait se dégager de la dissimulation et du nettoyage, mais c’est une conclusion que le jury pouvait tirer. [Italique omis; par. 20.]

[129] Les inférences qui pouvaient être tirées dans l’affaire *Rodgerson* sont pratiquement identiques à celles qu’avance la Couronne en l’espèce. La Couronne a plaidé que les efforts extraordinaires qu’avait déployés M. Calnen pour détruire le corps permettaient également d’inférer qu’il cherchait non seulement à dissimuler toute preuve du crime qu’il avait commis, mais aussi à camoufler la gravité de ce crime, parce que la nature et la gravité des blessures étaient telles qu’elles permettraient en outre d’inférer que la personne qui les lui avait infligées avait l’intention de commettre un meurtre au deuxième degré. Cette conclusion est le résultat d’inférences fondées sur le bon sens. Premièrement, que la nature de certaines blessures puissent les rendre pertinentes quant à l’intention de commettre un meurtre au deuxième degré : par exemple, une blessure au couteau portée au cœur. Et deuxièmement, que plus les blessures infligées étaient graves et plus grande était la force requise pour les infliger, plus il était possible d’inférer que M. Calnen avait l’intention requise pour commettre un meurtre au deuxième degré.

[130] La défense a soutenu — et les juges majoritaires de la Cour d’appel ont accepté — que le raisonnement suivi dans l’arrêt *Rodgerson* ne tenait pas en l’espèce parce que, dans cette affaire,

the nature and extent of the deceased's injuries. The Defence asserted that in the absence of similar physical evidence of the cause of death or the nature and extent of Ms. Jordan's injuries, using after-the-fact conduct as evidence of intent was pure speculation in the guise of an inference. Without knowing what Ms. Jordan's injuries were, there was nothing to ground the chain of reasoning. The majority of the Court of Appeal looked at the other evidence in the trial to determine if there was a sufficient logical connection between this conduct and Mr. Calnen's intent. Concluding that there was no other such evidence, the majority held that the requested inference on intent was simply speculative. The majority stated:

I wish to make a broader reference to cases to explain, as I understand it, why in some cases after-the-fact conduct is probative of the issue of intent, yet in others it is not. When doing so I keep in mind that the case on appeal is somewhat unique. The only evidence, other than the appellant's statement to the police and his re-enactment, is the circumstantial evidence based on texts to and from Ms. Jordan's phone and the appellant's after-the-fact conduct. That puts the issue of what limitations there are in the use of after-the-offence conduct to prove both causation and intent squarely before the court. In other cases where after-the-fact conduct has been used to prove intent there was other evidence to be considered. [para. 56]

[131] In my view, this claimed distinction fails to persuade. First, this appeal does not require the Court to determine whether after-the-fact conduct evidence, *alone*, can be used to infer intent. This was not a case in which the only evidence adduced by the Crown was the contested after-the-fact conduct evidence. There was other evidence to be considered in this case. Indeed, the above-cited paragraph itemizes some of the other evidence before the jury:

des éléments de preuve matérielle et médico-légale avaient été présentés pour démontrer la nature et la gravité des blessures subies par la défunte. La défense a fait valoir que, faute d'éléments de preuve matérielle semblables portant sur la cause du décès ou la nature et la gravité des blessures de M^{me} Jordan, l'utilisation du comportement après le fait comme preuve de l'intention n'était que spéculation formulée sous forme d'inférence. En l'absence d'éléments de preuve sur la nature des blessures subies par M^{me} Jordan, ce raisonnement ne reposait sur aucune base. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont examiné les autres éléments de preuve présentés au procès pour décider s'il existait un lien logique suffisant entre ce comportement et l'intention de M. Calnen. Concluant à l'absence d'autres éléments de preuve de ce genre, les juges majoritaires ont statué que l'inférence recherchée au sujet de l'intention relevait simplement de la spéculation. Ils ont déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] Je voudrais élargir mon analyse pour englober d'autres affaires pour expliquer pourquoi, à mon sens, le comportement après le fait a, dans certains cas, une valeur probante quant à la question de l'intention, alors que, dans d'autres, il n'en a pas. Pour ce faire, je tiens compte du fait que le dossier porté en appel est quelque peu inusité. Hormis la déclaration que l'appellant a faite à la police et sa reconstitution des événements, la seule preuve dont nous disposons est une preuve circonstancielle fondée sur des messages textes en provenance et à destination du téléphone de M^{me} Jordan et sur le comportement de l'appellant après le fait, de sorte que le tribunal est directement saisi de la question des limites de l'utilisation du comportement après le fait pour prouver à la fois le lien de causalité et l'intention. Dans d'autres affaires où le comportement après le fait a été utilisé pour prouver l'intention, il existait d'autres éléments de preuve dont le tribunal pouvait tenir compte. [par. 56]

[131] À mon avis, cette supposée distinction n'est pas convaincante. Premièrement, le présent pourvoi n'oblige pas la Cour à trancher la question de savoir si les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait, *à eux seuls*, peuvent être utilisés pour inférer l'intention. Il ne s'agit pas d'une affaire où la seule preuve présentée par la Couronne était la preuve contestée de comportement après le fait. Il y avait d'autres éléments de preuve à considérer en

texts to and from Ms. Jordan's phone, Mr. Calnen's statement to the police, and his re-enactment. There was also the non-contested after-the-fact conduct evidence, the photographs of the home and stairwell, measurements of the stairwell, Ms. Jordan's theft of Mr. Calnen's ring and laptop, and the police evidence about finding no forensic evidence in the home (which included no signs of a clean up and no physical damage to the stairwell, walls, or railings).

[132] Second, nothing said by this Court in *Rodgerson* conditions an inference concerning intent on the presence of other physical or forensic evidence demonstrating the nature and extent of injuries suffered by the deceased. Such other evidence may strengthen the inference of intent, as it did in *Rodgerson*, but *Rodgerson* does not suggest that the physical evidence available in that case was a necessary prerequisite for any inference on intent. The chain of reasoning employed by the Court in *Rodgerson*, linking the destruction of evidence and intent for murder, does not arise from, nor rest upon, the presence of other confirmatory or contradictory evidence. It is not the law that an offence must be separately established before after-the-fact conduct evidence can be used by the trier of fact to determine an accused's intent; after-the-fact conduct evidence is not merely complementary evidence.

[133] The idea that the probative value of particular after-the-fact conduct may be assessed by reference to the record as a whole simply conveys that whether an inference is rational and reasonable must be assessed in context. It does not mean that no reasonable and rational inference can be drawn

l'espèce. De fait, le paragraphe précité énumère certains autres éléments de preuve présentés au jury : des messages textes en provenance et à destination du téléphone de M^{me} Jordan, la déclaration de M. Calnen à la police et sa reconstitution des événements. Il y avait aussi la preuve non contestée de comportement après le fait, les photographies de la maison et de la cage d'escalier, les mesures de la cage d'escalier, le vol par M^{me} Jordan de la bague et de l'ordinateur portable de M. Calnen, et le témoignage du policier affirmant qu'aucune preuve médico-légale n'avait été trouvée dans la maison (notamment l'absence d'indices de nettoyage et de dommages matériels à la cage d'escalier, aux murs ou aux garde-corps).

[132] Deuxièmement, rien de ce que notre Cour a dit dans l'arrêt *Rodgerson* ne permet de penser qu'une inférence d'intention dépend de l'existence d'autres éléments de preuve matérielle ou médico-légale tendant à démontrer la nature et la gravité des blessures subies par la victime. Ces autres éléments de preuve peuvent renforcer l'inférence d'intention, comme ce fut le cas dans l'arrêt *Rodgerson*, mais cet arrêt ne laisse pas entendre que les éléments de preuve matérielle qui existaient dans cette affaire étaient une condition préalable qui devait nécessairement être remplie pour qu'une inférence sur l'intention puisse être tirée. Le raisonnement qui a été suivi par la Cour dans l'arrêt *Rodgerson* et qui établissait un lien entre la destruction des éléments de preuve et l'intention de commettre un meurtre ne découlait pas de l'existence d'autres éléments de preuve corroborante ou contradictoire pas plus qu'il n'était fondé sur de tels éléments de preuve. Il n'existe aucune règle de droit qui exige que l'on établisse d'abord qu'une infraction a été commise avant que le juge des faits puisse utiliser des éléments de preuve relatifs au comportement après le fait pour déterminer l'intention de l'accusé; les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait ne sont pas de simples éléments de preuve complémentaires.

[133] L'idée que la valeur probante d'un comportement après le fait particulier puisse être évaluée à la lumière de l'ensemble du dossier est simple : il faut tenir compte du contexte pour décider si une inférence est raisonnable et rationnelle. Il ne s'ensuit pas pour autant qu'on ne puisse pas tirer d'inférence

from the after-the-fact conduct unless there is some other direct evidence that somehow supports or corroborates it. It may be that other evidence supports a particular inference (like a body which demonstrates certain injuries were sustained), but such is not a precondition when the inference is available as a matter of common sense, logic, and human experience. The suggestion that additional and direct evidence of the nature and extent of the deceased's injuries is required before an inference is available thus finds no basis in the jurisprudence, and cannot be reconciled with the general principles and practices which govern admissibility determinations. After-the-fact conduct is assessed in context. Its significance may be strengthened or weakened by the presence or absence of other evidence, but it is not a secondary form of evidence.

[134] Not only is it an error to relegate after-the-fact conduct evidence to a supporting or secondary role, there is also a need to maintain the distinction between the threshold admissibility of evidence and the separate issue of whether the Crown has met its ultimate burden of establishing the guilt of the accused beyond a reasonable doubt. The test for the admission of evidence is first focussed on relevance, and the tendency of the evidence, as a matter of logic, common sense and human experience, to make the proposition for which it is advanced more likely than that proposition would be in the absence of that evidence. After-the-fact conduct evidence, when admitted, simply adds that piece of evidence as a building block in the Crown or Defence case. It is at the end of the case, when all the evidence has been heard, that the fact finder is required to determine how much, if any, weight they will place on this evidence, how it fits with other evidence, and whether, based on the totality of the evidence, the Crown has proved the charges beyond a reasonable doubt. Conflating these standards means that those charged with the difficult task of weighing evidence and determining innocence or guilt may be deprived of relevant evidence.

raisonnable et rationnelle du comportement après le fait s'il n'existe pas d'autres éléments de preuve directs qui confirment ou corroborent cette inférence dans un sens ou dans l'autre. Il se peut que d'autres éléments de preuve étayent une inférence particulière (comme le fait qu'un cadavre démontre que certaines blessures ont été subies), mais il ne s'agit pas d'une condition préalable qui doit être remplie dès lors que le bon sens, la logique et l'expérience humaine permettent de tirer cette inférence. La thèse suivant laquelle il est nécessaire de présenter d'autres éléments de preuve directs au sujet de la nature et de la gravité des blessures subies par la victime avant de pouvoir tirer une conclusion ne trouve aucun appui dans la jurisprudence et ne peut être conciliée avec les pratiques et principes généraux qui régissent les décisions en matière d'admissibilité. Il faut tenir compte du contexte pour évaluer le comportement après le fait. Son importance peut être renforcée ou affaiblie par la présence ou l'absence d'autres éléments de preuve, mais il ne s'agit pas d'un type de preuve secondaire.

[134] Non seulement fait-on erreur en reléguant les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait à un rôle de soutien ou à un rôle secondaire, mais il est aussi essentiel de conserver la distinction entre la norme minimale d'admissibilité de la preuve et la question distincte de savoir si la Couronne s'est acquittée de son fardeau ultime consistant à établir la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable. Le critère régissant l'admissibilité de la preuve s'intéresse en premier lieu à la pertinence, à savoir si la preuve tend, selon la logique, le bon sens et l'expérience humaine, à rendre la thèse qu'elle appuie plus vraisemblable qu'elle ne le paraîtrait sans elle. La preuve relative au comportement après le fait, lorsqu'elle est admise, vient simplement étoffer la thèse de la Couronne ou celle de la défense. C'est au terme du procès, lorsqu'il a entendu toute la preuve, que le juge des faits est appelé à se prononcer sur le poids, s'il en est, de cette preuve, et qu'il décide comment elle s'insère avec le reste de la preuve, et si, vu l'ensemble de la preuve, la Couronne a fait la preuve des actes reprochés hors de tout doute raisonnable. Si l'on confond ces critères, les personnes chargées de la tâche difficile d'apprécier la preuve et de se prononcer sur l'innocence ou la culpabilité d'un accusé pourraient être privées d'éléments de preuve pertinents.

[135] In addition, the absence of supporting physical evidence does not, as a general rule, make the inference sought speculative. To hold otherwise is to unduly limit the scope of after-the-fact conduct evidence in certain cases, and to place cases in which the accused has successfully destroyed the body of the deceased beyond the realm of proof. As in all cases engaging after-the-fact conduct evidence, the strength of the inference will be determined by the nature of the conduct, what is sought to be inferred from the conduct, the parties' positions, and the totality of the evidence: *Smith*, at para. 77. If the totality of the evidence satisfies the chain of reasoning for a particular inference, then that inference is available — regardless of whether supporting physical evidence is part of the evidentiary record.

[136] Other cases have recognized that the absence of a body does not preclude an inference on intent. In *R. v. Teske* (2005), 32 C.R. (6th) 103, the Ontario Court of Appeal considered the relevance of after-the-fact evidence of concealment to the issue of the accused's intent. In that case, the accused admitted to cremating his wife's body. He claimed that his wife had died during an altercation during which she was punching and kicking him; he pushed her, and she fell down the stairs, hit her head, and died. He stated that after he cremated his wife's body in the backyard of their home, he spread her ashes on the river — later, he admitted that he had actually dumped her ashes in a ditch. A police search of the ditch revealed the victim's ashes, bones, and teeth, as well as carpet from the accused's vehicle. Further, a forensic examination of the home exposed significant efforts to clean up evidence of bloodstains and blood spattering.

[137] The Ontario Court of Appeal concluded that the accused's after-the-fact conduct could be admitted as evidence of his intent to commit murder. The court recognized that “[t]he evidentiary value of this evidence depends on the reasonable inferences that

[135] De plus, en règle générale, l'absence d'éléments de preuve matérielle corroborante ne rend pas hypothétique l'inférence souhaitée. Conclure autrement reviendrait à restreindre indûment la portée de la preuve relative au comportement après le fait dans certains cas, et à rendre impossibles à prouver les situations dans lesquelles l'accusé a réussi à détruire le corps de la victime. Comme dans toutes les affaires où entre en jeu la preuve relative au comportement après le fait, la force de l'inférence sera déterminée par la nature du comportement, l'inférence que l'on cherche à tirer de ce comportement, la thèse des parties, et l'ensemble de la preuve : *Smith*, par. 77. Si l'ensemble de la preuve satisfait au raisonnement menant à une inférence en particulier, cette inférence peut alors être tirée, qu'il y ait ou non une preuve matérielle corroborante au dossier.

[136] D'autres décisions ont reconnu que l'absence de cadavre n'empêche pas de tirer d'inférence au sujet de l'intention. Ainsi, dans l'affaire *R. c. Teske* (2005), 32 C.R. (6th) 103, la Cour d'appel de l'Ontario s'est penchée sur la pertinence des éléments de preuve portant sur des actes après le fait visant à dissimuler de la preuve relativement à l'intention de l'accusé. Dans cette affaire, l'accusé avait admis avoir incinéré le corps de sa femme. Il prétendait que sa femme était morte à la suite d'une altercation au cours de laquelle elle lui avait asséné des coups de poing et des coups de pied. Il affirmait qu'il l'avait poussée, qu'elle était tombée dans l'escalier, s'était cogné la tête et était morte. Il a déclaré qu'après avoir incinéré le corps de sa femme dans la cour arrière de leur maison, il avait répandu ses cendres dans la rivière. Il avait plus tard admis qu'il avait en fait jeté ses cendres dans un fossé. Après avoir fouillé le fossé, les policiers ont découvert les cendres, les os et les dents de la victime, ainsi qu'une carquette provenant du véhicule de l'accusé. De plus, une analyse médico-légale de la maison avait révélé que des efforts énergiques avaient été déployés pour effacer les traces et les éclaboussures de sang.

[137] La Cour d'appel de l'Ontario a conclu que le comportement après le fait de l'accusé pouvait être admis comme preuve de son intention de commettre un meurtre. La cour a reconnu que [TRADUCTION] « [l]a valeur probante de ces éléments de preuve

a trier of fact can draw from it when considered in the context of the entirety of the evidence and the issues raised at trial”: para. 85. As a matter of common sense and human experience, when viewed in the entire evidentiary context, some after-the-fact conduct may be “reasonably capable” of supporting an inference as to the accused’s state of mind at the relevant time: para. 85. The court described the reasonableness of the inference sought, in that case, as follows:

The trial judge found that the appellant’s course of conduct from the time he killed his wife on Sunday evening until his arrest some four days later was consistent with the conduct of a person who had intentionally inflicted serious injuries on his wife and then went to great length to try to cover up what he had done and to develop an “innocent” explanation for his wife’s disappearance. For example, the trial judge’s conclusion that the appellant’s cremation of his wife’s body, which took several hours and created a strong stench, was a calculated and risky attempt to ensure that the police would be unable to determine the cause of Mrs. Teske’s death and the exact nature of her injuries. Proof of those facts could have gone a long way to determining whether the appellant acted with the intent required by s. 229(a)(ii) when he caused his wife’s death. As a matter of common sense, it is reasonable to infer that someone who destroys a body after causing the death of that person does so because he knows that the victim suffered injuries that are inconsistent with a non-intentional cause of death.

The appellant engaged in an elaborate cover-up of his wife’s killing. Faced with this evidence, the trial judge inferred that the appellant had engaged in this concerted effort to cover up his wife’s death because he had deliberately inflicted serious bodily harm likely to cause death. I think this was an eminently reasonable inference. More to the point, once it is acknowledged that the inference could be drawn, it was for the trier of fact to decide whether the inference should be drawn: *R. v. Trochym* [(2005), 186 C.C.C. (3d) 417], at para. 25. [paras. 86-87]

[138] Thus, there is no categorical legal rule against using after-the-fact conduct evidence to infer the

dépend des conclusions raisonnables que le juge des faits peut en tirer lorsqu’il tient compte de l’ensemble de la preuve et des questions soulevées au procès » : par. 85. Selon le bon sens et l’expérience humaine, lorsqu’on tient compte de l’ensemble du contexte de la preuve, certains comportements après le fait peuvent être « raisonnablement susceptibles » de permettre de tirer une inférence quant à l’état d’esprit de l’accusé au moment des faits : par. 85. Voici comment la cour a décrit le caractère raisonnable de l’inférence tirée dans cette affaire :

[TRADUCTION] Le juge du procès a conclu que le comportement de l’appelant entre le moment où il avait tué sa femme dimanche soir et celui de son arrestation quelque quatre jours plus tard concordait avec l’attitude d’une personne ayant infligé intentionnellement des blessures graves à sa femme et qui s’était ensuite donné beaucoup de mal pour essayer de camoufler ce qu’il avait fait et pour trouver une explication de la disparition de sa femme qui tendrait à l’innocenter. Par exemple, la conclusion du juge du procès selon laquelle l’incinération du corps de son épouse par l’appelant, qui avait duré plusieurs heures et provoqué une forte odeur nauséabonde, était une tentative calculée et risquée de s’assurer que la police serait incapable de déterminer la cause du décès de M^{me} Teske et la nature exacte de ses blessures. La preuve de ces faits aurait pu contribuer grandement à aider le juge à établir si l’appelant avait agi avec l’intention requise pour l’application du sous-al. 229a)(ii) lorsqu’il avait causé le décès de son épouse. Selon le bon sens, il est raisonnable d’inférer que quelqu’un qui détruit le cadavre d’une personne après avoir causé la mort de cette personne le fait parce qu’il sait que la victime a subi des blessures qui sont incompatibles avec une cause non intentionnelle de décès.

L’appelant s’est livré à une vaste opération de camouflage du meurtre de sa femme. Au vu de ces éléments de preuve, le juge du procès a conclu que l’appelant avait tout fait pour dissimuler la mort de son épouse parce qu’il avait délibérément infligé des lésions corporelles graves susceptibles de causer la mort. Je pense que cette inférence était éminemment raisonnable. Mais ce qui importe plus encore, dès lors que l’on reconnaît que cette inférence pouvait être tirée, c’est qu’il appartenait au juge des faits de décider si elle devait être tirée : *R. c. Trochym* [(2005), 186 C.C.C. (3d) 417], par. 25. [par. 86-87]

[138] Il n’existe donc pas de règle de droit interdisant catégoriquement d’utiliser la preuve relative

accused's intent. This jurisprudence clearly establishes that after-the-fact conduct evidence may be relevant to the issue of intent. Further, contrary to the submissions of Defence counsel, the cases indicate that the relevance of after-the-fact conduct to intent does not depend on the existence of further evidence (such as a body).

[139] It bears repeating that the determination of the relevance of after-the-fact conduct evidence is a case-by-case, “fact-driven exercise”: *White (2011)*, at para. 42. As such, the statement in *Teske* above — that “[a]s a matter of common sense, it is reasonable to infer that someone who destroys a body after causing the death of that person does so because he knows that the victim suffered injuries that are inconsistent with a non-intentional cause of death” — must be read as referring to the facts of that case: para. 86. It may not always be reasonable to infer that an individual who destroys a body after causing their death has done so to conceal the nature and extent of the injuries. The reasonableness of that proposition will depend on the record as a whole and the issues raised at trial.

[140] With these principles in mind, I now turn to the relevance and admissibility of the after-the-fact conduct evidence on the facts of this case.

C. *The Admissibility of the Evidence*

[141] It remains to be determined whether, as a matter of logic, common sense, and human experience, Mr. Calnen's after-the-fact conduct makes the Crown's proposition — that he intended to cause Ms. Jordan bodily harm knowing that it was likely to cause her death and was reckless as to whether death ensued — more likely than that proposition would be in the absence of that evidence. In my view, the same inferences permitted in *Rodgerson*

au comportement après le fait pour inférer l'intention de l'accusé. La jurisprudence est claire : les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait peuvent être pertinents lorsque vient le temps de trancher la question de l'intention. De plus, contrairement à ce que prétend l'avocat de la défense, selon la jurisprudence, la pertinence du comportement après le fait en ce qui a trait à l'intention ne dépend pas de l'existence d'autres éléments de preuve (comme la présence d'un cadavre).

[139] Il vaut la peine de répéter que l'appréciation de la pertinence de tout élément de preuve relatif au comportement après le fait s'effectue aux cas par cas « en fonction des faits » : *White (2011)*, par 42. En conséquence, le passage précité du jugement *Teske* — où le tribunal affirme que [TRADUCTION] « [s]elon le bon sens, il est raisonnable d'inférer que quelqu'un qui détruit le cadavre d'une personne après avoir causé la mort de cette personne le fait parce qu'il sait que la victime a subi des blessures qui sont incompatibles avec une cause non intentionnelle de décès » — doit être lu comme se rapportant aux faits de cette affaire : par. 86. Il n'est peut-être pas toujours raisonnable d'inférer qu'une personne qui détruit le corps de quelqu'un après avoir causé sa mort l'a fait pour dissimuler la nature et la gravité des blessures. Le caractère raisonnable de cette thèse dépendra du dossier dans son ensemble et des questions soulevées au procès.

[140] En gardant ces principes à l'esprit, j'aborde maintenant la pertinence et l'admissibilité des éléments de preuve relatifs au comportement après le fait au vu des faits de l'espèce.

C. *Admissibilité de la preuve*

[141] Il reste à juger si, selon la logique, le bon sens et l'expérience humaine, le comportement après le fait de M. Calnen tend à rendre la proposition de la Couronne — suivant laquelle M. Calnen avait l'intention de causer à M^{me} Jordan des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer sa mort et qu'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non — plus vraisemblable qu'elle ne le paraîtrait sans cette preuve. À mon avis, les faits de l'espèce

also arise on these facts in respect of Mr. Calnen's after-the-fact conduct.

[142] As noted, if a trial judge finds that a piece of evidence is not relevant to a live issue (i.e., if it is incapable of making the proposition for which it is advanced more likely than it would be in the absence of the evidence), then it is her responsibility to either exclude the evidence, or, if it is already admissible for another purpose, provide a limiting or no probative value instruction. If, however, the evidence is found to be relevant (i.e., it has some tendency to make the proposition more likely), then it will be up to the trier of fact to determine how much weight it should be given.

[143] The Defence argued that because there are multiple explanations for Mr. Calnen's behaviour, any inference concerning intent lacks probative force and is stripped of relevance. There are multiple explanations for Mr. Calnen's conduct. They include that he panicked and did not want anyone to find out Ms. Jordan was dead; that he sought to hide the fact that her death was not an accident but was caused by him; and/or that he wanted to hide injuries that showed that he *intended* to cause Ms. Jordan's death.

[144] However, the mere existence of two or more *plausible* explanations for given after-the-fact conduct does not make that conduct *equally consistent* with those explanations such that a proffered inference may lose its probative force. Further, the fact that multiple explanations can be produced for after-the-fact conduct does not automatically mean that that conduct is equally consistent with multiple offences — it simply means that alternative explanations exist and are arguable.

[145] Whether an inference is available is measured against what is reasonable and rational according to logic, human experience, and common sense.

permettent de tirer, relativement au comportement après le fait de M. Calnen, des inférences comme celles qui sont permises par l'arrêt *Rodgerson*.

[142] Rappelons que si la juge d'un procès conclut qu'un élément de preuve n'est pas pertinent à l'égard d'une question en litige (c.-à-d. s'il est incapable de rendre la thèse pour laquelle il a été présenté plus vraisemblable qu'elle ne le serait en l'absence de cette preuve), il lui incombe d'exclure la preuve, ou, si celle-ci est déjà admissible à une autre fin, de donner une directive restrictive ou une directive indiquant qu'elle n'a aucune valeur probante. Toutefois, si la preuve est jugée pertinente (c.-à-d. qu'elle tend d'une façon quelconque à rendre la thèse plus vraisemblable), il appartiendra au juge des faits de décider du poids à lui attribuer.

[143] La défense soutenait que, comme on pouvait avancer plusieurs raisons pour expliquer le comportement de M. Calnen, toute inférence sur son intention était dépourvue de force probante et de pertinence. Le comportement de M. Calnen peut s'expliquer de multiples façons, notamment par le fait que ce dernier a paniqué et qu'il tenait à ce que personne ne sache que M^{me} Jordan était décédée, qu'il a essayé de dissimuler le fait que sa mort n'était pas accidentelle, mais qu'elle avait bien été causée par lui ou qu'il voulait dissimuler les blessures qui révélaient qu'il *avait l'intention* de causer la mort de M^{me} Jordan.

[144] Cependant, le simple fait qu'il existe deux ou plusieurs explications *plausibles* pour un comportement après le fait donné ne rend pas ce comportement *tout aussi compatible* avec ces explications au point de faire perdre sa force probante à l'inférence proposée. De plus, le fait que diverses explications peuvent être avancées pour un comportement après le fait ne signifie pas automatiquement que ce comportement est tout aussi compatible avec la perpétration de multiples infractions; cela signifie simplement qu'il existe d'autres explications et qu'elles sont défendables.

[145] La réponse à la question de savoir s'il est permis de tirer une inférence donnée dépend de ce qui est raisonnable et rationnel, selon la logique,

It is this combination which informs the determination of whether the impugned evidence makes the proposition more or less likely. This is an evaluative assessment, which is not defeated simply by listing alternative explanations. As long as the evidence is more capable of supporting the inference sought than the alternative inferences, then it is up to the fact finder, after considering all explanations, to determine what, if any, inference is accepted, and the weight, if any, to be provided to a piece of circumstantial evidence.

[146] The drawing of inferences is fact specific. However, the strength of the inferential link between the evidence in question and the fact to be established is often assessed based on factors such as what was done, when it occurred, and the risks associated with such conduct. In this case, Mr. Calnen first hid Ms. Jordan's body in a remote location. After he learned the missing person investigation became a homicide investigation, he embarked on a multi-step process to completely destroy the body by reducing it to ash and fragments. He retrieved a body that had been exposed in the woods and had been compromised by the elements. He took that body to one location, built a fire, and burned it. He moved the torso to his home and burned it further in his backyard, until it was only unidentifiable remains. He traveled with those remains on two occasions and placed them in a lake. This conduct involved repeated, risky, and successive actions across a considerable span of time.

[147] On the day that Ms. Jordan died, she and Mr. Calnen fought. Mr. Calnen threatened suicide: showing a distressed emotional state. Mr. Calnen was the only person present when Ms. Jordan died. The text messages exchanged between Ms. Jordan and Mr. Weeks in the weeks prior to Ms. Jordan's death reveal that Ms. Jordan and Mr. Calnen had a tumultuous, even violent, domestic relationship, and that it was ending. Ms. Jordan did not feel safe and wanted

l'expérience humaine et le bon sens. C'est cette combinaison de facteurs qui permet de juger si la preuve contestée rend la proposition avancée plus ou moins vraisemblable. On ne peut faire échec à cette évaluation en se contentant d'énumérer d'autres explications possibles. Dès lors que la preuve est plus susceptible d'étayer l'inférence souhaitée que les autres inférences, il appartient au juge des faits, après avoir tenu compte de toutes les explications avancées, de décider s'il y a lieu le cas échéant d'accepter une inférence et le poids, s'il en est, qu'il accorde à un élément de preuve circonstancielle.

[146] L'opération consistant à tirer une inférence est tributaire des faits. Cependant, la solidité du lien inférentiel entre la preuve en question et le fait que l'on cherche à établir est souvent évaluée en fonction de facteurs tels que la nature des actes qui ont été accomplis et le moment où ils l'ont été, ainsi que les risques que comporte ce type de comportement. Dans le cas qui nous occupe, M. Calnen a d'abord caché le corps de M^{me} Jordan dans un endroit éloigné. Après avoir appris que l'enquête concernant la disparation de M^{me} Jordan était devenue une enquête sur un homicide, il a entrepris une série de démarches afin de détruire complètement le cadavre en le réduisant en cendres et en fragments. Il a récupéré le corps qu'il avait laissé dans le bois et qui avait été exposé et soumis aux intempéries. Il a amené le cadavre à un autre endroit où il a allumé un feu et a brûlé le corps. Il a rapporté le torse chez lui et a continué à le brûler dans sa cour arrière jusqu'à ce qu'il ne reste plus que des restes non identifiables. Il s'est déplacé avec les restes en question à deux reprises puis a fini par les jeter dans un lac. Ce comportement impliquait la prise de mesures risquées, systématiques et successives échelonnées sur une longue période.

[147] Le jour où M^{me} Jordan est décédée, elle et M. Calnen s'étaient querellés. Monsieur Calnen a menacé de se suicider, manifestant un état de détresse émotive. Monsieur Calnen était la seule personne présente lorsque M^{me} Jordan est décédée. Les messages textes que ce sont échangés M^{me} Jordan et M. Weeks au cours des semaines qui ont précédé le décès de M^{me} Jordan révèlent que cette dernière et M. Calnen entretenaient une relation conjugale

to move back to her mother's home. Ms. Jordan was leaving their home with some of his property.

[148] In my view, the nature of the conduct (Mr. Calnen's successful destruction of Ms. Jordan's body, and with it any evidence of her injuries), its relationship to the evidentiary record (which includes evidence of a relationship fraught with discord, including violence and threats of suicide), and the issues raised at trial (the Crown's theory that Mr. Calnen destroyed the body to hide the nature and extent of the injuries) indicate that the evidence was relevant to Mr. Calnen's level of culpability. In other words, the after-the-fact conduct evidence makes the Crown's proposition — that Mr. Calnen intended to cause Ms. Jordan bodily harm knowing that it was likely to cause her death and was reckless as to whether death ensued — more likely than that proposition would be in the absence of this evidence. Mr. Calnen's determined efforts over numerous days to destroy Ms. Jordan's body strengthen the inference that he attempted to remove any ability to ascertain Ms. Jordan's cause of death and the nature and extent of her injuries.

[149] In addition, and as stated above, proportionality is one possible element of the "reasonableness" of an inference: *White (1998)*, at para. 32. It was open to the trial judge, in his gatekeeper function, to determine that Mr. Calnen's attempts to conceal and destroy Ms. Jordan's body were out of all proportion to either the claim that this was an accidental death and/or to the offence of manslaughter. Indeed, MacDonald C.J. considered the extreme measures Mr. Calnen took to destroy Ms. Jordan's body to infer that the nature of the injuries on Ms. Jordan's body would reveal that Mr. Calnen had the intention to kill Ms. Jordan (second degree murder), not just the fact that he did kill her by committing an unlawful act (manslaughter).

tumultueuse, voire violente, et qu'elle tirait à sa fin. Madame Jordan ne se sentait pas en sécurité et voulait retourner vivre chez sa mère. Elle s'appropriait à quitter leur demeure avec certains biens de monsieur.

[148] À mon avis, la nature du comportement de M. Calnen (le fait qu'il a réussi à détruire le cadavre de M^{me} Jordan et, du même coup, tout élément de preuve portant sur les blessures qu'elle a subies), son lien avec le dossier de la preuve (qui révèle notamment une relation de couple marquée par la discorde, des actes de violence et des menaces de suicide), et les questions soulevées au procès (la thèse de la Couronne selon laquelle M. Calnen avait détruit le corps pour cacher la nature et la gravité des blessures) indiquent que la preuve était pertinente à l'égard du degré de culpabilité de M. Calnen. Autrement dit, la preuve relative au comportement après le fait tend à rendre la proposition de la Couronne — suivant laquelle M. Calnen avait l'intention de causer à M^{me} Jordan des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer sa mort et qu'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non — plus vraisemblable qu'elle ne le paraîtrait sans cette preuve. Les efforts soutenus qu'a déployés M. Calnen pendant plusieurs jours pour détruire le cadavre de M^{me} Jordan renforcent l'inférence selon laquelle il tentait de supprimer toute capacité de déterminer la cause du décès de M^{me} Jordan ainsi que la nature et la gravité de ses blessures.

[149] En outre, rappelons que la proportionnalité est l'un des éléments possibles du « caractère raisonnable » d'une inférence : *White (1998)*, par. 32. Il était loisible au juge du procès, dans l'exercice de son rôle de gardien, de déterminer que les mesures prises par M. Calnen pour tenter de dissimuler et de détruire le cadavre de M^{me} Jordan étaient démesurées par rapport à l'allégation qu'il s'agissait d'un décès accidentel ou à l'infraction d'homicide involontaire coupable. D'ailleurs, le juge en chef MacDonald a tenu compte des mesures extrêmes qu'a prises M. Calnen pour détruire le cadavre de M^{me} Jordan afin d'inférer que la nature des blessures infligées au corps de M^{me} Jordan révélerait que M. Calnen avait l'intention de tuer M^{me} Jordan (meurtre au deuxième degré) et non seulement qu'il l'avait effectivement tuée en commettant un acte illégal (homicide involontaire coupable).

[150] In conclusion, the relevant, reasonable, and rational inference that the jury could draw regarding Mr. Calnen’s level of culpability, on the basis of the contested after-the-fact conduct evidence, is similar to that described in *Rodgerson* — that Mr. Calnen concealed and destroyed Ms. Jordan’s body “in order to conceal the nature and extent of her injuries and the degree of force required to inflict them”: para. 27; see also *Teske*, at paras. 86-87. Ms. Jordan’s body would have provided evidence of how she died. If Mr. Calnen had not destroyed Ms. Jordan’s body, that evidence could have established the cause of her death and been relevant to his intent to kill her. The common sense inference is that he took those actions to conceal evidence of what he had done. His successful destruction of this evidence is out of all proportion to the explanation put forward and could support the inference that Mr. Calnen sought to conceal this evidence and to hide not only the existence of a crime, but its extent.

V. Should the Trial Judge Have Granted the Defence Application for a Directed Verdict?

[151] The Defence stated that if the after-the-fact conduct was admissible on the issue of Mr. Calnen’s intent for second degree murder, there would have been sufficient evidence to withstand the directed verdict application. There is therefore no need to address this issue.

VI. Did the Trial Judge Properly Instruct the Jury?

[152] Most of Mr. Calnen’s critique on the sufficiency of the jury charge centred on whether the after-the-fact conduct was properly before the jury on the issue of intent and whether a no probative value limiting instruction was necessary. Given my previous findings, only two of the Defence’s remaining arguments about the instructions need to be addressed. First, did the jury charge differentiate between using after-the-fact conduct evidence on

[150] Pour terminer, l’inférence pertinente, raisonnable et rationnelle que le jury pouvait tirer au sujet du degré de culpabilité de M. Calnen, compte tenu de la preuve contestée de comportement après le fait, est semblable à celle dont il était question dans l’arrêt *Rodgerson* : M. Calnen a dissimulé et détruit le corps de M^{me} Jordan « afin de dissimuler la nature et la gravité de ses blessures et le degré de force requis pour les infliger » : par. 27; voir également *Teske*, par. 86-87. La dépouille de M^{me} Jordan aurait fourni des éléments de preuve sur la manière dont elle était décédée. Si M. Calnen n’avait pas détruit le corps de M^{me} Jordan, ces éléments de preuve auraient pu établir la cause de sa mort et être pertinents relativement à son intention de la tuer. L’inférence fondée sur le bon sens est qu’il a pris ces mesures pour dissimuler la preuve de ce qu’il avait fait. Sa destruction de ces éléments de preuve est démesurée par rapport à l’explication qu’il a avancée et serait susceptible d’étayer l’inférence suivant laquelle M. Calnen a tenté de dissimuler ces éléments de preuve et de camoufler non seulement l’existence d’un crime, mais sa gravité.

V. Le juge du procès aurait-il dû accueillir la requête en verdict imposé de la défense?

[151] L’avocat de la défense a souligné que, si le comportement après le fait était admissible en preuve au sujet de la question de l’intention de M. Calnen relativement à un meurtre au deuxième degré, il y aurait eu suffisamment d’éléments de preuve pour résister à la requête en verdict imposé. Par conséquent, il n’est pas nécessaire d’examiner cette question.

VI. Le juge du procès a-t-il donné des directives appropriées au jury?

[152] La critique de M. Calnen sur la suffisance de l’exposé au jury portait principalement sur la question de savoir si le comportement après le fait avait été soumis de façon appropriée au jury au regard de la question de l’intention et si une directive restrictive quant à l’absence de valeur probante était nécessaire. Vu les conclusions auxquelles je suis déjà arrivée, il ne reste que deux arguments à examiner parmi ceux qu’avait soulevés la défense

causation and intent? Second, did the instructions sufficiently delineate how this after-the-fact conduct evidence could be used to infer intent?

A. *Using After-the-Fact Conduct Evidence on Causation and Intent*

[153] The reviewing court will assess the jury charge in its entirety: see *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314, at paras. 14 and 20; *R. v. Jaw*, 2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26, at para. 32. In each case, the jury must be properly — but not perfectly — instructed: see *Jacquard*, at para. 2. The trial judge’s instructions to the jury must be sufficient to inform the jurors on “the issues involved, the law relating to the charge the accused is facing, and the evidence they should consider in resolving the issues”: *R. v. Cooper*, [1993] 1 S.C.R. 146, at p. 163.

[154] In my view, the instructions adequately differentiated between using this evidence in relation to causation and intent. The trial judge gave two instructions on after-the-fact conduct evidence: first in relation to causation, and second on intent for second degree murder. Certain statements and principles were repeated in both parts of the instructions.

[155] In terms of causation, the trial judge set out the inference that the Crown requested — that these actions were evidence that Mr. Calnen knew he committed a crime. The trial judge also set out other available inferences and informed the jury that they need not draw the requested inference by the Crown. The trial judge informed the jury that “[w]hat a person does after a crime was committed may help you decide whether it was that person who committed it. It may help, it may not help”: A.R.,

relativement aux directives. Premièrement, l’exposé au jury a-t-il fait la distinction entre l’utilisation de la preuve relative au comportement après le fait selon qu’il s’agissait du lien de causalité ou de l’intention? Deuxièmement, les directives circonscrivaient-elles suffisamment la manière dont cette preuve relative au comportement après le fait pouvait être utilisée pour inférer l’intention?

A. *L’utilisation de la preuve relative au comportement après le fait au regard du lien de causalité et de l’intention*

[153] La juridiction de contrôle examine l’exposé au jury au complet : voir *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314, par. 14 et 20; *R. c. Jaw*, 2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26, par. 32. Dans chaque cas, le jury doit avoir reçu des directives non pas parfaites, mais appropriées : voir *Jacquard*, par. 2. Les directives que le juge du procès donne aux jurés doivent être suffisantes pour leur permettre de comprendre les « questions soulevées, le droit relatif à l’accusation à laquelle l’accusé fait face et les éléments de preuve dont ils devraient tenir compte pour trancher les questions » : *R. c. Cooper*, [1993] 1 R.C.S. 146, p. 163.

[154] À mon avis, les directives ont adéquatement fait la distinction entre l’utilisation de ces éléments de preuve selon qu’il s’agissait du lien de causalité ou de l’intention. Le juge du procès a donné deux directives au sujet de la preuve relative au comportement après le fait : la première concernait le lien de causalité et la seconde, l’intention requise dans le cas d’un meurtre au deuxième degré. Certains principes et explications ont été répétés dans les deux parties des directives.

[155] Pour ce qui est du lien de causalité, le juge du procès a énoncé l’inférence que la Couronne demandait de tirer, soit que les actes en question constituaient une preuve du fait que M. Calnen savait qu’il avait commis un crime. Le juge du procès a également exposé les autres inférences possibles et informé les jurés qu’ils n’étaient pas tenus de tirer l’inférence demandée par la Couronne. Le juge du procès a fait savoir aux jurés que [TRADUCTION] « [c]e que fait une personne après qu’un crime a

vol. I, at p. 133. The jury was told that, generally, after-the-fact conduct evidence may support an inference of culpability, but that “the conduct may be that of an innocent person who simply wants to avoid involvement in a police investigation or embarrassment for himself or others or because the person is anxious and confused”: p. 133. More specifically, they were informed:

Evidence that a person burned the body of a deceased may show that the person acted in a manner which, based on human experience and logic, is consistent with the conduct of a person who is blameworthy and inconsistent with the conduct of a person who is not blameworthy. Burning a body may also be caused by some other reason that has nothing to do with having committed an unlawful act. [p. 133]

[156] In addition, the jury was asked to consider the weight to be given to this circumstantial evidence, together with all of the other evidence, and told to consider this at the end of their deliberations. There was also an express caution against jumping too quickly to a conclusion and the jury was warned further that after-the-fact conduct evidence would not, alone, establish the guilt of Mr. Calnen beyond a reasonable doubt:

Keep in mind that any inference you may draw to the effect that the accused burned Reita Jordan’s body to evade the consequences is not by itself sufficient to prove the guilt of the accused beyond a reasonable doubt. It is simply another piece of circumstantial evidence to use in making your ultimate determination. [p. 134]

[157] The second instruction on the after-the-fact conduct evidence occurred squarely within the trial judge’s discussion of intent for second degree murder. The trial judge introduced his discussion of intent as follows: “If you are satisfied beyond a reasonable doubt that what happened to Reita Jordan was not an accident, you must go on to the next

été commis peut vous aider à juger si c’est cette personne qui en est l’auteur. Cela peut vous aider, mais pas toujours » : d.a., vol. I, p. 133. Le jury a été informé que, de façon générale, la preuve relative au comportement après le fait peut étayer une inférence de culpabilité, mais que « le comportement peut être celui d’une personne innocente qui veut simplement éviter d’être mêlée à une enquête de la police ou à une situation embarrassante pour elle-même ou pour d’autres, ou encore celui d’une personne qui est anxieuse et confuse » : p. 133. Plus précisément, les jurés ont été informés en ces termes :

[TRADUCTION] La preuve du fait qu’une personne a brûlé le corps d’une autre personne décédée peut montrer qu’elle a agi d’une manière qui, selon l’expérience humaine et la logique, est compatible avec le comportement d’une personne ayant commis un acte répréhensible et incompatible avec celui d’une personne qui n’a rien fait de mal. Il se peut aussi qu’une personne brûle un corps pour une raison qui n’a rien à voir avec la perpétration d’un acte illicite. [p. 133]

[156] De plus, le juge du procès a demandé aux jurés de se pencher sur la question du poids à attribuer à cette preuve circonstancielle, ainsi qu’à l’ensemble des autres éléments de preuve, et de faire cette appréciation à l’issue de leurs délibérations. Il a aussi prévenu expressément les jurés de ne pas tirer une conclusion de façon précipitée et il les a en outre mis en garde que la preuve relative au comportement après le fait n’établirait pas, à elle seule, la culpabilité de M. Calnen hors de tout doute raisonnable :

[TRADUCTION] Rappelez-vous que toute inférence que vous pourriez tirer selon laquelle l’accusé a brûlé le corps de Reita Jordan pour éviter les conséquences n’est pas suffisante en soi pour établir la culpabilité de l’accusé hors de tout doute raisonnable. Elle constitue simplement un autre élément de preuve circonstancielle dont vous pourrez tenir compte pour rendre votre décision finale. [p. 134]

[157] La deuxième directive sur la preuve relative au comportement après le fait a été donnée dans l’exposé du juge du procès sur l’intention relative au meurtre au deuxième degré. Le juge a introduit son exposé sur l’intention en ces termes : [TRADUCTION] « Si vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable que ce qui est arrivé à Reita Jordan n’était pas

question. Did Paul Trevor Calnen have the . . . state of mind required for murder?” (p. 160). The trial judge then instructed the jury on how to determine Mr. Calnen’s state of mind at the time of the murder, looking to his “words and conduct before, at the time and after Reita Jordan’s death”: p. 161. The trial judge repeated his earlier instructions on after-the-fact conduct evidence. He then expressly provided further instructions that signalled to the jury that it was to consider the after-the-fact conduct evidence in relation to intent differently and separately from the issue of causation:

In this regard, you may take into account the evidence of Mr. Calnen’s burning of Reita Jordan’s body in determining whether he intended to kill Ms. Jordan or to cause her serious bodily harm which he knew was likely to cause death. On this issue, you will need to consider the evidence in a different way than I have instructed you previously. You may conclude that Mr. Calnen sought to burn Ms. Jordan’s body in order to conceal the evidence. You may or not reach this conclusion. It is up to you. But if you do reach this conclusion, you may consider this along with all of the other pertinent evidence in determining whether Paul Trevor Calnen had the requisite intent for second degree murder.

Please remember, as I have said before, that awareness of having committed a blameworthy act is not the only reason why someone might burn a body. Mr. Calnen’s actions in burning and hiding the body are after-the-fact conduct which may or may not assist you in determining his guilt or innocence. This evidence may or may not assist you in determining intent. In the event, based on all of the evidence; you determine guilt, this after-the-fact conduct may help -- may or may not help you decide whether it was murder or manslaughter. [pp. 164-65]

[158] The trial judge’s instructions on the after-the-fact conduct evidence as they related to intent were framed within his instructions on second degree murder, and he expressly stated that the after-the-fact

un accident, vous devez passer à la question suivante : Paul Trevor Calnen avait-il [. . .] l’état d’esprit requis pour commettre un meurtre? » (p. 160). Le juge du procès a ensuite expliqué aux jurés comment déterminer l’état d’esprit de M. Calnen au moment du meurtre, c’est-à-dire en examinant « ses paroles et ses gestes au moment du décès de Reita Jordan, ainsi qu’avant et après » : p. 161. Le juge du procès a répété ses directives précédentes au sujet de la preuve relative au comportement après le fait. Il a ensuite expressément donné d’autres directives qui signalaient clairement aux jurés qu’ils devaient prendre en compte la preuve relative au comportement après le fait en rapport avec l’intention différemment et de façon distincte de la question du lien de causalité :

[TRADUCTION] À cet égard, vous pouvez tenir compte de la preuve du fait que M. Calnen a brûlé le corps de Reita Jordan pour décider s’il avait l’intention de la tuer ou de lui causer de graves lésions corporelles qu’il savait être de nature à causer sa mort. Sur ce point, vous devrez examiner la preuve d’une façon différente de celle que j’ai déjà expliquée. Vous pouvez conclure que M. Calnen a cherché à brûler le corps de M^{me} Jordan afin de dissimuler la preuve. Vous pouvez en arriver à cette conclusion, mais pas forcément. C’est une décision qui vous appartient. Cependant, si vous en arrivez à cette conclusion, vous pourrez en tenir compte au même titre que tous les autres éléments de preuve pertinents pour décider si Paul Trevor Calnen avait l’intention requise pour commettre un meurtre au deuxième degré.

Rappelez-vous, comme je l’ai déjà mentionné, que la conscience d’avoir commis un acte répréhensible n’est pas la seule raison qui inciterait une personne à brûler un corps. Le fait que M. Calnen a brûlé et dissimulé le corps constitue un comportement après le fait qui peut vous aider à déterminer sa culpabilité ou son innocence, mais pas nécessairement. Cette preuve peut vous aider à déterminer l’intention, mais pas forcément. Si vous en arrivez, à la lumière de l’ensemble de la preuve, à la conclusion que l’accusé est coupable, ce comportement après le fait peut vous aider — peut vous aider, mais pas forcément, à juger s’il s’agissait d’un meurtre ou d’un homicide involontaire coupable. [p. 164-165]

[158] Les directives du juge du procès sur la preuve relative au comportement après le fait en lien avec l’intention ont été formulées à l’intérieur de ses directives sur le meurtre au deuxième degré, et il a expressément

conduct evidence was being discussed in relation to a different purpose than he had instructed previously on causation. The jury would have known that it was being asked to consider the evidence for the new and distinct purpose of intent. In my view, this clear structure and proper guidance adequately explained the different uses of this evidence as between causation and intent.

B. The Instructions Sufficiently Delineated Which Aspects of This After-the-Fact Conduct Evidence Could Be Used to Infer Intent

[159] The Defence also argued that the instructions on intent were not clear or adequate because the judge should have expressly connected the after-the-fact conduct evidence of concealment to the nature and extent of injuries that Ms. Jordan may have suffered: see *Rodgerson*, at para. 28. The Defence claimed that the trial judge’s reference to “conceal the evidence” was too general to be of assistance.

[160] By way of background, in the pre-charge meetings with Defence counsel and the Crown, the Crown requested and the trial judge originally proposed instructions which tracked the wording used in *Rodgerson*: “You may conclude that Mr. Calnen sought to burn Ms. Jordan’s body in order to conceal the nature of the injuries and the degree of force required to inflict them” (A.R., vol. III, at pp. 2151-52). In response, Defence counsel objected to this wording and argued that the more specific wording drawn from *Rodgerson* amounted to “directing the jury to speculate”: p. 2152. At Defence counsel’s suggestion, the judge then changed the charge to read: “. . . you may conclude that Mr. Calnen sought to burn Ms. Jordan’s body in order to conceal the evidence . . .” (p. 2154). Thus, the trial judge’s final choice of wording, being “conceal the evidence”, was crafted in response to a request by Defence counsel.

affirmé que son exposé sur la preuve relative au comportement après le fait était livré dans un but différent de celui de son exposé précédent sur le lien de causalité. Les jurés auraient su qu’on leur demandait d’examiner la preuve dans le but nouveau et distinct de l’intention. À mon avis, cette structure claire et ces directives appropriées expliquaient adéquatement les différentes utilisations de cette preuve, selon qu’il s’agissait du lien de causalité ou de l’intention.

B. Les directives circonscrivaient suffisamment les aspects de la preuve relative au comportement après le fait qui pouvaient être utilisés pour inférer l’intention

[159] La défense a en outre soutenu que les directives concernant l’intention n’étaient ni claires ni suffisantes, parce que le juge aurait dû établir un lien explicite entre la preuve relative au comportement après le fait et la nature et la gravité des blessures que M^{me} Jordan aurait pu avoir subies : voir *Rodgerson*, par. 28. La défense a fait valoir que la mention, par le juge du procès, de l’intention de [TRADUCTION] « dissimuler la preuve » était trop générale pour être utile.

[160] En fait, au cours des rencontres préalables à l’exposé au jury tenues avec l’avocat de la défense et la Couronne, la Couronne a demandé — et le juge du procès a initialement proposé — des directives dont la formulation suivait celle de l’arrêt *Rodgerson* : [TRADUCTION] « Vous pouvez conclure que M. Calnen a tenté de brûler le corps de M^{me} Jordan afin de dissimuler la nature des blessures et le degré de force requis pour les infliger » (d.a., vol. III, p. 2151-2152). En réponse, l’avocat de la défense s’est opposé à cette formulation et a fait valoir que l’utilisation de mots plus précis semblables à ceux qui avaient été employés dans l’affaire *Rodgerson* équivalait à « demander aux jurés de formuler des hypothèses » : p. 2152. Donnant suite à la suggestion de l’avocat de la défense, le juge a alors modifié l’exposé pour qu’il soit ainsi libellé : « . . . vous pouvez conclure que M. Calnen a tenté de brûler le corps de M^{me} Jordan afin de dissimuler la preuve . . . » (p. 2154). En conséquence, la formulation retenue par le juge du procès, à savoir « dissimuler la preuve », a été élaborée en réponse à une demande de l’avocat de la défense.

[161] Trial judges bear the ultimate responsibility for the content, accuracy, and fairness of the jury charge: see *Jaw*, at para. 44; *Jacquard*, at para. 37; *R. v. Khela*, 2009 SCC 4, [2009] 1 S.C.R. 104, at para. 49. Both Crown and Defence counsel are obliged to “assist the trial judge and identify what in their opinion is problematic with the judge’s instructions to the jury”: *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523, at para. 58. In this case, the suggestions of Defence counsel are assumed to be in furtherance of that obligation and to help the judge leave the jury with a “sufficient understanding of the facts as they relate to the relevant issues”: *Jacquard*, at para. 14. In this instance, a sufficient understanding was achieved. No confusion or unfairness was generated by counsel’s suggestion that the instruction be shortened and generalized. In most cases, a more precise explanation, and an express statement of the available inferences, are likely to provide greater guidance to the jury. Nonetheless, this particular treatment of the subject is sufficient in the circumstances. The jury knew they were dealing with the intent for second degree murder, and the judge clearly outlined the intent requirements for second degree murder. In addition, the trial judge expressly told the jury that they would need to consider the after-the-fact conduct in a different way for intent than for causation and that they may or may not be assisted by this evidence. The trial judge referred to competing inferences the jury could draw from the after-the-fact conduct evidence and cautioned them to reserve their judgment on the after-the-fact conduct evidence until they were “putting all the evidence together”: A.R., vol. I, at p. 134.

[162] According to *Daley*, at para. 58, the jury charge is also to be understood in the context of the arguments made by the parties. The link between intent and concealing evidence was made by the Crown in its closing argument. The Crown’s theory was that the reason Mr. Calnen burned Ms. Jordan’s body was so that the police would not find the injuries he inflicted upon her. The trial judge also referred to this link when addressing the Crown’s theory of the case,

[161] C’est au juge du procès qu’incombent en définitive la teneur, la justesse et l’équité de l’exposé qu’il présente au jury : voir *Jaw*, par. 44; *Jacquard*, par. 37; *R. c. Khela*, 2009 CSC 4, [2009] 1 R.C.S. 104, par. 49. Tant le procureur de la Couronne que l’avocat de la défense ont l’obligation « [d’assister] le juge du procès, en relevant les aspects des directives au jury qu’ils estiment problématiques » : *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523, par. 58. En l’espèce, nous présumons que les suggestions de l’avocat de la défense sont données en exécution de cette obligation et pour aider le juge à faire en sorte que les jurés aient « une compréhension suffisante des faits relatifs aux questions pertinentes » : *Jacquard*, par. 14. En l’espèce, cet objectif a été atteint. La demande de l’avocat d’abrèger la directive et de la rendre plus générale ne prêtait nullement à confusion ni n’a entraîné un traitement inéquitable. Dans la plupart des cas, une explication plus précise et une description explicite des inférences possibles vont vraisemblablement guider davantage les jurés. Néanmoins, le traitement particulier de la question est suffisant en l’espèce. Les jurés savaient qu’ils devaient se prononcer sur l’intention requise dans le cas d’un meurtre au deuxième degré et le juge a décrit de façon claire les exigences relatives à cette intention. De plus, il a mentionné expressément aux jurés qu’ils devraient examiner le comportement après le fait d’une façon différente selon qu’il s’agissait de l’intention ou du lien de causalité et que cette preuve pourrait leur être utile, mais pas forcément. Le juge du procès a mentionné les inférences concurrentes que le jury pourrait tirer de la preuve relative au comportement après le fait et il a demandé aux jurés de ne tirer leur conclusion définitive au sujet de cette preuve qu’une fois [TRADUCTION] « qu’ils auraient réuni tous les éléments de preuve » : d.a., vol. I, p. 134.

[162] Selon l’arrêt *Daley*, par. 58, l’exposé au jury doit en outre être interprété en fonction des arguments invoqués par les parties. La Couronne a fait le lien entre l’intention et la dissimulation de la preuve au cours de sa plaidoirie finale. Elle a soutenu que M. Calnen aurait brûlé le corps de M^{me} Jordan afin que la police ne puisse voir les blessures qu’il avait infligées à la victime. Le juge du procès a également fait allusion à ce lien lorsqu’il a commenté la thèse

and explained the relevance that the Crown sought to draw from the evidence — that Mr. Calnen intended to kill Ms. Jordan or to cause her serious bodily harm which he knew was likely to cause death.

[163] Jury charges do not have to adhere to prescriptive formulas — it is the substance of the charge that matters: see *R. v. Mack*, 2014 SCC 58, [2014] 3 S.C.R. 3, at para. 48. In this case, the trial judge explicitly linked the destruction of Ms. Jordan’s body with the concealment of *evidence*. The trial judge has “a general duty to inform the jury of the relevant evidence, and to assist the jury in linking that evidence to the issues that it must consider in reaching a verdict”: *Rodgerson*, para. 30. However, “[t]he level of detail that is required varies depending on the context”: para. 30. In context, this level of detail provided sufficient guidance to the jury on the inference available to them on Mr. Calnen’s intent.

C. *Conclusion on After-the-Fact Conduct and Intent*

[164] The after-the-fact conduct evidence was relevant to a live, material issue — Mr. Calnen’s intent — and it was therefore admissible. The instructions to the jury adequately differentiated between using after-the-fact conduct evidence on causation and intent, and they sufficiently delineated how this after-the-fact conduct evidence could be used to infer intent.

VII. Unreasonable Verdict

A. *Introduction*

[165] Given my conclusions on the previous issues, I am now required to consider whether the jury verdict was unreasonable. An unreasonable verdict, or a verdict which cannot be supported by the evidence, is one that “a properly instructed jury acting judicially could not reasonably have rendered”: *R. v.*

de la Couronne et a expliqué la pertinence que la Couronne demandait au jury de tirer de la preuve, à savoir que M. Calnen avait l’intention de tuer M^{me} Jordan ou de lui causer des lésions corporelles graves qu’il savait être de nature à causer sa mort.

[163] Il n’est pas nécessaire que l’exposé au jury respecte des formules consacrées; c’est la teneur de l’exposé qui compte : voir *R. c. Mack*, 2014 CSC 58, [2014] 3 R.C.S. 3, par. 48. Dans la présente affaire, le juge du procès a explicitement fait le lien entre la destruction du corps de M^{me} Jordan et la dissimulation d’*éléments de preuve*. Le juge du procès a « l’obligation générale d’informer le jury des éléments de preuve pertinents et de l’aider à établir les liens nécessaires entre ces éléments de preuve et les questions dont le jury doit tenir compte pour parvenir à un verdict » : *Rodgerson*, par. 30. Cependant, « [I]’abondance des détails requis varie en fonction du contexte » : par. 30. Mises en contexte, les précisions données en l’espèce étaient suffisantes pour guider les jurés au sujet de l’inférence qu’ils pouvaient tirer quant à l’intention de M. Calnen.

C. *Conclusion sur le comportement après le fait et l’intention*

[164] La preuve relative au comportement après le fait était pertinente à l’égard d’une question importante en litige — l’intention de M. Calnen — et était donc admissible. Les directives au jury faisaient adéquatement la distinction entre l’utilisation de la preuve relative au comportement après le fait selon qu’il s’agissait du lien de causalité ou de l’intention, et elles circonscrivaient suffisamment comment cette preuve relative au comportement après le fait pouvait être utilisée pour inférer l’intention.

VII. Verdict déraisonnable

A. *Introduction*

[165] Vu mes conclusions sur les questions précédentes, je dois maintenant me demander si le verdict du jury était déraisonnable. On entend par verdict déraisonnable, ou verdict qui ne peut s’appuyer sur la preuve, celui « [qu]’un jury ayant reçu les directives appropriées et agissant de manière judiciaire

W.H., 2013 SCC 22, [2013] 2 S.C.R. 180, at para. 26; see also *R. v. Yeves*, [1987] 2 S.C.R. 168, at p. 185; *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381, at para. 36. In *W.H.*, this Court described the appellate court’s task in assessing the reasonableness of a verdict. Not only must the court ask whether there is some evidence which, if believed, supports the conviction, it is required to review, analyze and weigh the evidence, and consider through the lens of judicial experience, whether “judicial fact-finding precludes the conclusion reached by the jury”: *W.H.*, at para. 28 (emphasis deleted), quoting *Biniaris*, at para. 39. Thus:

... in deciding whether the verdict is one which a properly instructed jury acting judicially could reasonably have rendered, the reviewing court must ask not only whether there is evidence in the record to support the verdict, but also whether the jury’s conclusion conflicts with the bulk of judicial experience: *Biniaris*, at para. 40.

(*W.H.*, at para. 28)

[166] The reasonableness of this jury verdict was directly at issue before both the Court of Appeal and this Court. Although one of Mr. Calnen’s listed grounds of appeal at the Court of Appeal was that the jury verdict was unreasonable, the majority at the Court of Appeal did not need to consider the Defence’s arguments on unreasonable verdict because of its other conclusions. However, MacDonald C.J., in dissent, found that the jury’s verdict was reasonable. Before this Court, the Crown noted the majority’s silence on the issue of unreasonable verdict, and argued in support of MacDonald C.J.’s decision that the verdict was reasonable: A.F., at paras. 130-44. The Defence argued that the verdict was not supported by the evidence and was unreasonable: R.F., at para. 115.

[167] The Defence’s main argument before this Court continued to be that the after-the-fact conduct was inadmissible on intention. But the Defence also

n’aurait pu raisonnablement [. . .] rendre » : *R. c. W.H.*, 2013 CSC 22, [2013] 2 R.C.S. 180, par. 26; voir également *R. c. Yeves*, [1987] 2 R.C.S. 168, p. 185; *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381, par. 36. Dans l’arrêt *W.H.*, notre Cour explique comment un tribunal d’appel s’y prend pour vérifier si un verdict est raisonnable. Non seulement le tribunal doit-il se demander s’il existe des éléments de preuve qui, s’il leur est ajouté foi, étayent la déclaration de culpabilité, mais il doit également examiner, analyser et apprécier la preuve et se demander, à la lumière de l’expérience judiciaire, si « l’appréciation judiciaire des faits exclut la conclusion tirée par le jury » : *W.H.*, par. 28 (soulignement omis), citant *Biniaris*, par. 39. Ainsi :

... pour déterminer si le verdict est de ceux qu’un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant d’une manière judiciaire aurait raisonnablement pu rendre, le tribunal d’appel doit se demander non seulement si le verdict s’appuie sur des éléments de preuve, mais également si la conclusion du jury ne va pas à l’encontre de l’ensemble de l’expérience judiciaire : *Biniaris*, par. 40.

(*W.H.*, par. 28)

[166] Le caractère raisonnable du verdict rendu en l’espèce par le jury était directement en cause tant devant la Cour d’appel que devant notre Cour. Même si l’un des moyens d’appel invoqués par M. Calnen devant la Cour d’appel était que le verdict du jury était déraisonnable, les juges majoritaires de la Cour d’appel n’ont pas eu à se pencher sur les arguments de la défense concernant le verdict déraisonnable en raison de leurs autres conclusions. Toutefois, le juge en chef MacDonald, dissident, a estimé que le verdict rendu par le jury était raisonnable. Devant notre Cour, la Couronne a souligné le silence des juges majoritaires sur la question du verdict déraisonnable et a soutenu l’opinion du juge en chef MacDonald suivant laquelle le verdict était raisonnable : m.a., par. 130-144. La défense a soutenu que le verdict n’était pas étayé par la preuve et qu’il était déraisonnable : m.i., par. 115.

[167] Devant notre Cour, la défense a continué de faire valoir comme principal argument que la preuve relative au comportement après le fait n’était pas

asserted that this was a case built on circumstantial evidence and the evidence was not consistent *only* with Mr. Calnen's guilt because many other rational inferences could be drawn from it. In particular, the Defence argued:

Even if [the inferences] were reasonable, the weight of judicial experience would dictate that they are not capable of supporting a valid finding beyond a reasonable doubt. The jury could not have been acting reasonably and judicially in reaching their verdict. They could easily have been unduly inflamed by the deplorable nature of the evidence of the after the fact conduct of the Respondent.

(R.F., at para. 114)

[168] The Defence claims that because the jurors could have been unduly inflamed, the verdict was unreasonable, and Mr. Calnen should be acquitted. In response to this argument, I accept that, based on the jury charge as a whole, there was a real risk that the jurors could have been inflamed by the deplorable nature of Mr. Calnen's conduct. However, accepting this argument leads me to a different result and remedy.

[169] When a court reviews the reasonableness of a verdict, it is assumed that the jury has been properly instructed. When addressing the prejudice associated with this evidence, the logically prior question, before taking the step into unreasonableness, is to ask why the jurors could have been unduly inflamed when it is clear that the law does not allow jurors to reason based on an accused's discreditable conduct or propensity.

[170] A jury can only be acting judicially if they are properly informed about the law which governs their deliberations. This jury needed to know that the law prevents them from engaging in impermissible propensity reasoning. But this jury received no limiting instructions on how to think about the obvious prejudice associated with Mr. Calnen's contested after-the-fact conduct. The trial judge never told

admissible pour prouver l'intention. Cependant, elle a également soutenu que la présente affaire reposait sur de la preuve circonstancielle et que la preuve n'était pas compatible *uniquement* avec la culpabilité de M. Calnen, parce qu'elle permettait de tirer de nombreuses autres inférences rationnelles. En particulier, la défense a fait valoir ce qui suit :

[TRADUCTION] Même si [les inférences] étaient raisonnables, le poids de l'expérience judiciaire commanderait de conclure qu'elles ne sont pas susceptibles d'étayer une conclusion valide hors de tout doute raisonnable. Les jurés n'auraient pas pu agir raisonnablement et de façon judiciaire en rendant leur verdict. Ils auraient facilement pu être indûment révoltés par le caractère déplorable de la preuve relative au comportement après le fait de l'intimé.

(m.i., par. 114)

[168] La défense soutient que, comme les jurés auraient pu être indûment révoltés, le verdict était déraisonnable et que M. Calnen devrait être acquitté. En réponse à cet argument, j'accepte que, compte tenu de l'exposé au jury dans son ensemble, il y avait un risque réel que les jurés aient pu être révoltés par le caractère déplorable du comportement de M. Calnen. Toutefois, le fait d'accepter cet argument m'amène à un résultat et à une réparation différents.

[169] Lorsqu'un tribunal contrôle le caractère raisonnable d'un verdict, il part du principe que le jury a reçu des directives appropriées. Lorsqu'on aborde la question du préjudice associé à ce type de preuve, la question préalable qui s'impose logiquement avant l'étape de l'examen du caractère raisonnable est celle de savoir pourquoi les jurés auraient pu être indûment révoltés alors qu'il est clair que la loi ne permet pas aux jurés de fonder leur raisonnement sur la conduite déshonorante ou la propension de l'accusé.

[170] Le jury ne peut agir judiciairement que s'il est bien informé des règles de droit régissant ses délibérations. Dans la présente affaire, les jurés devaient savoir que la loi leur interdisait de se livrer à un raisonnement interdit fondé sur la propension, mais ils n'ont reçu aucune directive restrictive sur la façon dont ils devaient réfléchir au préjudice évident associé au comportement après le fait de M. Calnen

them not to fill in the gaps in the evidence by drawing inferences based on the type of person Mr. Calnen's actions may have shown him to be. In this case, the Defence's argument about an unreasonable verdict is based upon and demonstrates a deficiency in the jury charge. Whether the jury was properly charged on the prejudice of the after-the-fact conduct stems directly from the issue of whether this was a reasonable verdict. In my view, in this case, when the jury has not been properly instructed in how to act reasonably and judicially, the better remedy is not an acquittal based on an unreasonable verdict, but to find that there is an error in the jury charge that necessitates a new trial.

[171] In this next section, I begin by explaining why a limiting instruction against propensity reasoning based on discreditable conduct was necessary in the circumstances and how its absence is a serious error of law warranting a new trial. I then answer three observations made by the majority. Specifically, I say: first, fundamental problems of trial fairness in the jury charge cannot be ignored because the Defence Counsel did not specifically ask for a limiting instruction on propensity reasoning at the pre-charge conference. Second, I do not accept the statement that Defence counsel made a strategic choice not to ask for limiting instructions on propensity reasoning, and that therefore, on this basis, no remedy should be given for its absence. Finally, while the principle of finality is of fundamental importance in criminal proceedings, it must be balanced with the equally fundamental societal interest in a fair trial.

qui est contesté. Le juge du procès ne leur a jamais dit de ne pas combler les lacunes de la preuve en tirant des inférences en fonction du type de personne que les actions de M. Calnen pouvaient laisser penser qu'il était. Dans le cas qui nous occupe, l'argument de la défense au sujet du verdict déraisonnable repose sur une lacune dans l'exposé du juge au jury et en fait la preuve. La question de savoir si les jurés ont reçu les directives appropriées au sujet du préjudice associé au comportement après le fait découle directement de la question de savoir si le verdict était raisonnable ou non. En l'espèce, comme les jurés n'ont pas reçu de directives appropriées sur la façon d'agir de manière raisonnable et judiciaire, j'estime que la meilleure réparation ne consiste pas à ordonner un acquittement fondé sur un verdict déraisonnable, mais plutôt à conclure que l'exposé au jury est entaché d'une erreur qui justifie la tenue d'un nouveau procès.

[171] Dans la prochaine section, j'expliquerai d'abord pourquoi il était nécessaire, dans les circonstances, de donner une directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension en raison de la conduite déshonorante de l'accusé et en quoi le défaut de le faire constitue une erreur de droit grave justifiant la tenue d'un nouveau procès. Je répondrai ensuite à trois observations formulées par les juges majoritaires. Je tiens à préciser que, premièrement, on ne peut ignorer les graves manquements à l'équité procédurale dont est entaché l'exposé au jury en raison du fait que l'avocat de la défense n'a pas expressément demandé de directive restrictive sur les risques d'un raisonnement fondé sur la propension lors de la conférence préalable à l'exposé. Deuxièmement, je ne suis pas d'accord avec l'affirmation selon laquelle l'avocat de la défense a choisi, pour des raisons d'ordre stratégique, de ne pas demander de directives restrictives sur le raisonnement fondé sur la propension et que, pour cette raison, aucune réparation ne devrait être accordée du fait de cette omission. Troisièmement, bien que le principe du caractère définitif des décisions soit d'une importance fondamentale dans les procédures en matière criminelle, il doit être mis en balance avec l'intérêt tout aussi fondamental de la société à un procès juste.

B. *A Limiting Instruction Against the Use of Propensity Reasoning Was Required to Ensure That the Jury Was Properly Instructed*

(1) A Difficult, Even Borderline Case

[172] In order to convict Mr. Calnen of second degree murder, the jury must have been satisfied, beyond a reasonable doubt, that (1) Mr. Calnen caused Ms. Jordan's death by means of an unlawful act, and (2) Mr. Calnen meant to cause Ms. Jordan's death, or that he meant to cause her bodily harm that he knew was likely to cause death and was reckless as to whether death ensued. The criminal standard of proof would require that the jurors were "sure" that Mr. Calnen committed second degree murder, and not merely that they thought that he was probably or likely guilty.²

[173] The bulk of judicial experience would suggest that this case would be very close to the line when it came to determining whether the Crown met its ultimate burden of establishing each constituent element of second degree murder beyond a reasonable doubt: see *W.H.*, at para. 26; see also *Yeves*, at p. 185; *Biniaris*, at para. 36; and *R.F.*, at para. 111. Remember that whatever caused Ms. Jordan's death left no evidence of a clean up or damage in the house, and Mr. Calnen destroyed the information that might have been garnered from an examination of Ms. Jordan's body. There was therefore no evidence as to the cause of death other than Mr. Calnen's statement and his after-the-fact conduct. The case was based on circumstantial evidence and the jury was asked to engage in inferential reasoning. There

² Once a trial judge has adequately explained the meaning of the expression "beyond a reasonable doubt", the jury may be advised that they can convict if they are "sure" or "certain" of the accused's guilt: *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320, at paras. 33-34 and 39. Accordingly, in the case at bar, the trial judge first gave proper instructions regarding the meaning of "beyond a reasonable doubt" and then instructed the jury as follows: "If, at the end of the case, after considering all the evidence, you are sure that Mr. Calnen committed the offence, you should find Paul Trevor Calnen guilty of it, since you would have been satisfied of his guilt of that offence beyond a reasonable doubt": *A.R.*, vol. I, at p. 75 (emphasis added).

B. *Une directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension était nécessaire pour veiller à ce que le jury ait reçu des directives appropriées*

(1) Une affaire difficile, voire limite

[172] Pour pouvoir déclarer M. Calnen coupable de meurtre au deuxième degré, le jury devait être convaincu, hors de tout doute raisonnable, (1) que M. Calnen avait causé la mort de M^{me} Jordan en commettant un acte illégal et (2) que M. Calnen avait l'intention de causer la mort de M^{me} Jordan, ou qu'il avait l'intention de lui causer des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer sa mort et qu'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non. La norme de preuve en matière criminelle exigeait des jurés qu'ils soient « sûrs » que M. Calnen a commis un meurtre au degré, et non seulement qu'ils estiment que ce dernier était probablement ou vraisemblablement coupable².

[173] L'ensemble de l'expérience judiciaire laisserait entendre que la présente affaire frôlerait la limite lorsqu'il s'agit de juger si la Couronne s'est acquittée ou non du fardeau ultime qui lui incombait consistant à établir chacun des éléments constitutifs du meurtre au deuxième degré hors de tout doute raisonnable : voir *W.H.*, par. 26; voir également *Yeves*, p. 185; *Biniaris*, par. 36; et *m.i.*, par. 111. Il faut se rappeler que, quelle qu'ait pu être la cause du décès de M^{me} Jordan, elle n'a laissé aucune preuve de nettoyage ou de dommage dans la maison, et M. Calnen a détruit l'information qui aurait pu être recueillie d'un examen de la dépouille de M^{me} Jordan. Il n'y avait donc aucun élément de preuve quant à la cause du décès, hormis la déclaration de M. Calnen et son comportement après le fait. Le dossier reposait sur de la preuve

² Une fois le sens de l'expression « hors de tout doute raisonnable » bien expliqué par le juge du procès, il est possible de dire aux jurés qu'ils peuvent déclarer l'accusé coupable s'ils sont « sûrs » ou « certains » de la culpabilité de l'accusé : *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320, par. 33-34 et 39. Ainsi, dans le cas qui nous occupe, le juge du procès a d'abord donné des directives appropriées quant au sens de l'expression « hors de tout doute raisonnable » pour ensuite donner la directive suivante au jury : [TRADUCTION] « Si, à la fin de l'affaire, après avoir examiné toute la preuve, vous êtes sûrs que M. Calnen a commis l'infraction, vous devriez déclarer Paul Trevor Calnen coupable de cette infraction, puisque vous aurez été convaincus hors de tout doute raisonnable de sa culpabilité à l'égard de l'infraction » : *d.a.*, vol. I, p. 75 (je souligne).

were reasonable inferences other than murder which could be drawn from the evidence, as my colleague Justice Karakatsanis discusses. Further, the fine line between innocence and guilt is reflected in the fact that not only were the judges divided on the main legal issues, but Mr. Calnen was discharged at a preliminary inquiry.

[174] For the verdict to be assessed for its reasonableness, the jury first needed to be properly instructed. I have already decided that the trial judge properly addressed the general risks of after-the-fact conduct by outlining how it may invite speculation and imprecise reasoning. The trial judge also brought alternative inferences and explanations to the attention of the jury so they did not jump to a particular conclusion: see *White (1998)*; *White (2011)*. However, a review of the charge indicates that the jury was never told about the specific perils of filling in gaps, drawing inferences, or reaching conclusions based on Mr. Calnen's propensity or character. Without such instructions, the jury would have felt free to fill in gaps or draw inferences based on Mr. Calnen's discreditable after-the-fact conduct and to use this evidence improperly to help them reach the verdict of guilty on second degree murder.

(2) Propensity Reasoning

[175] The perniciousness of propensity evidence is well known and managing its risks has been a preoccupation of the courts since at least the seventeenth century: *Harrison's Trial* (1692), 12 How. St. Tr. 833 (Old Bailey (London)), at p. 864, cited in *R. v. Handy*, 2002 SCC 56, [2002] 2 S.C.R. 908, at para. 32. In *Handy*, at para. 139, this Court outlined the contours of bad character evidence and its "poisonous potential" (at para. 138) to result in moral prejudice:

It is frequently mentioned that "prejudice" in this context is not the risk of conviction. It is, more properly, the

circonstancielle et on a demandé au jury de se livrer à un raisonnement inférentiel. Comme ma collègue la juge Karakatsanis l'explique, la preuve permettait de tirer d'autres inférences raisonnables que le meurtre. De plus, la fine ligne séparant innocence et culpabilité est également illustrée non seulement par le fait que les juges étaient divisés sur les principales questions de droit, mais également par le fait que M. Calnen a été libéré lors de l'enquête préliminaire.

[174] Pour que le caractère raisonnable du verdict puisse être contrôlé, il est tout d'abord nécessaire que les jurés aient reçu des directives appropriées. J'ai déjà statué que le juge du procès avait correctement traité les risques généraux associés au comportement après le fait en précisant comment celui-ci pouvait inciter à la spéculation et à un raisonnement imprécis. Le juge du procès a aussi porté d'autres inférences et explications possibles à l'attention des jurés pour éviter qu'ils ne tirent de façon précipitée une conclusion en particulier : voir *White (1998)*; *White (2011)*. Toutefois, un examen de l'exposé révèle que les jurés n'ont jamais été informés des risques particuliers de combler les lacunes, de tirer des inférences ou d'arriver à des conclusions sur le fondement de la propension ou de la moralité de M. Calnen. Sans directive de la sorte, les jurés se seraient sentis libres de combler les lacunes ou de tirer des inférences à partir du comportement après le fait déshonorant de M. Calnen et d'utiliser à tort ces éléments de preuve pour les aider à rendre un verdict de culpabilité pour meurtre au deuxième degré.

(2) Raisonnement fondé sur la propension

[175] Le caractère pernicieux de la preuve de propension est bien connu et la gestion de ses risques est une préoccupation des tribunaux depuis au moins le dix-septième siècle : *Harrison's Trial* (1692), 12 How. St. Tr. 833 (Old Bailey (London)), p. 864, cité dans *R. c. Handy*, 2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908, par. 32. Dans l'arrêt *Handy*, par. 139, notre Cour a tracé les limites de la preuve de mauvaise moralité et de ses « effets pernicieux » (par. 138), susceptibles de causer un préjudice moral :

On mentionne souvent que le « préjudice » dans ce contexte n'est pas le risque de déclaration de culpabilité.

risk of an unfocused trial and a *wrongful* conviction. The forbidden chain of reasoning is to infer guilt from *general* disposition or propensity. The evidence, if believed, shows that an accused has discreditable tendencies. In the end, the verdict may be based on prejudice rather than proof, thereby undermining the presumption of innocence enshrined in ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. [Emphasis in original; para. 139.]

[176] There is also the possibility of reasoning prejudice, which distracts the members of the jury from their proper focus on the charge: *Handy*, at paras. 144-45. Distraction can occur in different ways. In *R. v. D. (L.E.)* (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 384 (C.A.), McLachlin J.A. (as she then was) (in dissent but adopted in *Handy*, at para. 145) observed, at p. 399, that similar facts are capable of “raising in the minds of the jury sentiments of revulsion and condemnation which might well deflect them from the rational, dispassionate analysis upon which the criminal process should rest”.

[177] While this Court’s statements of principle regarding bad character evidence often arise in the context of similar fact evidence, the dangers of propensity reasoning can surface in any case in which the Crown seeks to introduce discreditable conduct on the part of the accused that may compromise the jury’s ability to conduct a dispassionate analysis: *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697, at p. 735.

(3) Analysis

[178] In admitting the contested after-the-fact conduct evidence, the trial judge decided that the probative value of the evidence outweighed its prejudicial effects. That decision was correct. However, the conclusion that the evidence was more probative than prejudicial did not negate the trial judge’s responsibility to meet and address any specific propensity prejudice of that evidence in the jury charge. Clear instructions to the jury about the uses that they

Le préjudice réside davantage dans le risque de procès diffus et de déclaration de culpabilité *injustifiée*. Le raisonnement interdit est l’inférence de culpabilité à partir d’une prédisposition ou propension *générale*. La preuve, si on y ajoute foi, démontre que l’accusé a des tendances déshonorantes. En définitive, le verdict peut être fondé sur un préjudice plutôt que sur une preuve, compromettant ainsi la présomption d’innocence consacrée à l’art. 7 et à l’al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. [En italique dans l’original; par. 139.]

[176] Il existe aussi la possibilité de préjudice par raisonnement, qui empêche les membres du jury de bien se concentrer sur l’accusation elle-même : *Handy*, par. 144-145. Le détournement d’attention du jury peut se produire de différentes façons. Dans l’arrêt *R. c. D. (L.E.)* (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 384 (C.A.), la juge McLachlin (plus tard juge en chef du Canada) (dans des motifs dissidents adoptés dans l’arrêt *Handy*, par. 145) a fait remarquer, à la p. 399, que la preuve de faits similaires peut éveiller [TRADUCTION] « dans l’esprit des jurés des sentiments de répugnance et de réprobation qui risqueraient bien de les détourner de l’analyse rationnelle et objective sur laquelle devrait reposer le processus criminel ».

[177] Bien que les énoncés de principe de la Cour concernant la preuve de mauvaise moralité s’appliquent souvent dans le contexte de la preuve de faits similaires, les dangers posés par le raisonnement fondé sur la propension peut survenir dans toute affaire où la Couronne tente d’introduire une conduite déshonorante de la part de l’accusé qui peut compromettre la capacité du jury de faire une analyse objective : *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697, p. 735.

(3) Analyse

[178] En admettant la preuve contestée de comportement après le fait, le juge du procès a décidé que la valeur probante de la preuve l’emportait sur ses effets préjudiciables. Cette décision était correcte. Toutefois, la conclusion selon laquelle la preuve était plus probante que préjudiciable ne déchargeait pas le juge de sa responsabilité de reconnaître et de traiter tout préjudice particulier fondé sur la propension de cette preuve dans son exposé au jury. Des

could — and could not — make of the discreditable conduct evidence were essential:

It is an obligation on trial judges that they properly instruct juries as to the use that those juries can make of evidence which is highly prejudicial to an accused in relation to the accused's character. . . . Given that the testimony might have a strong prejudicial effect on the jury and that the jury might then convict on the basis that the accused is a bad person of the sort likely to commit the offences in question, clear directions to the jury about the use that they could make of the testimony were essential. More specifically, the judge was required to explain clearly in the instructions to the jurors that they must not infer from the evidence that tended to show the appellant's bad character that the appellant was guilty because he is the sort of person who is likely to commit the offences in question.

(*B. (F.F.)*, at pp. 733-34)

[179] A permissible line of reasoning in this case would have been that Mr. Calnen destroyed Ms. Jordan's body in order to destroy evidence that he had caused her death unlawfully. The jury was also permitted to reason that Mr. Calnen's total destruction of Ms. Jordan's body, over multiple days and in multiple locations, could support the further inference that he was not simply acting to conceal evidence of a crime he committed, but also to hide the extent of that crime. The jury was not, however, permitted to reason that because Mr. Calnen moved and burned a human being's body, he was the type of person who would kill, and that therefore, he did kill Ms. Jordan. Yet the risk that the jury would engage in precisely this line of forbidden reasoning was very real in the circumstances. Thus, while the evidence was admissible for the purposes of causation and intent, it bore all the hallmarks of propensity evidence that could, absent proper limiting instructions, import both moral prejudice and reasoning prejudice into the jury's analysis.

directives claires aux jurés sur les utilisations qu'ils pouvaient — et ne pouvaient pas — faire des éléments de preuve relatifs à la conduite déshonorante étaient essentielles :

Il incombe aux juges du procès de donner aux jurés des directives appropriées quant à l'utilisation qu'ils peuvent faire de la preuve qui est fortement préjudiciable à l'accusé sur le plan de sa moralité. [. . .] Étant donné que ces témoignages pourraient avoir un effet fortement préjudiciable sur le jury qui pourrait alors prononcer un verdict de culpabilité pour le motif que l'accusé est le genre de mauvaise personne susceptible de commettre les infractions en cause, il était essentiel de donner au jury des directives claires quant à l'utilisation qu'il pouvait faire de cette preuve. Plus précisément, le juge était tenu, dans ses directives, d'expliquer clairement aux jurés qu'ils ne devaient pas déduire de la preuve qui tendait à démontrer la mauvaise moralité de l'appellant que celui-ci était coupable parce qu'il est le genre de personne susceptible de commettre les infractions en cause.

(*B. (F.F.)*, p. 733-734)

[179] Un raisonnement que le jury aurait pu suivre en l'espèce aurait été que M. Calnen a détruit la dépouille de M^{me} Jordan dans le but de détruire de la preuve tendant à montrer qu'il a causé sa mort par suite d'un acte illégal. Le jury pouvait également déduire que la destruction totale de la dépouille de M^{me} Jordan par M. Calnen, sur une période de plusieurs jours et à de nombreux endroits, pouvait également étayer l'inférence qu'il n'agissait pas simplement pour dissimuler un crime qu'il avait commis, mais aussi pour cacher la gravité de ce crime. Toutefois, il n'était pas loisible au jury de déduire que, parce que M. Calnen avait déplacé et brûlé le cadavre d'un être humain, il était le genre de personne qui tuerait, et donc qu'il a effectivement tué M^{me} Jordan. Pourtant, le risque que le jury se livre précisément à ce type de raisonnement était très réel en l'espèce. En conséquence, même si la preuve était admissible pour ce qui est d'établir le lien de causalité et l'intention, elle avait tous les traits de preuve de propension qui pourrait, en l'absence de directives restrictives adéquates, importer un préjudice moral et un préjudice par raisonnement dans l'analyse du jury.

[180] Let me explain further. The nature of Mr. Calnen’s after-the-fact conduct was likely to elicit a strong emotional reaction in the jurors. Burning Ms. Jordan’s body was morally and viscerally repugnant. These actions were variously and repeatedly described in the decisions below as “horrific” (four times in the Court of Appeal’s majority reasons alone); “extreme”; “shocking”; “desperate”; “obsessive”; and “extraordinary”. The disturbing nature of the conduct was made clear to the jury. In the closing address to the jury, Crown counsel described Mr. Calnen’s conduct in great detail and tied it directly to a request to draw the inference that Mr. Calnen intended to kill Ms. Jordan. The nature of the evidence, while admissible, thus ushered in a significant risk that Mr. Calnen would be convicted of second degree murder not because the jury had concluded beyond a reasonable doubt that he had killed Ms. Jordan, but because his after-the-fact conduct had convinced the jurors that he was the sort of person who would kill: see *Handy*, at paras. 31-36; *B. (F.F.)*, at p. 734. There was the further risk of reasoning prejudice. As the jurors assessed whether the totality of the evidence established causation and intent beyond a reasonable doubt, they were likely to be experiencing the precise mix of “revulsion and condemnation” that could deflect them from a rational and dispassionate analysis of the evidence.

[181] Further, Mr. Calnen was a habitual user of illegal drugs. He told the police that he first met Ms. Jordan when he engaged her services as a sex worker. Mr. Calnen had advertised Ms. Jordan’s sexual services in the newspaper. Mr. Weeks testified that he had had three-way sex with Mr. Calnen and Ms. Jordan. Illegal drug use, hiring and advertising sex workers, and sexual adventurousness are frequent subjects of social censure. Taken together, these facts were such that the jurors may have assembled a mental image of a man whose moral compass was so broken that he may well have been capable of murder. This constituted another form of general propensity or bad character evidence that required

[180] Je m’explique. Le comportement après le fait de M. Calnen était susceptible de provoquer une forte réaction émotive chez les jurés. L’acte de brûler la dépouille de M^{me} Jordan était moralement et viscéralement révoltant. Dans les jugements rendus par les juridictions inférieures, les actes posés ont, à plusieurs reprises, été qualifiés de diverses façons : [TRADUCTION] « horribles » (terme employé quatre fois dans les seuls motifs des juges majoritaires de la Cour d’appel); « extrêmes »; « choquants »; « désespérés »; « obsessifs »; et « extraordinaires ». Le caractère troublant des actes a été clairement exposé au jury. Dans son exposé final au jury, le procureur de la Couronne a longuement décrit la conduite de M. Calnen et l’a associée directement à sa demande aux jurés de conclure que M. Calnen avait l’intention de tuer M^{me} Jordan. La nature de la preuve, même si celle-ci était admissible, faisait ainsi naître un risque important que M. Calnen soit déclaré coupable de meurtre au deuxième degré, non pas parce que le jury avait conclu hors de tout doute raisonnable qu’il avait tué M^{me} Jordan, mais parce que son comportement après le fait avait convaincu les jurés qu’il était le genre de personne qui tuerait : voir *Handy*, par. 31-36; *B. (F.F.)*, p. 734. Il y avait par ailleurs le risque de préjudice par raisonnement. Alors que les jurés évaluaient la question de savoir si la preuve dans son ensemble établissait les éléments du lien de causalité et de l’intention hors de tout doute raisonnable, ils éprouvaient vraisemblablement le mélange précis de [TRADUCTION] « répugnance et de réprobation » qui risquerait de les détourner d’une analyse rationnelle et objective de la preuve.

[181] De plus, M. Calnen était un consommateur régulier de drogues illicites. Il a affirmé aux policiers qu’il avait rencontré M^{me} Jordan la première fois lorsqu’il avait retenu ses services comme travailleuse du sexe. Monsieur Calnen avait annoncé les services sexuels de M^{me} Jordan dans le journal. Dans son témoignage, M. Weeks a affirmé qu’il avait eu une relation sexuelle à trois avec M. Calnen et M^{me} Jordan. La consommation de drogues illicites, l’embauche et la promotion de travailleuses du sexe et l’aventurisme sexuel sont fréquemment l’objet de censure sociale. Pris ensemble, ces faits étaient susceptibles de faire en sorte que les jurés se soient formé une image mentale d’un homme dont la boussole morale

legal guidance from the trial judge to ensure that it would not prejudice the jury’s reasoning. In other words, there was a risk that the jury may, at least in part, convict on the basis of “bad personhood”: *Handy*, at para. 31.

[182] The prejudicial nature of the after-the-fact conduct was an issue throughout the trial. For example, at the first *voir dire*, Defence counsel argued that the admission of Mr. Calnen’s statements would have an “enormous prejudicial effect with a jury” (A.R., vol. II, at p. 22), and that the statements ask the jury “to draw a forbidden inference” (A.R., vol. III, at p. 585). At the second *voir dire* heard on November 2, 2015, the Defence argued that Mr. Calnen’s statement was inadmissible, because its “probative value is outweighed by its prejudicial effect”: A.R., vol. II, at p. 66. In oral submissions, the Defence said of the statement: “It’s prejudicial because it paints him in a bad light because of what he did afterwards . . .” (A.R., vol. III, at p. 704). The Defence again raised the prejudicial nature of the after-the-fact conduct evidence in its motion for a directed verdict. It is here that the Defence first introduced the spectre of an unreasonable verdict caused by propensity reasoning, arguing: “As noted in *Beals* [2011 NSCA 42, 302 N.S.R. (2d) 358] the risk of a wrongful conviction may be considered. The facts of this case give rise to a substantial possibility of an unreasonable verdict based on the inflammatory nature of the evidence of the after the fact conduct” (A.R., vol. II, at p. 180). Counsel further argued in oral submissions:

. . . when you’re trying to -- when the Crown is trying to prove a case entirely by a piece of evidence which, you know, has been treated with caution consistently in the case law, you know, you’re running a real risk, if this

était à ce point dérégulée qu’il était tout à fait capable de commettre un meurtre. Ceci constituait une autre forme de preuve de propension générale ou de mauvaise moralité qui obligeait le juge du procès à expliquer le droit pour veiller à ce que cette preuve ne vicie pas le raisonnement du jury. Autrement dit, il existait un risque que le jury puisse, en partie du moins, déclarer l’accusé coupable en raison de sa « mauvaise personnalité » : *Handy*, par. 31.

[182] La nature préjudiciable du comportement après le fait est une question qui a été soulevée tout au long du procès. Par exemple, lors du premier voir-dire, l’avocat de la défense a fait valoir que l’admission des déclarations de M. Calnen aurait un [TRADUCTION] « énorme effet préjudiciable sur le jury » (d.a., vol. II, p. 22) et que ces déclarations invitaient les jurés « à tirer une inférence interdite » (d.a., vol. III, p. 585). Lors de la tenue du deuxième voir-dire, le 2 novembre 2015, la défense a soutenu que la déclaration de M. Calnen n’était pas admissible étant donné que « son effet préjudiciable l’emporte sur sa valeur probante » : d.a., vol. II, p. 66. Dans sa plaidoirie orale, la défense a affirmé, au sujet de la déclaration, qu’elle « est préjudiciable parce qu’elle le présente sous un jour peu flatteur en raison de ce qu’il a fait par la suite . . . » (d.a., vol. III, p. 704). La défense a de nouveau soulevé le caractère préjudiciable de la preuve relative au comportement après le fait dans sa requête en verdict imposé. C’est ici que l’avocat de la défense a évoqué pour la première fois la possibilité d’un verdict déraisonnable causé par un raisonnement fondé sur la propension, en faisant valoir ce qui suit : [TRADUCTION] « Comme le tribunal l’a fait observer dans la décision *Beals* [2011 NSCA 42, 302 N.S.R. (2d) 358], le risque de condamnation injustifiée peut être pris en compte. Les faits de l’espèce permettent de penser qu’il y a une forte possibilité qu’un verdict déraisonnable soit rendu en raison du caractère incendiaire des éléments de preuve relatifs au comportement après le fait » (d.a., vol. II, p. 180). L’avocat a ajouté ce qui suit dans sa plaidoirie orale :

[TRADUCTION] . . . lorsqu’on essaie -- lorsque la Couronne essaie de prouver l’accusation en se fondant exclusivement sur un élément de preuve qui, comme vous le savez, a toujours été traité avec prudence par les tribunaux,

goes to the jury, of a wrongful conviction. . . . That is a concern here. And, you know, there's no sugarcoating the fact that the after-the-fact evidence here is -- as I've said in my brief, it's inflammatory and it's susceptible to overuse. [Emphasis added.]

(A.R., vol. III, at pp. 2040-41)

The record thus reflects that Defence counsel repeatedly raised the prejudicial nature of this evidence.

[183] The trial judge was also alive to these concerns. After the second *voir dire* in which he admitted portions of Mr. Calnen's statements, the trial judge emphasized that he would require the help of counsel to draft the charge on the after-the-fact conduct evidence: 2015 NSSC 318, 368 N.S.R. (2d) 93, at para. 42. In addition, in his decision denying the Defence's motion for directed verdict, the trial judge stated: "Any risk of prejudice can be averted by a proper instruction on the proper use of this evidence" (2015 NSSC 331, 368 N.S.R. (2d) 129, at para. 42).

[184] Indeed, even the majority of the Court of Appeal, at para. 1, understood the potential effect of emotion:

Trial judges routinely instruct juries that cases must be decided based upon legally admissible evidence, not emotion. The actions of the appellant in this case; repeatedly burning the body of Reita Louise Jordan after her death, would inflame the emotions of most people. It is of the utmost importance that the trial judge in this case precisely proscribe any limitations in the use of that evidence as it relates to the issue of proof of the intent to murder.

Although this statement was directed at a different subject, I also accept that this evidence would inflame the emotions of most people and that it is of the utmost importance that the trial judge precisely proscribe any limitations on the use of that evidence.

on court un risque réel, si le jury en est saisi, de se retrouver avec une condamnation injustifiée [. . .]. Ce problème est bien réel en l'espèce. Et, comme je l'ai expliqué dans mon mémoire on ne peut faire abstraction du fait qu'en l'espèce — la preuve relative au comportement après le fait est incendiaire et qu'elle risque d'être utilisée de façon excessive. [Je souligne.]

(d.a., vol. III, p. 2040-2041)

Il ressort donc du dossier que l'avocat de la défense a soulevé à plusieurs reprises le caractère préjudiciable de cette preuve.

[183] Le juge du procès était lui aussi conscient de ces préoccupations. Après le deuxième voir-dire, au terme duquel il a admis en preuve certains passages des déclarations de M. Calnen, le juge du procès a souligné qu'il solliciterait l'assistance des avocats pour formuler l'exposé concernant la preuve relative au comportement après le fait : 2015 NSSC 318, 368 N.S.R. (2d) 93, par. 42. De plus, dans sa décision rejetant la requête en verdict imposé de la défense, le juge du procès a affirmé : [TRADUCTION] « Tout risque de préjudice peut être évité par une directive appropriée sur la bonne façon d'utiliser cette preuve » (2015 NSSC 331, 368 N.S.R. (2d) 129, par. 42).

[184] Par ailleurs, les juges majoritaires de la Cour d'appel, au premier paragraphe de leurs motifs, comprenaient eux aussi l'effet éventuel des émotions :

[TRADUCTION] Il est courant que les juges du procès disent aux jurys que les affaires doivent être jugées sur le fondement de la preuve légalement admissible et non de l'émotion. Les gestes posés par l'appelant en l'espèce, c'est-à-dire avoir brûlé à maintes reprises le corps de Reita Louise Jordan après son décès, provoqueraient une vive réaction émotive chez la plupart des gens. Il est absolument essentiel que le juge du procès dans ce cas prescrive précisément toute restriction touchant l'utilisation de cette preuve dans son rapport avec la question de la preuve de l'intention de commettre un meurtre.

Même si cette affirmation portait sur un autre sujet, je suis également d'avis que cette preuve provoquerait une vive réaction émotive chez la plupart des gens et qu'il est absolument essentiel que le juge du procès prescrive précisément toute restriction touchant

In my view, that includes limitations on both the general risks of all after-the-fact conduct and the specific propensity risks arising from this particular evidence.

[185] I agree with the majority that the jury charge adequately guarded against the risks that are generally associated with after-the-fact conduct evidence. However, the trial judge’s generic instructions on after-the-fact conduct evidence did not adequately address the perils of propensity reasoning and its possible impact on the jury’s reasoning and ultimate conclusions. A propensity instruction is not the same as the instructions developed to address after-the-fact conduct evidence. They are separate instructions which address different thought processes. In addition, not all after-the-fact conduct evidence is highly prejudicial. After-the-fact conduct can range from failing to answer the door when the police knock to burning a body to ash. While all after-the-fact conduct requires the general instructions provided by the trial judge in this case, in some circumstances, further specific limiting instructions will be required to address other reasoning risks associated with the evidence.

[186] In this case, there existed a reasoning risk beyond the risks generally associated with after-the-fact conduct evidence — the further reasoning risk was that Mr. Calnen’s actions were so morally repugnant that he would be convicted on the basis of bad personhood. This required the trial judge to “explain clearly in the instructions to the jurors that they must not infer from the evidence that tended to show the [accused’s] bad character that the [accused] was guilty because he is the sort of person who is likely to commit the offences in question”: *B. (F.F.)*, at p. 734. This was not done. The charge was silent on the specific propensity reasoning risks that arise when a jury is asked to assess evidence that is acknowledged to be “horrific”, “extreme”, “shocking”, and “distract[ing]”. Thus while the trial

l’utilisation de cette preuve. Selon moi, cette obligation consiste à donner des restrictions tant en ce qui concerne les risques généraux de tout comportement après le fait que les risques de propension propres à cette preuve particulière.

[185] À l’instar des juges majoritaires, j’estime que l’exposé au jury mettait suffisamment en garde le jury contre les risques généralement associés à une preuve relative au comportement après le fait. Toutefois, dans ses directives générales sur la preuve relative au comportement après le fait, le juge du procès n’a pas adéquatement traité des risques du raisonnement fondé sur la propension ni de son incidence éventuelle sur le raisonnement et les conclusions ultimes du jury. Il y a une différence entre une directive sur la propension et une directive visant à traiter d’éléments de preuve relatifs au comportement après le fait. Il s’agit de directives distinctes portant sur des processus de réflexion distincts. En outre, les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait ne sont pas tous préjudiciables. Les actes qui peuvent être qualifiés de comportements après le fait vont du refus de répondre à des policiers qui frappent à la porte au fait de réduire un cadavre en cendres. Bien que tous les comportements après le fait exigent des directives générales comme celles que le juge du procès a données en l’espèce, dans certains cas, des directives restrictives plus précises sont nécessaires pour tenir compte d’autres risques de raisonnement associés à la preuve.

[186] En l’espèce, il existait un risque de raisonnement plus élevé que les risques qui sont généralement associés aux éléments de preuve relatifs au comportement après le fait, à savoir le risque que les actes de M. Calnen étaient si répugnants sur le plan moral que ce dernier soit condamné en raison de sa mauvaise personnalité. Ainsi le juge du procès était-il tenu « d’expliquer clairement aux jurés qu’ils ne devaient pas déduire de la preuve qui tendait à démontrer la mauvaise moralité de [l’accusé] que celui-ci était coupable parce qu’il est le genre de personne susceptible de commettre les infractions en cause » (*B. (F.F.)*, p. 734), ce qu’il n’a pas fait. L’exposé au jury était muet quant aux risques précis d’un raisonnement fondé sur la propension que suscitait le fait de demander aux jurés d’évaluer des éléments de preuve dont on

judge's instructions adequately warned the jury to avoid jumping to a conclusion of guilt on the basis of the after-the-fact conduct evidence alone, they did not equip the jury to handle the mix of revulsion and condemnation that was elicited by this particular evidence.

[187] Nor did the trial judge's introductory remarks with respect to Mr. Calnen's guilty plea on the charge of indecent interference constitute sufficient instruction to guard against propensity reasoning. The instruction to the jury to put the guilty plea out of their minds was helpful — but given that the jury went on to hear multiple days of testimony detailing Mr. Calnen's interference with human remains, the introductory remarks had to be bolstered by further specific instructions on propensity. None were forthcoming.

[188] Had this been a judge-alone trial, the risk of propensity reasoning would have been effectively managed by the trial judge. Trial judges can be expected to warn themselves against the prejudice of propensity reasoning because they “are presumed to know the law with which they work day in and day out”: *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656, at p. 664; *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41, at para. 54; *R. v. Youvarajah*, 2013 SCC 41, [2013] 2 S.C.R. 720, at para 47.

[189] A jury, however, requires instructions. Juries are not presumed to know the law and trial judges bear the ultimate responsibility for the content, accuracy, and fairness of the jury charge: see *Jaw*, at para. 44; *Jacquard*, at para. 37; *Khela*, at para. 49. To properly bring to our justice system the “healthy measure of common sense” that makes jurors such an invaluable part of the legal process, jurors must first be equipped with the correct rules of law: *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at p. 692. Jury instructions

admettait qu'ils étaient [TRADUCTION] « horribles », « extrêmes », « troublants » et susceptibles « de détourner l'attention ». Par conséquent, bien que, dans ses directives, le juge du procès ait suffisamment prévenu les jurés d'éviter de conclure trop rapidement à la culpabilité en se fondant uniquement sur les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait, ces directives n'ont pas outillé les jurés pour composer avec le mélange de répulsion et de répugnance que ces éléments de preuve particuliers ont suscité.

[187] Les remarques introductives faites par le juge du procès au sujet du plaidoyer de culpabilité de M. Calnen à l'égard de l'accusation d'indécence ne constituaient pas non plus une directive suffisante pour mettre le jury en garde contre les dangers d'un raisonnement fondé sur la propension. La directive donnée au jury de faire abstraction du plaidoyer de culpabilité était certes utile, mais comme le jury a par la suite entendu, pendant plusieurs jours, des témoignages détaillant les agissements de M. Calnen à l'égard de restes humains, ces remarques introductives auraient dû s'accompagner d'autres directives portant précisément sur la propension. Le jury n'a reçu aucune directive de la sorte.

[188] Si le procès s'était déroulé devant un juge seul, ce dernier aurait su efficacement gérer le risque que représente le raisonnement fondé sur la propension. On peut s'attendre à ce que les juges du procès se mettent eux-mêmes en garde contre le caractère préjudiciable du raisonnement fondé sur la propension parce qu'ils « sont censés connaître le droit qu'ils appliquent tous les jours » : *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656, p. 664; *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41, par. 54; *R. c. Youvarajah*, 2013 CSC 41, [2013] 2 R.C.S. 720, par. 47.

[189] Toutefois, un jury a besoin de directives. Les jurés ne sont pas présumés connaître le droit et il revient ultimement au juge du procès de s'assurer de la teneur, de la justesse et de l'équité de l'exposé au jury : voir *Jaw*, par. 44; *Jacquard*, par. 37; *Khela*, par. 49. Pour conférer adéquatement à notre système de justice la « saine mesure de bon sens » qui fait des jurés une partie si précieuse du processus judiciaire, les jurés doivent d'abord être outillés des bonnes règles de droit : *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670,

ensure that the path of permissible reasoning has been adequately explained to the jurors, and that they have received any necessary cautions and limiting instructions on the uses to which certain evidence can be put. Equipped with clear instructions in the law, juries can reach sound, lawful, and reasonable verdicts.

[190] While the Crown did not argue propensity at trial, it did argue for the jurors to use their common sense. Indeed, this continues to be the Crown's argument on appeal to this Court: A.F., at para. 114. Without an express limiting instruction, jurors cannot be expected to know that at the same time that they are being told to use common sense, they are in fact prohibited from engaging in what many jurors may also see as just another form of common sense reasoning: propensity reasoning. The reason judges caution against propensity reasoning is precisely because this form of thinking is recognized as being so intuitive and powerful. In this instance, the jurors could not have understood the potentially poisonous nature of propensity evidence, and the manner in which the law has circumscribed its use, without an express instruction on the issue.

[191] We therefore have a situation in which the jury (1) was left to rely on evidence that carried a recognized and specific risk of prejudice; (2) was not equipped with a limiting instruction as to how to avoid the pitfalls of prejudicial propensity or bad character reasoning; and (3) very likely relied on that evidence to arrive at its verdict of guilt. The highly emotive nature of the evidence was recognizable to every judge who presided over this matter. Though the evidence was admissible, it required a clear instruction in law to ensure that the jury would use the evidence properly, both generally and specifically. In the circumstances, the failure to instruct on this crucial point resulted in a jury that was not properly instructed in law.

p. 692. Les directives au jury font en sorte que le mode de raisonnement admissible a été adéquatement expliqué aux jurés et que ces derniers ont reçu les mises en garde et les directives restrictives nécessaires sur les utilisations qu'ils peuvent faire de certains éléments de preuve. Outillés de directives claires sur le plan du droit, les jurys peuvent rendre des verdicts valables, légitimes et raisonnables.

[190] Bien que la Couronne n'ait pas fait valoir la question de la propension au procès, elle a effectivement demandé aux jurés de faire preuve de bon sens. Elle a d'ailleurs repris cet argument dans le cadre du présent pourvoi devant notre Cour : m.a., par. 114. Sans directive restrictive explicite, on ne peut s'attendre à ce que les jurés sachent que, en même temps qu'on les invite à faire preuve de bon sens, il leur est en fait interdit de se livrer à ce que plusieurs d'entre eux peuvent simplement percevoir comme une autre forme de raisonnement fondé sur le bon sens : le raisonnement fondé sur la propension. La raison pour laquelle les juges procèdent à des mises en garde contre un raisonnement fondé sur la propension est précisément parce qu'il est bien connu que cette manière de raisonner est intuitive et puissante. En l'espèce, faute de directive explicite sur la question, les jurés ne pouvaient pas avoir compris le caractère potentiellement pernicieux de la preuve fondée sur la propension et la manière dont le droit en a circonscrit l'utilisation.

[191] En conséquence, nous nous retrouvons dans une situation où le jury (1) devait s'appuyer sur une preuve qui comportait un risque reconnu et précis de préjudice, (2) n'était pas outillé d'une directive restrictive sur la façon d'éviter les pièges d'un raisonnement préjudiciable fondé sur la propension ou la mauvaise moralité et (3) s'est fort vraisemblablement appuyé sur cette preuve pour rendre son verdict de culpabilité. Tous les juges saisis de ce dossier ont reconnu le caractère fort émotif de la preuve. Même si la preuve était admissible, son admission nécessitait une directive juridique claire pour veiller ce que le jury se serve de la preuve correctement, tant en général que de façon particulière. Dans de telles circonstances, le défaut de donner une directive sur ce point capital a fait en sorte que le jury n'a pas reçu des directives appropriées sur le plan juridique.

C. Remedy

[192] In this case, the trial judge's failure to caution on propensity evidence was not advanced as a discrete ground of appeal. The prejudice of this evidence was, however, part of the Defence's argument about unreasonable verdict and was also relied upon throughout the appeal in relation to other legal issues.

[193] Given the history of this matter, nothing turns on the fact that the Defence did not argue against the prejudice of this evidence under the rubric of a deficiency in the jury charge. It is in no way a new issue per this Court's definition in *R. v. Mian*, 2014 SCC 54, [2014] 2 S.C.R. 689, at para. 30: see also *Quan v. Cusson*, 2009 SCC 62, [2009] 3 S.C.R. 712, at para. 39. It is not a "new basis for potentially finding error in the decision under appeal" because it is not "[g]enuinely new": *Mian*, at para. 30. Instead, the prejudicial nature of the evidence and the jury's inability to deal with it formed the basis of the Defence's argument of an unreasonable verdict. The prejudice of this evidence is thus not "legally and factually distinct" from the ground of unreasonable verdict raised by the Defence: para. 30. On the contrary, it arises squarely from the evidence and arguments before this Court, and "stem[s] from the issues as framed by the parties": para. 30.

[194] Although the prejudicial nature of the evidence formed the basis of the Defence's argument of an unreasonable verdict, in my view, the failure of the trial judge to provide a limiting instruction on propensity reasoning is best seen as an error of law under s. 686(1)(a)(ii) of the *Criminal Code*. An appellate court's review of the reasonableness of a verdict is "predicated on the accused having had a proper trial on legally admissible evidence accompanied by instructions that are correct in law": *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909, at p. 915. In this

C. Réparation

[192] Dans le cas qui nous occupe, le défaut du juge du procès de mettre en garde les jurés contre un raisonnement fondé sur la propension n'a pas été invoqué à titre de moyen d'appel distinct. Le préjudice associé à ce type de preuve faisait toutefois partie de l'argumentaire de la défense sur le verdict déraisonnable et il a été invoqué tout au long de l'appel relativement à d'autres questions de droit.

[193] Compte tenu de la façon dont l'instance s'est déroulée, le fait que la défense ne s'est pas opposée au préjudice associé à cette preuve au motif que l'exposé au jury comportait de ce fait une lacune ne tire pas à conséquence. Il ne s'agissait nullement d'une nouvelle question au sens que notre Cour a donné à ce terme dans l'arrêt *R. c. Mian*, 2014 CSC 54, [2014] 2 R.C.S. 689, par. 30 : voir également *Quan c. Cusson*, 2009 CSC 62, [2009] 3 R.C.S. 712, par. 39. Cette question ne constitue pas « un nouveau fondement sur lequel on pourrait s'appuyer [. . .] pour conclure que la décision frappée d'appel est erronée », parce qu'elle n'est pas « véritablement novell[e] » : *Mian*, par. 30. L'argument de l'intimé quant au caractère déraisonnable du verdict repose plutôt sur le caractère préjudiciable de la preuve et sur l'incapacité du jury à en tenir compte. Le préjudice causé par cette preuve n'est donc pas « différen[t] [. . .] sur les plans juridique et factuel » du moyen tiré du verdict déraisonnable par la défense : par. 30. Au contraire, ce préjudice résulte carrément de la preuve et des arguments présentés devant notre Cour, et « découl[e] des questions formulées par les parties » : par. 30.

[194] Bien que l'argument de verdict déraisonnable que formule la défense repose sur le caractère préjudiciable de la preuve, j'estime qu'il convient de qualifier d'erreur de droit pour l'application du sous-al. 686(1)a(ii) du *Code criminel* le défaut du juge du procès de donner une directive restrictive sur le raisonnement fondé sur la propension. Le contrôle du caractère raisonnable d'un verdict par un tribunal d'appel « suppose que l'accusé a subi un procès régulier fondé sur une preuve qui était légalement admissible et qui était assortie de

case, there is an undeniable connection between the allegation of an unreasonable verdict and an error of law, because the error of law meant the jury was not properly instructed and was not, therefore, equipped to reach a reasonable verdict.

[195] Given that this was an error of law, the Crown would be able to rely on the curative proviso if the legal error was harmless or if the evidence against Mr. Calnen was so overwhelming that a trier of fact would inevitably convict: *R. v. O'Brien*, 2011 SCC 29, [2011] 2 S.C.R. 485, at para. 34; *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823, at paras. 26-31; *R. v. Jolivet*, 2000 SCC 29, [2000] 1 S.C.R. 751, at paras. 48 and 54; *R. v. Van*, 2009 SCC 22, [2009] 1 S.C.R. 716, at paras. 34-36. However, I conclude that, in this case, the legal error was not harmless. Even though a jury charge does not have to be perfect, and this was a single omission in a comprehensive charge, the trial judge's failure to provide a limiting instruction on propensity resulted in a jury that was not properly instructed to assess the key piece of evidence supporting the Crown's theory of guilt. In the result, important reasoning risks were left unaddressed and the potential impact of this error is sufficiently serious to warrant a new trial.

[196] Further, the evidence was not such that the jury would inevitably convict on second degree murder. It was open to the jury to conclude that the evidence did not establish any criminal culpability. Alternatively, the jury could have concluded that the evidence supported an inference that Mr. Calnen had some unlawful involvement in Ms. Jordan's death and that he caused her death. It was not inevitable that a properly instructed jury would go even further down the path of inferential reasoning and conclude that the Crown had proven beyond a reasonable doubt that Mr. Calnen intentionally caused Ms. Jordan's death. A verdict of not guilty, or guilty

directives correctes en droit » : *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909, p. 915. Dans l'affaire qui nous occupe, il existe un lien indéniable entre l'allégation de verdict déraisonnable et l'existence d'une erreur de droit, parce qu'en raison de cette erreur de droit, le jury n'a pas reçu de directives appropriées et, de ce fait, il n'était pas outillé pour rendre un verdict raisonnable.

[195] Comme il s'agissait d'une erreur de droit, il serait loisible à la Couronne d'invoquer la disposition réparatrice si l'erreur en question était inoffensive ou si la preuve contre M. Calnen était à ce point accablante que le juge des faits rendrait inévitablement un verdict de culpabilité : *R. c. O'Brien*, 2011 CSC 29, [2011] 2 R.C.S. 485, par. 34; *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823, par. 26-31; *R. c. Jolivet*, 2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751, par. 48 et 54; *R. c. Van*, 2009 CSC 22, [2009] 1 R.C.S. 716, par. 34-36. J'estime toutefois que, dans le cas qui nous occupe, l'erreur de droit n'était pas inoffensive. Même si l'exposé fait à un jury n'a pas à être parfait et qu'il s'agit en l'espèce d'une seule omission dans un exposé par ailleurs étoffé, le défaut du juge du procès de donner une directive restrictive au sujet du raisonnement fondé sur la propension a plutôt fait en sorte que le jury n'a pas reçu de directives appropriées lui permettant d'évaluer le principal élément de preuve présenté par la Couronne pour conclure à la culpabilité de l'accusé. En définitive, d'importants risques liés au raisonnement n'ont pas été abordés et l'incidence potentielle de cette erreur est suffisamment grave pour justifier un nouveau procès.

[196] De plus, la preuve n'était pas telle que le jury reconnaîtrait forcément l'accusé coupable de meurtre au deuxième degré. Il était loisible au jury de conclure que la preuve n'établissait aucune culpabilité criminelle. Le jury aurait aussi pu conclure que la preuve permettait de conclure à une implication illicite de M. Calnen dans la mort de M^{me} Jordan et qu'il avait causé sa mort. Il n'était pas inévitable qu'un jury ayant reçu des directives appropriées soit allé encore plus loin dans son raisonnement inférentiel et ait conclu que la Couronne avait prouvé hors de tout doute raisonnable que M. Calnen avait causé intentionnellement la mort de M^{me} Jordan. Un verdict

on manslaughter, rather than murder, was also possible in this case.

[197] I conclude that the jury was not properly instructed, and that there is legally admissible evidence on which a conviction could reasonably be based. The reasonableness of any verdict of second degree murder could only be assessed if jurors knew they could not reason that because Mr. Calnen destroyed Ms. Jordan's body in the manner that he did, he was the type of person who would have murdered her. In my view, the trial judge's instructions were not correct in law on this point and the remedy is not an acquittal, but a new trial.

D. *Other Concerns*

[198] In this section, I will answer certain concerns raised by the majority in its reasons for judgment. By way of a general statement, it would have been preferable had the Defence requested a limiting instruction against propensity reasoning at the pre-charge conference and raised the failure to instruct against propensity and bad personhood reasoning as a distinct ground of appeal, rather than as part of the unreasonable verdict argument. It is also to be hoped, even expected, that counsel will do just that in the future when the after-the-fact conduct at issue carries other specific reasoning risks, like those associated with propensity reasoning. However, in my view, the focus in this case should be on overall trial fairness, not finality, and on ensuring that the jury did not take a wrong turn when asked to consider multiple and progressive inferences from circumstantial evidence.

de non-culpabilité, ou de culpabilité d'homicide involontaire coupable plutôt que de meurtre, était aussi possible dans cette affaire.

[197] J'arrive à la conclusion que le jury n'a pas reçu des directives appropriées et qu'il existe des éléments de preuve légalement admissibles qui pourraient raisonnablement justifier une déclaration de culpabilité. Le caractère raisonnable d'un verdict quant à l'accusation de meurtre au deuxième n'aurait pu être évalué que si les jurés savaient qu'il leur était interdit de tenir un raisonnement suivant lequel, parce qu'il a détruit le corps de M^{me} Jordan comme il l'a fait, M. Calnen était le type de personne qui l'aurait tuée. À mon avis, les directives du juge du procès à cet égard n'étaient pas conformes aux règles de droit et la réparation à accorder n'est pas un acquittement, mais un nouveau procès.

D. *Autres questions*

[198] Dans la présente section, je vais répondre à certaines questions soulevées par les juges majoritaires dans leurs motifs de jugement. De façon générale, je dirais qu'il aurait été préférable que la défense demande, lors de la conférence préalable à l'exposé au jury, une directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension et qu'elle invoque le défaut du juge du procès de donner des directives mettant le jury en garde contre un raisonnement fondé sur la propension ou la mauvaise personnalité comme un moyen d'appel distinct, plutôt que de le soulever dans le cadre de son argument sur le verdict déraisonnable. Souhaitons par ailleurs que les avocats suivent ces consignes à l'avenir lorsque le comportement après le fait en cause comporte des risques particuliers liés au raisonnement, comme ceux associés au raisonnement fondé sur la propension; on s'attend d'ailleurs qu'ils agissent ainsi. J'estime toutefois qu'en l'espèce, l'accent devrait être mis sur l'équité globale du procès et non sur le caractère définitif des décisions, et qu'on doit s'assurer que le jury n'a pas dévié de sa route lorsqu'il a été invité à se pencher sur diverses inférences tirées progressivement à partir de preuve circonstancielle.

(1) The Trial Judge Is Responsible for the Adequacy of the Jury Charge

[199] The majority is of the view that “defence counsel’s failure to object on the basis that the trial judge was required to provide a limiting instruction against general propensity reasoning may reasonably be taken as an indication that the defence considered the charge to be satisfactory and that a limiting instruction would not be in his client’s interests”: para. 41. With respect, and on the facts of this case, I cannot agree.

[200] Though not determinative, counsel’s failure to object to a jury charge is a factor that is worthy of consideration: *Thériault v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 336, at pp. 343-44; *Jacquard*, at paras. 37-38; *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293, at pp. 1319-20; *Arcangioli*, at p. 143; *Van*, at para. 43; *R. v. Araya*, 2015 SCC 11, [2015] 1 S.C.R. 581, at para. 51. The determining factor is, however, context — not only the context of the charge, but the context of the trial as a whole: “. . . we should not divorce the jury charge from the greater context of the trial” (*Jacquard*, at para. 33; see also *Araya*, at para. 52).

[201] Counsel’s failure to object must therefore be assessed in light of the jury charge and trial as a whole, alongside other factors such as whether and to what extent the parties and the trial judge were alive to the issue throughout the trial and how important the issue was to the accused’s defence. The context of this trial was that Defence counsel was consistently concerned about the propensity prejudice associated with the disputed after-the-fact conduct evidence, and the trial judge intended to address that prejudice in the jury charge. This is unlike *Jacquard*, in which “the ‘planned and deliberate’ issue was not expressly raised by the [accused] as a live issue at trial”: para. 33. Similarly, *Thériault* is distinguishable because, unlike in *Thériault*, the trial judge’s failure to instruct in the case at bar concerned evidence that was foundational to the key issues of causation and intent: see pp. 342-44. Here counsel’s failure to object is outweighed by his repeated and express references to the inflammatory

(1) Il appartient au juge du procès de s’assurer que son exposé au jury est suffisant

[199] Les juges majoritaires estiment que « le défaut de l’avocat de la défense de s’opposer, au motif que le juge du procès était tenu de donner une directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension générale, peut raisonnablement être interprété comme une indication que la défense estimait que l’exposé était satisfaisant et qu’une directive restrictive ne servirait pas l’intérêt de son client » : par. 41. En toute déférence, vu les faits de l’espèce, je ne partage pas cet avis.

[200] Bien qu’il ne soit pas déterminant, le défaut de l’avocat de s’opposer à l’exposé au jury constitue un facteur qui mérite d’être considéré : *Thériault c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 336, p. 343-344; *Jacquard*, par. 37-38; *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293, p. 1319-1320; *Arcangioli*, p. 143; *Van*, par. 43; *R. c. Araya*, 2015 CSC 11, [2015] 1 R.C.S. 581, par. 51. Le facteur déterminant est le contexte, non seulement le contexte entourant l’exposé au jury, mais celui entourant l’ensemble du procès : « . . . nous ne devons pas dissocier l’exposé du juge au jury du contexte plus général du procès » (*Jacquard*, par. 33; voir également *Araya*, par. 52).

[201] Le défaut de l’avocat de s’opposer doit donc être évalué à la lumière de l’exposé au jury et du procès dans leur ensemble, au même titre que d’autres facteurs, comme le fait de savoir si les parties et le juge du procès étaient conscients de l’enjeu tout au long du procès — et, le cas échéant, la mesure dans laquelle ils l’étaient —, ainsi que l’importance de l’enjeu pour la défense de l’accusé. Le contexte du procès en cause montre que l’avocat de la défense était constamment préoccupé par la question du préjudice fondé sur la propension qui est associé à la preuve contestée de comportement après le fait et que le juge du procès avait l’intention de tenir compte de ce préjudice dans son exposé au jury. Le cas qui nous intéresse diffère de celui dans l’arrêt *Jacquard*, où « l’[accusé] n’a[vait] pas soulevé expressément la question de la “préméditation et [du] propos délibéré” comme une question en litige au procès » : par. 33. De même, la présente affaire peut être distinguée de celle dans *Thériault*, puisque contrairement à cet arrêt, le

nature of the evidence throughout the trial, as well as the importance of the issue of propensity to Mr. Calnen's defence.

[202] Ultimately, "the jury charge is the responsibility of the trial judge and not defence counsel": *Jacquard*, at para. 37; see also *Jaw*, at para. 44; *Khela*, at para. 49. Thus, even where both parties agree on the adequacy of the charge, it falls to the trial judge, as the judge of the law and the guarantor of trial fairness, to decide on its content. In *R. v. Pickton*, 2010 SCC 32, [2010] 2 S.C.R. 198, at para. 27, Charron J. stated this principle as follows:

Discussions between counsel and the trial judge about the content of the charge can provide invaluable assistance in crafting correct jury instructions and, as such, should be encouraged. However, it is the trial judge's role to instruct the jury on all relevant questions of law that arise on the evidence. In some cases, these instructions will not accord with the position advanced by counsel for the Crown or the defence.

(See also *B. (F.F.)*, at pp. 735-36; *R. v. MacLeod*, 2014 NSCA 63, 346 N.S.R. (2d) 222, at para. 95.)

[203] While the obligation to assist in the charge rests on all counsel (*Daley*, at para. 58), it was ultimately the trial judge's role to instruct the jury on relevant questions of law so that the jury could return a lawful verdict, control the prejudice associated with propensity reasoning, and ensure that Mr. Calnen received a fair trial. Given that the Defence consistently raised the prejudice associated with Mr. Calnen's after-the-fact conduct, and the trial judge recognized the need to address prejudice in the charge, ultimately it was the trial judge's responsibility to inquire further into the issue of propensity reasoning when it came time to draft the charge. In

défaut du juge du procès de donner des directives en l'espèce portait sur de la preuve qui constituait le fondement des questions centrales du lien de causalité et de l'intention : voir p. 342-344. En l'espèce, le défaut de s'opposer de l'avocat est supplanté par le fait pour lui d'avoir mentionné de façon expresse et répétée la nature incendiaire de la preuve tout au long du procès, ainsi que par l'importance de la question de la propension pour la défense de M. Calnen.

[202] Ultimement, « l'exposé au jury est la responsabilité du juge du procès et non de l'avocat de la défense » : *Jacquard*, par. 37; voir également *Jaw*, par. 44; *Khela*, par. 49. Ainsi, même lorsque les deux parties sont d'accord pour dire que l'exposé au jury était suffisant, il appartient au juge du procès, en tant que juge du droit et garant de l'équité du procès, de décider de sa teneur. Dans l'arrêt *R. c. Pickton*, 2010 CSC 32, [2010] 2 R.C.S. 198, par. 27, la juge Charron a énoncé comme suit ce principe :

Les discussions entre les avocats et le juge du procès au sujet de la teneur de l'exposé au jury peuvent s'avérer extrêmement utiles pour rédiger des directives au jury approprié et elles devraient, pour cette raison, être encouragées. Il n'en demeure pas moins que c'est au juge du procès qu'il incombe d'instruire le jury sur toutes les questions de droit pertinentes que soulève la preuve. Dans certains cas, ces directives ne s'accordent ni avec la thèse défendue par le procureur du ministère public ni avec celle de l'avocat de la défense.

(Voir également *B. (F.F.)*, p. 735-736; *R. c. MacLeod*, 2014 NSCA 63, 346 N.S.R. (2d) 222, par. 95.)

[203] Bien que l'obligation d'assister le juge relativement à l'exposé au jury incombe à tous les avocats concernés (*Daley*, par. 58), il appartenait ultimement au juge du procès de donner au jury des directives sur les questions de droit pertinentes pour que le jury puisse rendre un verdict légitime, de contrôler tout préjudice associé au raisonnement fondé sur la propension et de veiller à ce que M. Calnen jouisse d'un procès équitable. Puisque la défense a constamment évoqué le risque de préjudice associé au comportement après le fait de M. Calnen et que le juge du procès a reconnu la nécessité de tenir compte du préjudice dans son exposé aux jurés, il revenait donc

such circumstances, Defence counsel’s failure to object is of a more limited import: “. . . it is the duty of the trial judge to consider the admissibility of all evidence and to charge the jury properly: absence of comment or objection by counsel for the accused does not vitiate this duty” (*B. (F.F.)*, at pp. 735-36).

[204] Nor can a failure to raise an issue bar a court from ordering a new trial where the trial judge’s error may contribute to a miscarriage of justice: *Chambers*, at pp. 1319-20.

(2) There Is No Basis to Say That Defence Counsel Made a Tactical Decision

[205] The majority, at para. 18, also states that “in all likelihood defence counsel made a deliberate and conscious tactical decision to marshal the discreditable conduct evidence in an attempt to bolster the truthfulness of Mr. Calnen’s out-of-court statement and re-enactment, upon which his defence rested”, and further, at para. 68, that “[g]iven the strategy adopted by the defence, a limiting instruction against general propensity reasoning would have risked highlighting the negative impact of Mr. Calnen’s discreditable conduct on his credibility and thereby unravelling his defence — a risk which the defence chose not to take.”

[206] I do not share this view for three reasons. First, great caution needs to be used when speculating about why counsel acted in a particular manner at trial. Courts will not ordinarily have full information about what is going on behind the scenes and concluding that something is a conscious, deliberate, and tactical decision often has profound legal consequences for the accused.

au juge du procès de faire un examen plus poussé de la question du raisonnement fondé sur la propension au moment de formuler son exposé. Dans ces conditions, le défaut de l’avocat de la défense de s’opposer revêt une importance limitée : « . . . c’est au juge du procès qu’il incombe d’examiner l’admissibilité de tous les éléments de preuve et de donner au jury des directives appropriées : l’absence d’observation ou d’objection de la part de l’avocat de l’accusé n’a pas pour effet de supprimer cette obligation » (*B. (F.F.)*, p. 735-736).

[204] En outre, le fait de ne pas soulever une question ne saurait empêcher un tribunal d’ordonner la tenue d’un nouveau procès dès lors que l’erreur commise par le juge du procès est susceptible de causer une erreur judiciaire : *Chambers*, p. 1319-1320.

(2) Rien ne permet d’affirmer que l’avocat de la défense a pris une décision stratégique

[205] Les juges majoritaires, au par. 18, affirment également que « selon toute vraisemblance, c’est parce que l’avocat de la défense a consciemment et délibérément décidé, pour des raisons d’ordre stratégique, d’organiser les éléments de preuve de conduite déshonorante dans le but de renforcer la véracité de la déclaration extrajudiciaire et de la reconstitution des faits produites par M. Calnen et sur lesquelles sa défense reposait » et, au par. 68, que « [c]ompte tenu de la stratégie adoptée par la défense, une directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension générale aurait risqué de mettre en évidence les conséquences négatives de la conduite déshonorante de M. Calnen sur la crédibilité de ce dernier, faisant ainsi voler en éclats sa défense, un risque que la défense a préféré ne pas courir. »

[206] Je ne partage pas cette opinion, et ce, pour trois raisons. Premièrement, il convient de faire preuve de beaucoup de prudence lorsqu’on spéculé au sujet des raisons pour lesquelles un avocat a agi d’une façon particulière au procès. D’ordinaire, les tribunaux ne disposent pas de tous les renseignements leur permettant de savoir ce qui se passe dans les coulisses, et le fait de conclure qu’il s’agissait d’une décision consciente et délibérée d’ordre stratégique a souvent des conséquences juridiques importantes pour l’accusé.

[207] This is not a case in which bad character evidence was primarily led by the Defence to suit its own tactical purposes; nor is it a case in which Defence counsel expressly waived the accused's right to seek a propensity limiting instruction: *R. v. R.T.H.*, 2007 NSCA 18, 251 N.S.R. (2d) 236, at para. 98; *R. v. Smith*, 2007 ABCA 237, 77 Alta. L.R. (4th) 327, at paras. 26-27. Remember that the key issue in this trial was the admissibility and use of the after-the-fact conduct evidence in relation to intent. Considering the thrust and parry of a criminal trial, when the contest is occurring primarily on one issue or in one arena, it is not uncommon for alternative arguments, even good ones, to slip through the cracks. Sometimes different ways of seeing what should have been done only come later.

[208] What we do know is that Defence counsel did not ask for a propensity limitation. Nor did the Crown, who is a quasi-judicial officer with a recognized responsibility to contribute to a proper charge. The trial judge recognized prejudice as a future issue to address in the jury charge but did not raise it again at the pre-charge conference. If the trial judge had specifically inquired about inserting a limiting instruction at the pre-charge conference as a way to control the prejudice of the after-the-fact conduct, and Defence counsel had rejected it, then there would be some basis in fact to suggest that Defence counsel made a deliberate decision driven by tactical motivations. However, without any further information, the failure of the Defence, Crown and trial judge to direct their minds to the prejudice of the after-the-fact conduct may be equally consistent with forgetfulness, fatigue, or by having placed the focus elsewhere.

[209] Second, if a strategy is to be imputed to counsel, it should be clear not only that it was a strategy,

[207] Il ne s'agit pas d'un cas où la preuve de mauvaise moralité a été surtout présentée par la défense pour des raisons d'ordre stratégique qui lui sont propres; il ne s'agit pas non plus d'une affaire dans laquelle l'avocat de la défense a expressément renoncé aux droits de l'accusé de réclamer une directive restrictive sur la propension : *R. c. R.T.H.*, 2007 NSCA 18, 251 N.S.R. (2d) 236, par. 98; *R. c. Smith*, 2007 ABCA 237, 77 Alta. L.R. (4th) 327, par. 26-27. Il ne faut pas oublier que la principale question au procès était l'admissibilité et l'utilisation de la preuve relative au comportement après le fait par rapport à l'intention. Dans le feu de l'action lors de procès en matière criminelle, quand l'affrontement porte principalement sur une question ou un domaine, il n'est pas rare que des arguments subsidiaires, aussi bons soient-ils, échappent à la vigilance du tribunal. Il arrive parfois qu'on ne se rende compte que plus tard que d'autres façons de faire existent.

[208] Ce que nous savons, c'est que l'avocat de la défense n'a pas demandé de directive restrictive portant sur le raisonnement fondé sur la propension. La Couronne, qui exerce une fonction quasi judiciaire et à qui incombe l'obligation reconnue de contribuer à la formulation d'un exposé au jury approprié, n'en a pas non plus demandé. Le juge du procès a reconnu que le préjudice était une question à aborder ultérieurement dans l'exposé au jury, mais il ne l'a pas soulevée de nouveau lors de la conférence préalable à l'exposé. Si le juge du procès avait expressément envisagé la possibilité d'ajouter une directive restrictive lors de la conférence préalable à l'exposé comme moyen d'éviter le préjudice engendré par le comportement après le fait, et que l'avocat de la défense avait écarté cette possibilité, il existerait alors des raisons factuelles de croire que l'avocat de la défense avait pris une décision délibérée motivée par des raisons stratégiques. Toutefois, à défaut d'autres renseignements, le fait pour la défense, la Couronne et le juge du procès de ne pas avoir envisagé le préjudice associé au comportement après le fait pourrait tout aussi bien s'expliquer par l'oubli, la fatigue ou le fait qu'ils ont accordé de l'importance à d'autres facteurs.

[209] Deuxièmement, si l'on doit imputer une stratégie à un avocat, il doit être évident qu'il s'agit

but that it was a coherent and sound one as well. The strategy put forward by the majority is problematic, not only because it involves a complex chain of reasoning, but because the strength of each link is weakened by other considerations. As the majority rightly points out (at para. 64), “[i]t is a matter of common sense that evidence of bad character may reflect badly on the accused’s credibility, and that the jury can use it as a factor in determining if the accused is likely to be telling the truth”: *R. v. G. (S.G.)*, [1997] 2 S.C.R. 716, at para. 70; see also *White (1998)*, at para. 26. Accordingly, it was always open to the trial judge to tell the jury that Mr. Calnen’s after-the-fact conduct could be used to assess his credibility: *Jaw*, at para 39. It was also always open to the Crown to request this instruction. The Crown would not have needed to wait for a Defence request for a limiting instruction on propensity to make its own request for an instruction on credibility in respect of any of the discreditable conduct evidence. It therefore cannot be the case that the Crown would “unquestionably have insisted on such an instruction” as the majority states, because the Crown already had the chance to do so and did not: para. 65. It is not logical to theorize that the Defence was avoiding a limiting instruction on propensity to avoid an instruction on credibility when that credibility instruction did not hinge on a propensity limiting instruction and, in fact, could have been requested at any time.

[210] Furthermore, even if the Crown had insisted on an additional credibility instruction, the majority overstates the damage that such an instruction would have caused to Mr. Calnen’s defence. The truthfulness of Mr. Calnen’s June 18 statement was already in issue in this trial. Even if Mr. Calnen’s defence relied on much of the discreditable conduct evidence as support for his exculpatory statement, the truthfulness of that statement was already called into question based on other evidence, namely: the inconsistency between Mr. Calnen’s statements to the police on April 5 and June 18, and the evidence, introduced by Wade Weeks, Krista Andrews, Donna

d’une stratégie, mais aussi que cette stratégie est cohérente et solide. La stratégie qu’exposent les juges majoritaires est problématique, non seulement du fait qu’elle comporte un raisonnement complexe, mais également parce que chaque étape de ce raisonnement est affaiblie par d’autres facteurs. Comme les juges majoritaires le soulignent avec raison (au par. 64) : « [c]ela va de soi que la preuve de mauvaise moralité peut nuire à la crédibilité de l’accusé et que le jury peut l’utiliser comme facteur pour déterminer si l’accusé est susceptible de dire la vérité » (*R. c. G. (S.G.)*, [1997] 2 R.C.S. 716, par. 70; voir également *White (1998)*, par. 26). Par conséquent, il était toujours loisible au juge du procès d’expliquer aux jurés qu’ils pouvaient utiliser le comportement après le fait de M. Calnen pour évaluer sa crédibilité : *Jaw*, par. 39. Il était également loisible à la Couronne de demander une telle directive à tout moment; elle n’avait pas à attendre que la défense demande au juge de donner une directive restrictive sur la propension pour demander elle-même une directive sur la crédibilité concernant l’un ou l’autre des éléments de preuve relatifs à la conduite déshonorante. On ne peut donc pas affirmer que la Couronne « aurait sans aucun doute insisté pour qu’une directive de la sorte soit donnée », comme l’affirment les juges majoritaires, parce que la Couronne avait déjà eu la possibilité de le faire et s’en était abstenue : par. 65. L’idée suivant laquelle la défense n’a pas demandé de directive restrictive sur la propension pour éviter une directive sur la crédibilité alors que cette dernière était indépendante de toute directive restrictive sur la propension n’est pas logique. En fait, une telle directive aurait pu être demandée en tout temps.

[210] De plus, même si la Couronne avait insisté pour qu’une directive additionnelle soit donnée sur la question de crédibilité, les juges majoritaires surestiment le tort qu’une telle directive aurait causé à la défense de M. Calnen. La véracité de la déclaration du 18 juin de M. Calnen était déjà en cause au procès. Même si la défense de M. Calnen reposait sur une grande partie des éléments de preuve de sa conduite déshonorante présentée à l’appui de sa déclaration disculpatoire, la véracité de cette déclaration était déjà mise en doute par d’autres éléments de preuve, à savoir la contradiction entre les déclarations faites à la police par M. Calnen le 5 avril et le 18 juin, et

Jordan, and Mr. Calnen himself, that Mr. Calnen repeatedly lied to the police and to Ms. Jordan's family and friends with respect to Ms. Jordan's whereabouts and his involvement in her death. In the closing address, Crown counsel thoroughly attacked Mr. Calnen's credibility. Given that Mr. Calnen's credibility was already at the forefront, he would have had more to gain, and little to lose, by having the trial judge instruct on propensity, even if that meant including another instruction on credibility.

[211] There is therefore no inherent link or trade-off between requesting a limiting instruction on propensity and having a trial judge instruct on credibility. And even if there was, Mr. Calnen's credibility was already so central an issue that it is not logical to imagine that counsel would have resisted requesting a propensity instruction in order to avoid a discussion of Mr. Calnen's credibility. The tactic imputed to Defence counsel is, in my view, based on an either-or formulation of the use of Mr. Calnen's statement when the reality is that he could have asked the jury to use it to corroborate his story and also asked for a limiting instruction to prevent the jury from engaging in propensity reasoning. There is no reason to believe that the theory of the Defence in this case and a limiting instruction on propensity would have been at cross purposes. On the contrary. It was in Mr. Calnen's interest to guard against a possible wrongful conviction borne of forbidden propensity reasoning. Limiting instructions on propensity would have helped achieved this.

[212] Third, in any event, whether the Defence counsel's decisions were tactical or not, "a lawyer's position on the appropriate parameters of a jury charge, driven by tactical considerations, cannot change the law": *MacLeod*, at para. 94. A jury that engages in propensity reasoning is a jury that is not acting judicially.

les témoignages de Wade Weeks, de Krista Andrews, de Donna Jordan et de M. Calnen lui-même suivant lesquels ce dernier avait menti à plusieurs reprises à la police ainsi qu'à la famille et aux amis de M^{me} Jordan au sujet de la disparition de M^{me} Jordan et de son implication dans le décès de cette dernière. Dans son exposé final, le procureur de la Couronne a attaqué à fond la crédibilité de M. Calnen. Comme la crédibilité de M. Calnen était déjà l'avant-plan, ce dernier aurait eu plus à gagner et peu à perdre à obtenir du juge du procès qu'il donne une directive sur la propension, même si cela signifiait qu'il donne également une autre directive sur la crédibilité.

[211] Il n'y a donc aucun lien ou compromis inhérents entre le fait de demander une directive restrictive sur la propension et le fait que le juge du procès donne des directives sur la crédibilité. Par ailleurs, même si c'était le cas, la crédibilité de M. Calnen était déjà une question tellement centrale qu'il est illogique de penser que son avocat se serait abstenu de demander une directive sur la propension dans le but d'éviter une discussion sur la crédibilité de M. Calnen. La stratégie que l'on impute à l'avocat de la défense repose à mon avis sur une conception dichotomique de l'utilisation de la déclaration de M. Calnen alors qu'en réalité, l'avocat de la défense aurait pu à la fois demander au jury d'utiliser cette déclaration pour corroborer sa version des faits et réclamer une directive restrictive pour empêcher le jury de se livrer à un raisonnement fondé sur la propension. Il n'y a aucune raison de croire que la thèse de la défense en l'espèce et la formulation d'une directive restrictive sur la propension auraient été incompatibles. Au contraire, il était dans l'intérêt de M. Calnen de se prémunir contre une éventuelle condamnation injustifiée fondée sur un raisonnement interdit fondé sur la propension. La formulation de directives restrictives sur la propension aurait aidé en ce sens.

[212] Troisièmement, en tout état de cause, peu importe que les décisions de l'avocat de la défense fussent stratégiques ou non, [TRADUCTION] « la position de l'avocat sur les paramètres appropriés de l'exposé au jury, motivée par des considérations stratégiques, ne saurait modifier la loi » : *MacLeod*, par. 94. Le jury qui se livre à un raisonnement fondé sur la propension est un jury qui n'agit pas de façon judiciaire.

(3) The Principle of Finality Does Not Prevail Over the Right of an Accused to a Fair Trial

[213] The majority, at para. 70, states that the jury instructions “adequately guarded against the risk of general propensity reasoning” and that, in such a context, the principle of finality should prevail.

[214] Respectfully, and as I have discussed above, the jury charge did not adequately guard against the risk of propensity reasoning. There was nothing in the jury charge that would have informed the jury that it could not reason that because Mr. Calnen engaged in discreditable conduct, he was more likely to have killed Ms. Jordan. To the extent that the majority finds that the jury was informed of the specific dangers associated with this forbidden line of reasoning, I respectfully cannot agree.

[215] Thus the principle of finality does not come into play in the manner in which the majority has framed it. This is not a case in which “the defence made a legitimate tactical decision at trial and lost”: para. 70. Rather, this is a case in which, *regardless of Defence counsel’s tactical decisions*, the jury was not properly instructed and was therefore unable to reach a reasonable verdict. At stake was nothing less than Mr. Calnen’s right to a fair trial based on lawful reasoning.

[216] In *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520, Major J. tempered his discussion of the importance of finality and order in the context of the due diligence criterion respecting fresh evidence by stating, “[t]hat criterion must yield where its rigid application might lead to a miscarriage of justice”: para. 19. Thus “despite the importance of these values [of finality and order], this Court has also stated that the due diligence criterion should not be applied as strictly in criminal matters as in civil cases”: *R.*

(3) Le principe du caractère définitif des décisions n’a pas préséance sur le droit de l’accusé à un procès équitable

[213] Les juges majoritaires, au par. 70, affirment que les directives au jury « protég[eaient adéquate-ment les jurés] contre les dangers d’un raisonnement fondé sur la propension générale », de sorte que le principe du caractère définitif des décisions devrait avoir préséance.

[214] À mon humble avis, et comme je l’ai déjà expliqué, l’exposé au jury ne protégeait pas adéquatement contre les dangers d’un raisonnement fondé sur la propension. On ne trouve rien dans l’exposé qui aurait expliqué aux jurés qu’ils ne pouvaient conclure que, parce qu’il s’était comporté de façon déshonorante, M. Calnen était davantage susceptible d’avoir tué M^{me} Jordan. Dans la mesure où les juges majoritaires estiment que le jury a été mis au courant des risques particuliers que comportait ce type de raisonnement interdit, je ne puis, en toute déférence, souscrire à leur conclusion.

[215] Le principe du caractère définitif des décisions n’entre donc pas en ligne de compte de la manière évoquée par les juges majoritaires. Il ne s’agit pas d’une affaire dans laquelle la défense a « pris une décision légitime d’ordre stratégique lors du procès et [. . .] a perdu » : par. 70. Il s’agit plutôt d’une affaire dans laquelle, *indépendamment des décisions que l’avocat de la défense a pu prendre pour des raisons d’ordre stratégique*, le jury n’a pas reçu de directives appropriées et n’était donc pas en mesure de rendre un verdict raisonnable. Ce qui était en jeu n’était rien de moins que le droit de M. Calnen à un procès équitable basé sur un raisonnement légitime.

[216] Dans l’arrêt *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520, le juge Major nuance son analyse de l’importance du caractère définitif et du déroulement ordonné des procédures judiciaires dans le contexte du critère de la diligence raisonnable en ce qui a trait aux éléments de preuve nouveaux, en déclarant que « [c]e critère ne doit pas être retenu lorsque son application rigide est susceptible d’entraîner une erreur judiciaire » : par. 19. Ainsi, « malgré l’importance de ces valeurs [le caractère

v. *St-Cloud*, 2015 SCC 27, [2015] 2 S.C.R. 328, at para. 131, referencing *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, at p. 775, referencing *McMartin v. The Queen*, [1964] S.C.R. 484, at p. 493.

[217] Indeed, this Court has rarely adopted a rigid approach to the principle of finality. Rather, the criminal justice system is predicated on two equally important principles that must be counter balanced: the principle of finality and the principle of trial fairness: see, e.g., *R. v. Wong*, 2018 SCC 25, [2018] 1 S.C.R. 696, at para. 29. Where an individual is at risk of wrongful conviction, the principle of trial fairness outweighs that of finality as this Court “has consistently affirmed that it is a fundamental principle of justice, protected by the *Charter*, that the innocent must not be convicted”: *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281, at para. 24. A majority of this Court further stated in *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, at para. 89, that “our justice system has always held that the threat of convicting an innocent individual strikes at the heart of the principles of fundamental justice.”

[218] The risk of conviction on the basis of propensity reasoning is the risk of a wrongful conviction, thereby undermining the presumption of innocence enshrined in ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms: Handy*, at para. 139. In the case at bar, the jury was presented with highly prejudicial conduct evidence and was not adequately instructed on the prohibited uses of that evidence. The risk that the jury engaged in propensity reasoning is real and directly undermined Mr. Calnen’s right to be presumed innocent until proven guilty. In such circumstances, the principle of finality cannot, and does not, supersede the accused’s right to a fair trial.

définitif et le déroulement ordonné des procédures judiciaires], notre Cour a également précisé que le critère de la diligence raisonnable ne devait pas être appliqué de manière aussi stricte dans les affaires criminelles que dans les affaires civiles » : *R. c. St-Cloud*, 2015 CSC 27, [2015] 2 R.C.S. 328, par. 131, mentionnant *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, p. 775, mentionnant *McMartin c. The Queen*, [1964] R.C.S. 484, p. 493.

[217] En réalité, notre Cour a rarement appliqué de façon rigide le principe du caractère définitif. Le système de justice pénale repose plutôt sur deux principes d’égale importance qui doivent être mis en balance : le principe du caractère définitif et le principe de l’équité du procès : voir, p. ex., *R. c. Wong*, 2018 CSC 25, [2018] 1 R.C.S. 696, par. 29. Lorsqu’il existe un risque que quelqu’un soit déclaré coupable injustement, le principe de l’équité du procès l’emporte sur le principe du caractère définitif, étant donné que notre Cour « a constamment affirmé que la règle selon laquelle l’innocent ne doit pas être déclaré coupable est un principe de justice fondamentale garanti par la *Charte* » : *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281, par. 24. Une majorité de notre Cour a en outre déclaré dans l’arrêt *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 89, que « notre système de justice a toujours considéré que le risque de déclarer coupable un innocent est au cœur des principes de justice fondamentale ».

[218] Le risque d’une condamnation reposant sur un raisonnement fondé sur la propension est le risque que cette condamnation soit injustifiée, ce qui compromettrait la présomption d’innocence consacrée à l’art. 7 et à l’al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés : Handy*, par. 139. En l’espèce, le jury a été saisi d’éléments de preuve relatifs au comportement après le fait qui étaient extrêmement préjudiciables et il n’a pas reçu de directives appropriées sur les utilisations interdites de ces éléments de preuve. Le risque que le jury se soit livré à raisonnement fondé sur la propension est bien réel et il a porté directement atteinte au droit de M. Calnen d’être présumé innocent jusqu’à preuve du contraire. Dans ces conditions, le principe du caractère définitif des décisions ne saurait avoir préséance sur le droit de l’accusé à un procès équitable.

E. *Conclusion on Unreasonable Verdict*

[219] Mr. Calnen's argument that the verdict was unreasonable because the jury could easily be inflamed shows that the jury was not properly instructed in respect of the prejudice arising from this after-the-fact conduct and its specific risks of forbidden propensity reasoning. In this way, the jury was not equipped to return a reasonable verdict because there was an error in law in the instructions with which they were provided. In such a case, the preferable remedy is not an acquittal, but a new trial.

VIII. Disposition

[220] I would therefore allow in part the Crown's appeal. I agree with the Court of Appeal that Mr. Calnen's second degree murder conviction should be set aside, however, a new trial should be ordered on second degree murder.

The following are the reasons delivered by

[221] KARAKATSANIS J. (dissenting) — I have read the reasons of my colleagues, Moldaver and Martin JJ. I agree with the general principles set out in Martin J.'s reasons regarding the admissibility of after-the-fact conduct. However, I reach a different conclusion from both of my colleagues on the application of those principles to the evidence in this case. In my view, the accused's destruction of the deceased's body was inadmissible as evidence of intent for second degree murder.

[222] While Mr. Calnen's conduct in destroying the body is relevant to the issue of whether he unlawfully caused Ms. Jordan's death and was admissible for that purpose, it cannot assist in distinguishing between manslaughter and second degree murder. If the jury concluded that the accused had unlawfully caused the death of the deceased, then the accused's

E. *Conclusion sur le verdict déraisonnable*

[219] L'argument de M. Calnen suivant lequel le verdict était déraisonnable parce que le jury pouvait facilement être révolté montre que le jury n'a pas reçu de directives appropriées en ce qui concerne le préjudice découlant de ce comportement après le fait et les risques particuliers d'un raisonnement interdit fondé sur la propension. Le jury n'était par conséquent pas outillé pour rendre un verdict raisonnable, car les directives qu'il avait reçues étaient entachées d'une erreur de droit. Dans ces conditions, la meilleure solution ne consiste pas à ordonner l'acquittal, mais plutôt la tenue d'un nouveau procès.

VIII. Dispositif

[220] Je suis par conséquent d'avis d'accueillir le pourvoi de la Couronne en partie. Je conviens avec la Cour d'appel que la déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré prononcée contre M. Calnen devrait être annulée. Toutefois la tenue d'un nouveau procès devrait être ordonnée relativement à l'accusation de meurtre au deuxième degré.

Version française des motifs rendus par

[221] LA JUGE KARAKATSANIS (dissidente) — J'ai pris connaissance des motifs de mes collègues, les juges Moldaver et Martin. Je souscris aux principes généraux énoncés par la juge Martin en ce qui concerne l'admissibilité en preuve du comportement après le fait, mais j'arrive à une conclusion différente de celles de mes deux collègues quant à l'application de ces principes aux éléments de preuve présentés en l'espèce. À mon avis, la destruction, par l'accusé, de la dépouille de la victime n'était pas admissible en preuve pour démontrer son intention de commettre un meurtre au deuxième degré.

[222] Bien que le comportement qu'a adopté M. Calnen en détruisant le cadavre soit pertinent pour savoir si ce dernier a illégalement causé la mort de M^{me} Jordan, et bien que ce comportement ait été admissible à cette fin, il n'est d'aucune utilité pour distinguer un homicide involontaire coupable d'un meurtre au deuxième degré. Dans la mesure où le

destruction of the body could only be *equally* consistent with both offences.

[223] I would add this. I agree with Martin J. that the failure to provide instructions warning the jury of the dangers of propensity reasoning requires a new trial. However, given my view that the evidence in this case was not probative of intent for murder and that a directed verdict of acquittal should have been granted, I would uphold the decision of the majority of the Court of Appeal (2017 NSCA 49, 358 C.C.C. (3d) 362), which ordered a new trial on the manslaughter charge only.

I

[224] My colleague, Martin J., sets out the facts of this case in detail. Mr. Calnen told the police that Ms. Jordan’s death was an accident: the two had an argument as a result of her decision to leave him and the fact that she was departing with some of his belongings; she became violent and tried to take a swing at him; the momentum of her swing caused her to fall down the stairs.

[225] The Crown pointed to evidence of a difficult relationship with overtones of domestic violence (“[h]e put his hands on me i don’t think im safe here”); Mr. Calnen’s threats of suicide should Ms. Jordan leave him (“I cant leave him hes suicidal because he dosnt want me to go hes a mess”); the plan between Ms. Jordan and her friend to steal some of Mr. Calnen’s belongings; the heightened tension on the day of Ms. Jordan’s death (“shit is hittin the fan 4 me right now”); and Mr. Calnen’s state of mind on finding Ms. Jordan with her bags packed along with his laptop and gold ring (he testified: “that kind of got [him] pissed off”).

jury a conclu que l’accusé avait illégalement causé la mort de la victime, la destruction du corps par l’accusé ne pouvait qu’être *tout aussi* compatible avec ces deux infractions.

[223] Je tiens à ajouter ce qui suit. Je suis d’accord avec la juge Martin pour dire que l’absence de directives mettant le jury en garde contre les dangers d’un raisonnement fondé sur la propension commande la tenue d’un nouveau procès. Toutefois, puisqu’à mon avis la preuve présentée en l’espèce n’avait pas de valeur probante quant à l’intention requise pour commettre un meurtre et qu’un verdict imposé d’acquiescement aurait dû être rendu, je confirmerais la décision des juges majoritaires de la Cour d’appel (2017 NSCA 49, 358 C.C.C. (3d) 362), qui ordonnait la tenue d’un nouveau procès à l’égard de l’accusation d’homicide involontaire coupable seulement.

I

[224] Ma collègue la juge Martin relate en détail les faits de la présente affaire. Monsieur Calnen a affirmé à la police que la mort de M^{me} Jordan était accidentelle : ils se sont querellés parce qu’elle avait décidé de le quitter et qu’elle partait avec quelques-uns de ses effets personnels; elle est devenue violente et a tenté de le frapper; dans son élan, elle est tombée dans l’escalier.

[225] La Couronne a relevé certains éléments de preuve tendant à démontrer l’existence d’une relation difficile teintée de violence familiale ([TRADUCTION] « [y] m’a pognée pis je pense pas que je suis en sécurité ici »); les menaces de M. Calnen qu’il allait se suicider si M^{me} Jordan le quittait (« Je peux pas le laisser y veut se tuer y veut pas que je parte y va vraiment mal »); le projet de M^{me} Jordan et de son ami de dérober des effets personnels à M. Calnen; la tension accrue entre M. Calnen et M^{me} Jordan le jour du décès de cette dernière (« OK là ça chie solide pour moi »); et l’état d’esprit de M. Calnen lorsqu’il s’est aperçu que M^{me} Jordan avait fait ses bagages et qu’elle lui avait pris son ordinateur portable et sa bague en or (il a témoigné que « ça [l’avait] comme vraiment frustré »).

[226] In the days following Ms. Jordan’s death, the accused went to great lengths to destroy her body — he made multiple attempts to hide the body before ultimately burning it on two separate occasions and putting the remains in a lake. The Crown’s theory was that this after-the-fact conduct was evidence that Mr. Calnen had not only unlawfully caused Ms. Jordan’s death, but was also evidence indicative of an intent to kill.

[227] The actions an accused takes after a crime has been committed may be relevant and admissible as evidence of guilt. The relevance of this type of evidence is often highly fact specific. What was the jury entitled to infer from the actions the accused took to destroy the body of the victim in this case?

[228] It is undisputed that Mr. Calnen’s after-the-fact conduct can support the inference that he was involved in Ms. Jordan’s unlawful death. The jury was entitled to reject the accused’s description of an accident and instead infer from these actions that the accused committed an unlawful act that resulted in death, and wanted to avoid detection for that unlawful act. This evidence is relevant and admissible to show a guilty conscience.

[229] But is the evidence that the accused burned the body capable of establishing not only that the deceased was the victim of a crime, but also the degree of culpability of the crime that resulted in her death? Was the evidence relevant to proving the specific intent required for second degree murder? That is the specific issue in this case.

II

[230] The *actus reus* for both murder and manslaughter requires proof of an act of killing. The *mens rea* for second degree murder requires that the accused *intended* either to cause death, or to inflict bodily harm knowing that it was likely to cause death and was reckless as to whether death ensued. Unlawful act manslaughter requires fault

[226] Dans les jours qui ont suivi la mort de M^{me} Jordan, l’accusé a déployé beaucoup d’efforts pour détruire le corps de la victime : il a tenté à plusieurs reprises de cacher son corps avant de finir par le brûler par deux fois et de déposer les restes dans un lac. Selon la thèse de la Couronne, ce comportement après le fait prouvait non seulement que M. Calnen avait illégalement causé la mort de M^{me} Jordan, mais aussi qu’il avait l’intention de la tuer.

[227] Les mesures prises par un accusé après qu’un crime a été commis peuvent être pertinentes et admissibles pour prouver sa culpabilité. Souvent, la pertinence de ce type de preuve est largement tributaire des faits. Quelles inférences le jury avait-il le droit de tirer des mesures prises par l’accusé pour détruire le corps de la victime en l’espèce?

[228] Nul ne conteste que le comportement après le fait de M. Calnen puisse étayer l’inférence selon laquelle il était impliqué dans la mort illégale de M^{me} Jordan. Le jury avait le droit de rejeter la description de l’accident faite par l’accusé et de plutôt inférer des mesures prises par ce dernier qu’il avait commis un acte illégal ayant entraîné la mort et qu’il voulait éviter de se faire prendre relativement à cet acte illégal. Cette preuve est pertinente et admissible pour démontrer une conscience de culpabilité.

[229] Toutefois, la preuve que l’accusé a brûlé le corps de la victime permet-elle de démontrer non seulement que la personne décédée a été victime d’un crime, mais aussi d’établir le degré de culpabilité associé au crime ayant entraîné sa mort? Cette preuve était-elle pertinente pour établir l’intention spécifiquement requise pour commettre un meurtre au deuxième degré? Voilà la question précise que soulève la présente affaire.

II

[230] L’*actus reus*, tant pour le meurtre que pour l’homicide involontaire coupable, exige la preuve de l’acte d’avoir causé la mort. La *mens rea* requise pour le meurtre au deuxième degré exige que l’accusé ait eu l’intention soit de causer la mort, soit d’infliger des lésions corporelles dont il savait qu’elles étaient de nature à causer la mort et qu’il lui était indifférent

short of an intention to kill. More specifically, the *mens rea* for unlawful act manslaughter is made out if a reasonable person, in all of the circumstances of the accused, would have appreciated that bodily harm was the foreseeable consequence of the dangerous act of the accused (*R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3, at pp. 44-45). In the circumstances of this case, the “dangerous act of the accused” would be an assault-based offence.

[231] Is the accused’s after-the-fact conduct capable of distinguishing between the *mens rea* for second degree murder and the *mens rea* for manslaughter?

III

[232] As noted by this Court in *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72, evidence of after-the-fact conduct is not fundamentally different from other types of circumstantial evidence and may be used to demonstrate culpability (para. 21). In certain circumstances, it may also be used to ground an inference with respect to an accused’s degree of culpability; i.e. whether the accused had the *mens rea* required for a given offence. However, its relevance and probative value must be assessed on a case-by-case basis. Whether or not after-the-fact conduct is probative with respect to an accused’s intent for a specific offence “depends entirely on the specific nature of the conduct, its relationship to the record as a whole, and the issues raised at trial” (*R. v. White*, 2011 SCC 13, [2011] 1 S.C.R. 433, at para. 42, per Rothstein J.). To be relevant, such evidence must have “some tendency as a matter of logic and human experience to make the proposition for which it is advanced more likely than that proposition would be in the absence of that evidence” (*White (2011)*, at para. 36, citing D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (5th ed. 2008), at p. 31). However, if conduct could be “equally explained by” or “equally consistent with” two or more offences, it is not probative with respect to determining guilt as between the offences

que la mort s’ensuive ou non. L’homicide involontaire coupable résultant d’un acte illégal requiert une faute qui reste en deçà de l’intention de tuer. Plus précisément, la *mens rea* requise en cas d’homicide involontaire coupable résultant d’un acte illégal est établie si toute personne raisonnable se trouvant dans la même situation que l’accusé se serait rendu compte que l’acte dangereux de l’accusé avait pour conséquence prévisible de causer des lésions corporelles à autrui (*R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3, p. 44-45). Eu égard aux circonstances de l’espèce, « l’acte dangereux de l’accusé » serait une infraction fondée sur des voies de fait.

[231] Le comportement après le fait de l’accusé nous permet-il d’établir une distinction entre la *mens rea* requise pour le meurtre au deuxième degré et la *mens rea* exigée en cas d’homicide involontaire coupable?

III

[232] Comme l’a souligné la Cour dans l’arrêt *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72, la preuve relative au comportement après le fait ne diffère pas fondamentalement des autres types de preuve circonstancielle, et elle peut être utilisée pour démontrer la culpabilité (par. 21). Dans certaines circonstances, elle peut aussi servir pour tirer une inférence au sujet du degré de culpabilité de l’accusé, c’est-à-dire pour décider si l’accusé avait la *mens rea* requise pour une infraction donnée. Toutefois, la pertinence et la valeur probante de cette preuve doivent être appréciées au cas par cas. La valeur probante de la preuve relative au comportement après le fait quant à l’intention de l’accusé à l’égard d’une infraction donnée « dépend entièrement de la nature particulière du comportement, de son rapport avec l’ensemble du dossier et des questions soulevées au procès » (*R. c. White*, 2011 CSC 13, [2011] 1 R.C.S. 433, par. 42, le juge Rothstein). La preuve satisfait à la norme de la pertinence [TRANSDUCTION] « lorsque, selon la logique et l’expérience humaine, elle tend d’une façon quelconque à rendre la thèse qu’elle appuie plus vraisemblable qu’elle ne le paraîtrait sans elle » (*White (2011)*, par. 36, citant D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (5^e éd. 2008), p. 31). Cependant, lorsqu’un comportement donné peut « s’expliquer tout autant

(*White (2011)*, at para. 37, citing *White (1998)*, at para. 28; *R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129, at pp. 145 and 147).

[233] I agree with the Crown that the mere existence of alternative *plausible* explanations for the accused's conduct does not mean that those explanations are equally consistent. Admissibility of evidence as to the state of the accused's mind at the time of the offence turns on whether the after-the-fact conduct is *capable* of being more consistent with intent for murder than with manslaughter. As my colleague points out, to be inadmissible, "[t]he overall conduct and context must be such that it is not possible to choose between the available inferences as a matter of common sense, experience and logic" (Martin J.'s reasons, at para. 124 (emphasis added)). It falls to the jury to determine whether the conduct *was* or *was not* equally consistent with murder and manslaughter beyond a reasonable doubt, if they can do so based on common sense, experience and logic, rather than bare speculation. A trial judge does not usurp the jury's function, however, by determining that the conduct could not assist in differentiating between second degree murder and manslaughter, and is thus inadmissible as evidence of the specific intent required for second degree murder.

[234] The Crown puts the logical inference sought as follows. The deceased's body would have provided evidence of her injuries, and the degree of force required to inflict them. The more severe the injuries, and the more force required to inflict them, the stronger the inference that there was an intention to kill (*R. v. Rodgeron*, 2015 SCC 38, [2015] 2 S.C.R. 760, at para. 20). Because the accused went to such extreme lengths to destroy Ms. Jordan's body,

par » la perpétration de deux infractions ou plus, ou est « tout aussi compatible » avec deux infractions ou plus, la preuve n'a aucune valeur probante lorsqu'il s'agit de décider si l'accusé est coupable de l'une ou de l'autre des infractions (*White (2011)*, par. 37, citant *White (1998)*, par. 28; *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129, p. 145 et 147).

[233] Je suis d'accord avec la Couronne lorsqu'elle affirme que la simple existence d'autres explications *plausibles* du comportement de l'accusé ne signifie pas que ces explications sont tout aussi compatibles. L'admissibilité des éléments de preuve quant à l'état d'esprit de l'accusé au moment de la perpétration de l'infraction dépend de la question de savoir si son comportement après le fait est *susceptible* d'être davantage compatible avec l'intention de commettre un meurtre qu'avec celle de commettre un homicide involontaire coupable. Comme ma collègue le souligne, pour être déclaré non admissible, « [l]e comportement global et le contexte doivent être tels qu'il n'est pas possible de choisir entre les inférences possibles en fonction du bon sens, de l'expérience et de la logique » (motifs de la juge Martin, par. 124 (je souligne)). Il incombe au jury de décider si le comportement *était* ou *n'était pas* tout aussi compatible avec le meurtre et l'homicide involontaire coupable hors de tout doute raisonnable, dès lors que le jury peut tirer cette conclusion selon la logique, le bon sens et l'expérience humaine, plutôt qu'en se fondant sur de simples hypothèses. Cependant, le juge du procès n'usurpe pas le rôle du jury lorsqu'il conclut que ce comportement ne pouvait être utile pour établir une distinction entre le meurtre au deuxième degré et l'homicide involontaire coupable et que ce comportement n'était donc pas admissible pour démontrer l'intention spécifiquement requise pour le meurtre au deuxième degré.

[234] Voici comment la Couronne formule l'inférence logique recherchée. La dépouille aurait fourni des preuves des blessures subies par la victime, ainsi que du degré de force requis pour les lui infliger. Plus les blessures infligées étaient graves et plus grande était la force requise pour les infliger, plus il était possible d'inférer l'intention de tuer (*R. c. Rodgeron*, 2015 CSC 38, [2015] 2 R.C.S. 760, par. 20). Comme l'accusé s'est donné tout ce mal

it was open to the jury — faced with some evidence of motive and animus — to infer that the accused destroyed the body in order to conceal evidence of injuries that would have shown his guilt for murder, rather than manslaughter.

[235] This inference rests entirely on the assumption that the accused destroyed the body because it could have yielded evidence of injuries more consistent with murder than manslaughter. As a matter of logic and experience, I accept that, had the body not been destroyed, it could have revealed such extreme and forceful injuries as to make the intent for murder more likely than manslaughter. Similarly, however, the body might also have provided evidence of injuries more consistent with manslaughter than murder. There must be something in the factual context to ground the inference that the accused destroyed the body to hide evidence that he intended to cause Ms. Jordan’s death; otherwise, that inference rests entirely on speculation.

[236] The absence of any evidence whatsoever regarding the nature of the injuries distinguishes the facts here from cases like *Rodgerson* or *R. v. Teske* (2005), 32 C.R. (6th) 103 (Ont. C.A.). In *Teske*, “significant efforts had been made to clean up the home and to obliterate any evidence of bloodstains or splattering” (para. 14). The Crown expert testified that the blood splatter patterns indicated a number of medium (at least) velocity impacts, as well as other evidence that indicated a prolonged struggle (para. 16). Similarly, in *Rodgerson*, the Crown’s interpretation of the evidence was that it “revealed a more prolonged and violent physical altercation than the version of events described by Mr. Rodgerson. It was open to the jury to look to the post-offence concealment and clean-up as evidence that tended to confirm this interpretation” (para. 21). In those cases, the evidence supported factual findings about

pour détruire le corps de M^{me} Jordan, il était loisible au jury — en présence de certains éléments de preuve tendant à établir le mobile et l’animosité — d’inférer que l’accusé avait détruit la dépouille dans le but de dissimuler les éléments de preuve des blessures qui auraient démontré sa culpabilité quant à l’infraction de meurtre plutôt qu’à l’égard de celle d’homicide involontaire coupable.

[235] Cette inférence repose entièrement sur l’hypothèse que l’accusé a détruit le cadavre parce que celui-ci aurait pu fournir des preuves de blessures qui étaient davantage compatibles avec un meurtre qu’avec un homicide involontaire coupable. Selon la logique et l’expérience humaine, j’accepte que, si le corps n’avait pas été détruit, il aurait pu révéler que la victime avait subi des blessures si extrêmes et violentes que l’intention de commettre un meurtre aurait été plus probable que celle de commettre un homicide involontaire coupable. Toutefois, le cadavre aurait tout aussi pu fournir des preuves de blessures qui étaient davantage compatibles avec un homicide involontaire coupable qu’avec un meurtre. Le contexte factuel doit, d’une quelconque façon, permettre d’inférer que l’accusé a détruit le corps pour dissimuler des éléments de preuve selon lesquels il avait l’intention de causer la mort de M^{me} Jordan; sinon, cette inférence repose entièrement sur des hypothèses.

[236] L’absence de la moindre preuve sur la nature des blessures distingue les faits de la présente affaire de celles comme *Rodgerson* ou *R. c. Teske* (2005), 32 C.R. (6th) 103 (C.A. Ont.). Dans l’affaire *Teske*, [TRADUCTION] « on avait déployé beaucoup d’efforts pour nettoyer le domicile et éliminer toute trace de sang ou d’éclaboussure » (par. 14). L’expert de la Couronne avait expliqué dans son témoignage que les éclaboussures de sang indiquaient un certain nombre d’impacts à vitesse (au moins) moyenne, ainsi que d’autres éléments de preuve indiquant que la victime s’était longuement débattue (par. 16). De même, dans l’affaire *Rodgerson*, l’interprétation que la Couronne avait donnée de la preuve était qu’elle « révélait une altercation physique plus prolongée et violente que ce que M. Rodgerson avait laissé entendre dans sa version des faits. Il était loisible au jury de considérer que la dissimulation et le nettoyage postérieurs à

the extent of the injuries, and it was those factual findings that allowed the jury to draw the inference linking the after-the-fact conduct to the required *mens rea* for murder. In contrast, the evidence here did not yield any information about the extent of the injuries: there is no evidence whatsoever of blood splatters, an attempted clean up of the crime scene, or any other evidence of a “prolonged and violent physical altercation”. Such evidence could have suggested injuries more capable of supporting the intent for murder than for manslaughter. Without it, we are being asked to ground an inference regarding *mens rea* on speculation about what the evidence *might* have revealed about the injuries.

[237] Further, I do not accept the Crown’s proposition that, as a matter of logic, the accused’s conduct in destroying the body was out of all proportion to manslaughter. The Crown submits that the extremity of the efforts to destroy this evidence, sustained over time and entailing significant risks, was out of all proportion to either accident or to a lesser offence like manslaughter and can therefore only speak to second degree murder.

[238] The preliminary inquiry judge found that the evidence was capable only of showing that Mr. Calnen did not want anyone to suspect Ms. Jordan was dead — it was “pure speculation” to infer that he hid and disposed of her body in order to hide the fact that he killed her by an unlawful act (2014 NSPC 17, at paras. 94-95 (CanLII)). However, in this Court, it was not disputed that the after-the-fact conduct was admissible to infer that an unlawful act had occurred. That the conduct was extreme, extended, and risky

l’infraction constituaient des éléments de preuve qui tendaient à confirmer cette interprétation » (par. 21). Dans ces affaires, la preuve appuyait des conclusions factuelles concernant l’ampleur des blessures, et c’est en raison de ces conclusions factuelles que le jury a pu tirer une inférence établissant un lien entre le comportement après le fait et la *mens rea* requise dans le cas d’un meurtre. En revanche, la preuve présentée en l’espèce ne fournit aucune information sur l’ampleur des blessures : il n’y a pas la moindre preuve concernant des éclaboussures de sang, une tentative de nettoyage de la scène de crime ou tout autre élément de preuve concernant « une altercation physique plus prolongée et violente ». De tels éléments de preuve auraient pu laisser sous-entendre des blessures permettant davantage de conclure à l’intention de commettre un meurtre qu’à celle de perpétrer un homicide involontaire coupable. À défaut de tels éléments de preuve, on nous demande de faire reposer une inférence concernant la *mens rea* sur des hypothèses quant à ce que la preuve *aurait pu* révéler au sujet des blessures.

[237] Par ailleurs, je n’accepte pas l’argument de la Couronne selon lequel, en toute logique, le comportement qu’a adopté l’accusé en détruisant le corps de la victime était démesuré, s’agissant d’un homicide involontaire coupable. La Couronne affirme que le caractère extrême des efforts déployés par l’accusé pour détruire cette preuve — efforts qui se sont échelonnés sur une certaine période et qui comportaient d’importants risques — était démesuré par rapport à la thèse de l’accident ou de celle d’une infraction moindre comme l’homicide involontaire coupable, et que ces éléments de preuve ne sont donc compatibles qu’avec un meurtre au deuxième degré.

[238] La juge qui a présidé l’enquête préliminaire a conclu que la preuve permettait seulement d’inférer que M. Calnen ne voulait pas qu’on soupçonne que M^{me} Jordan était morte, ajoutant qu’affirmer qu’il avait caché la dépouille et s’en était débarrassé pour dissimuler le fait qu’il avait tué M^{me} Jordan en commettant un acte illégal [TRADUCTION] « relevait de la pure spéculation » (2014 NSPC 17, par. 94-95 (CanLII)). Toutefois, devant notre Cour, nul n’a contesté que le comportement après le fait était

could logically be seen as out of all proportion to an accident, and is capable of supporting the inference that the accused wanted to destroy any evidence that he was criminally involved in Ms. Jordan's death, despite the accused's testimony that it was heavy crack cocaine use influencing his extreme after-the-fact conduct. Mr. Calnen went to some effort to make it appear that Ms. Jordan had left him and their home, but was still alive. As a matter of logic and common sense, the jury could infer that an individual may decide to destroy evidence of a culpable homicide — a serious crime with heavy penal consequences — and may go to extreme lengths to do so. But given that both manslaughter and second degree murder are serious crimes, it is difficult to understand why, logically, the extent of his destruction of the body could assist the jury in differentiating between the *mens rea* for manslaughter and second degree murder. It flies in the face of logic to suggest that a person would only go to great lengths to cover up an intentional homicide, but not an unintentional one.

[239] Finally, I do not accept that the evidence regarding the relationship between the deceased and the accused or the circumstances of that day — which the Crown says establishes motive and animus — strengthens the significance of the after-the-fact conduct or makes it relevant to the level of culpability.

[240] The Crown submits, and Martin J. accepts, that the evidence speaking to “the disintegration of [Mr. Calnen and Ms. Jordan's] relationship and the range of emotions Mr. Calnen cycled through the day of Ms. Jordan's death” strengthens the inference that Mr. Calnen had the requisite intent to commit murder, and therefore permits the inference that the

admissible pour soutenir l'inférence qu'un acte illégal est survenu. Le fait que le comportement adopté était extrême, qu'il s'est échelonné sur une certaine période et qu'il comportait des risques pouvait logiquement être considéré comme démesuré par rapport à un accident, et il est susceptible d'étayer l'inférence que l'accusé voulait détruire toute preuve tendant à démontrer qu'il était criminellement impliqué dans la mort de M^{me} Jordan, malgré le témoignage de l'accusé portant que sa grande consommation de crack avait influencé son comportement excessif après le fait. Monsieur Calnen a tenté de faire croire que M^{me} Jordan l'avait quitté et avait quitté leur domicile, mais qu'elle était toujours en vie. Suivant la logique et le bon sens, il était possible pour le jury d'inférer qu'une personne pouvait décider de détruire les éléments de preuve d'un homicide coupable — un crime grave assorti de lourdes conséquences pénales — et prendre des mesures extrêmes pour détruire ces éléments de preuve. Mais étant donné que l'homicide involontaire coupable et le meurtre au deuxième degré sont tous deux des crimes graves, il est difficile de comprendre comment, logiquement, les mesures que M. Calnen a prises pour détruire le cadavre pourraient aider le jury à établir une distinction entre la *mens rea* requise pour un homicide involontaire coupable et celle exigée dans le cas d'un meurtre au deuxième degré. Il est illogique de laisser entendre qu'une personne ne se donnerait autant de mal que pour dissimuler un homicide intentionnel et non un homicide non intentionnel.

[239] Enfin, je n'accepte pas que les éléments de preuve concernant la nature de la relation entre la victime et l'accusé ou la situation qui existait le jour du crime — qui, selon la Couronne, démontrent à la fois le mobile et l'animosité — viennent renforcer l'importance du comportement après le fait ou rendent celui-ci pertinent lorsqu'il s'agit d'établir le degré de culpabilité.

[240] La Couronne soutient — et la juge Martin accepte — que les éléments de preuve portant sur [TRADUCTION] « la détérioration des rapports entre [M. Calnen et M^{me} Jordan] et la gamme d'émotions ressenties par M. Calnen le jour de la mort de M^{me} Jordan » étayent l'inférence que M. Calnen avait l'intention requise pour commettre un meurtre, ce

after-the-fact conduct shows an intent to commit murder (A.F., at para. 61).

[241] In my view, the evidence relating to motive and animus cannot assist the jury in finding that the after-the-fact conduct makes it more likely the accused had the intent for second degree murder rather than manslaughter, because it is equally supportive of both. The evidence is not sufficient to distinguish between an intent to cause harm, reckless of whether death resulted (the *mens rea* for second degree murder) or an intent to commit assault that a reasonable person could foresee would cause bodily harm (the *mens rea* for manslaughter). The evidence of domestic violence, of threats of suicide if the deceased should leave, and of heightened tensions on the day of Ms. Jordan's death would all be equally consistent with the inference that Ms. Jordan's death may have arisen as the unintended result of an unlawful act, such as assault causing bodily harm or aggravated assault. Such evidence cannot make the specific intent for second degree murder *more likely* than the general intent for unlawful act manslaughter. In the absence of any evidence regarding the nature of the injuries, it stretches any logic to find that Mr. Calnen's actions in destroying the body — even within the evidentiary context of what the Crown characterized as motive and animus — were capable of being *more* consistent with second degree murder than with manslaughter. In the context of this case, this additional inference would be based on pure speculation.

[242] The conduct in this case can be “equally explained by” or “equally consistent with” two or more offences (*White (2011)*, at para. 37). Therefore, the evidence is not probative with respect to determining guilt as between the offences of manslaughter and

qui permet par conséquent d'inférer que son comportement après le fait démontre qu'il avait l'intention de commettre un meurtre (m.a., par. 61).

[241] À mon avis, les éléments de preuve concernant le mobile et l'animosité ne peuvent aider le jury à conclure qu'il est plus probable, en raison du comportement après le fait, que l'accusé ait eu l'intention de commettre un meurtre au deuxième degré plutôt qu'un homicide involontaire coupable, parce que ces éléments de preuve sont compatibles tout autant avec l'une ou l'autre de ces infractions. La preuve n'est pas suffisante pour tirer la distinction entre l'intention de causer des lésions tout en étant indifférent que la mort s'ensuive (la *mens rea* requise pour un meurtre au deuxième degré) et l'intention de commettre des voies de fait qui, selon ce qu'une personne raisonnable pouvait prévoir, causeraient des lésions corporelles (la *mens rea* requise dans le cas d'un homicide involontaire coupable). Les éléments de preuve concernant la violence familiale, les menaces de suicide en cas de départ de la défunte et les tensions accrues le jour du décès de M^{me} Jordan seraient tout aussi compatibles avec l'inférence que le décès de M^{me} Jordan pouvait être le résultat involontaire d'un acte illégal, comme des voies de fait causant des lésions corporelles ou des voies de fait graves. De tels éléments de preuve ne peuvent rendre l'intention spécifique du meurtre au deuxième degré *plus probable* que l'intention générale de l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal. Faute d'éléments de preuve concernant la nature des blessures, c'est de déformer la logique que de conclure que les actes accomplis par M. Calnen pour détruire le corps — même dans le contexte de la preuve portant sur ce que la Couronne a qualifié de mobile et d'animosité — étaient susceptibles d'être *davantage* compatibles avec un meurtre au deuxième degré qu'avec un homicide involontaire coupable. Dans le contexte de la présente affaire, cette inférence supplémentaire ne reposerait que sur de simples hypothèses.

[242] Le comportement de l'accusé en l'espèce peut « s'expliquer tout autant par » la perpétration de deux infractions ou plus ou il est « tout aussi compatible » avec deux infractions ou plus (*White (2011)*, par. 37). Par conséquent, la preuve n'est pas

murder. It should not have been admissible for this purpose. Because it was admissible to show culpable homicide but not to prove second degree murder, the jury required strong direction as to the limitations of its use.

[243] Given my conclusion that the after-the-fact conduct was inadmissible on the issue of intent for second degree murder, it follows that there would not have been sufficient evidence to withstand the defence's application for a directed verdict of acquittal on second degree murder. Indeed, the Crown submitted that the strongest inference of Mr. Calnen's guilt arose from the after-the-fact conduct evidence (2014 NSPC 17, at para. 82). In my view, the evidence relating to the relationship between the accused and the deceased and the circumstances on the day of her death did not provide any evidence upon which a reasonable jury, properly instructed, could find the accused guilty of second degree murder. I agree with the majority of the Court of Appeal that the motion for a directed verdict of acquittal should have been granted.

[244] For these reasons, I would dismiss the appeal. I agree with the Court of Appeal that the conviction for second degree murder should be set aside and any new trial be restricted to the charge of manslaughter.

Appeal allowed, MARTIN J. dissenting in part and KARAKATSANIS J. dissenting.

Solicitor for the appellant: Public Prosecution Service of Nova Scotia, Halifax.

Solicitors for the respondent: Planetta Hughes, Halifax.

suffisamment probante pour permettre d'établir la culpabilité de l'accusé d'une manière qui distingue l'infraction d'homicide involontaire coupable et celle de meurtre. Elle n'aurait pas dû être admissible à cette fin. Comme la preuve était admissible pour établir l'homicide coupable, mais non pour prouver le meurtre au deuxième degré, il était nécessaire de donner au jury de solides directives au sujet des limites que comportait son utilisation.

[243] Vu ma conclusion selon laquelle le comportement après le fait n'était pas admissible relativement à l'intention de commettre un meurtre au deuxième degré, il s'ensuit qu'il n'y aurait pas eu suffisamment d'éléments de preuve pour que l'on s'oppose au verdict imposé d'acquiescement pour meurtre au deuxième degré réclamé par la défense. En effet, la Couronne a soutenu que l'inférence la plus solide quant à la culpabilité de M. Calnen découlait de la preuve relative à son comportement après le fait (2014 NSPC 17, par. 82). À mon avis, les éléments de preuve concernant les rapports entre l'accusé et la défunte et la situation qui existait le jour de la mort de cette dernière ne constituaient pas des éléments de preuve qui auraient permis à un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, de déclarer l'accusé coupable de meurtre au deuxième degré. Je suis d'accord avec les juges majoritaires de la Cour d'appel pour dire que la requête en verdict imposé d'acquiescement aurait dû être accueillie.

[244] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que la déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré devrait être annulée et que tout nouveau procès devrait se limiter à l'accusation d'homicide involontaire coupable.

Pourvoi accueilli, la juge MARTIN est dissidente en partie et la juge KARAKATSANIS est dissidente.

Procureur de l'appelante : Public Prosecution Service of Nova Scotia, Halifax.

Procureurs de l'intimé : Planetta Hughes, Halifax.

Spencer Dean Bird *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Aboriginal Legal Services Inc., David Asper Centre for Constitutional Rights and Canadian Civil Liberties Association *Interveners*

INDEXED AS: R. v. BIRD

2019 SCC 7

File No.: 37596.

2018: March 16; 2019: February 8.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown, Rowe and Martin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Criminal law — Administrative orders — Collateral attack — Accused charged criminally with breaching Parole Board long-term supervision order requiring that he reside at community correctional centre — Accused defending charge at trial on basis that residency condition was not within Board’s statutory authority and violated his constitutional right to liberty — Whether accused could collaterally attack residency condition — If so, whether residency condition arbitrary in respect of purpose of long-term offender regime — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, s. 134.1(2).

B was found to be a long-term offender and received a sentence comprised of a prison term and a period of long-term supervision in the community. Pursuant to s. 134.1(2) of the *Corrections and Conditional Release Act* (“CCRA”), the Parole Board imposed a residency condition as part of B’s long-term supervision order (“LTSO”). This condition

Spencer Dean Bird *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général du Canada, procureure générale de l’Ontario, Aboriginal Legal Services Inc., David Asper Centre for Constitutional Rights et Association canadienne des libertés civiles *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. BIRD

2019 CSC 7

N° du greffe : 37596.

2018 : 16 mars; 2019 : 8 février.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Droit criminel — Ordonnances administratives — Contestation incidente — Accusé inculpé au criminel de ne pas s’être conformé à une ordonnance de surveillance de longue durée rendue par la Commission des libérations conditionnelles l’obligeant à demeurer dans un centre correctionnel communautaire — Contestation de l’accusation par l’accusé lors du procès au motif que l’assignation à résidence ne relevait pas de la compétence conférée par la loi à la Commission et qu’elle portait atteinte à son droit constitutionnel à la liberté — L’accusé pouvait-il contester incidemment l’assignation à résidence? — Dans l’affirmative, l’assignation à résidence était-elle arbitraire eu égard à l’objectif du régime applicable aux délinquants à contrôler? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, c. 20, art. 134.1(2).

B, déclaré délinquant à contrôler, a été condamné à une peine d’emprisonnement suivie d’une période de surveillance de longue durée dans la collectivité. En vertu du pouvoir que lui confère le par. 134.1(2) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* (« LSCMLSC »), la Commission des libérations

required that he reside at a community correctional centre, community residential facility or other residential facility approved by the Correctional Service of Canada. B was placed in Oskana Centre, a community correctional centre. Less than a month after his long-term supervision commenced, B left Oskana Centre and did not return. He was eventually apprehended and charged with having breached the residency condition of his LTSO.

B defended the charge at trial on the basis that the residency condition of his LTSO was not within the Board's statutory authority and violated his right to liberty under s. 7 of the *Charter*. The trial judge agreed and acquitted B, finding that the residency condition was invalid. The Court of Appeal rejected this finding, set aside B's acquittal, entered a conviction on the charge and remitted the matter for sentencing. B appeals, renewing his s. 7 *Charter* attack on the residency condition and raising for the first time that the condition violates his *Charter* rights under ss. 9 and 11(h).

Held: The appeal should be dismissed.

Per Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Côté, Brown and Rowe JJ.: B was not permitted to collaterally attack the residency condition of his LTSO. Thus, it is unnecessary to consider whether the residency condition violates his *Charter* rights.

In *R. v. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 706, and in the companion case, *R. v. Al Klippert Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 737, the Court developed a distinct approach for determining whether a person who is charged criminally with breaching an administrative order can collaterally attack that order. This determination is made by focussing on the legislature's intention: the court must inquire into whether the legislature intended to permit collateral attacks on the order, or intended instead that a person should challenge the order by way of other review mechanisms. In focussing on the legislature's intention, the *Maybrun* framework balances two principles: (1) ensuring that the legislature's decision to assign decision-making powers to administrative bodies is not undermined and (2) ensuring that individuals have an effective means

conditionnelles a assorti l'ordonnance de surveillance de longue durée (« OSLD ») de B d'une assignation à résidence. Cette condition obligeait B à demeurer dans un centre correctionnel communautaire, un centre résidentiel communautaire ou tout autre établissement résidentiel approuvé par le Service correctionnel du Canada. B a été placé au centre Oskana, un centre correctionnel communautaire. Moins d'un mois après le début de sa surveillance de longue durée, il a quitté le centre et n'y est pas retourné. Il a par la suite été arrêté et accusé de ne pas s'être conformé à l'assignation à résidence prévue dans l'OSLD à laquelle il était assujéti.

Lors du procès, B s'est défendu contre l'accusation dont il faisait l'objet, en alléguant que l'assignation à résidence prévue dans son OSLD ne relevait pas de la compétence conférée par la loi à la Commission et que cette condition contrevenait à son droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la *Charte*. Le juge de première instance s'est dit du même avis et a acquitté B, en concluant que l'assignation à résidence était invalide. La Cour d'appel a rejeté cette conclusion, annulé l'acquiescement de B, inscrit une déclaration de culpabilité à l'égard de l'accusation et renvoyé l'affaire à la Cour provinciale pour détermination de la peine. B se pourvoit, conteste de nouveau l'assignation à résidence sur le fondement de l'art. 7 de la *Charte* et soutient pour la première fois que cette assignation contrevient aux droits que lui garantissent l'art. 9 et l'al. 11h) de la *Charte*.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Côté, Brown et Rowe : B ne pouvait pas contester incidemment l'assignation à résidence prévue dans l'OSLD prononcée contre lui. Par conséquent, il n'est pas nécessaire d'examiner son argument selon lequel l'assignation à résidence porte atteinte à ses droits garantis par la *Charte*.

Dans l'arrêt *R. c. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 R.C.S. 706, et dans l'arrêt connexe *R. c. Al Klippert Ltd.*, [1998] 1 R.C.S. 737, la Cour a élaboré une approche distincte pour déterminer si une personne accusée au criminel d'avoir contrevenu à une ordonnance administrative peut contester cette ordonnance de manière incidente. Pour ce faire, il faut s'intéresser à l'intention du législateur : le tribunal doit se demander si ce dernier avait l'intention de permettre la contestation incidente de l'ordonnance, ou s'il avait plutôt l'intention que la personne visée par l'ordonnance puisse la contester au moyen d'autres mécanismes d'examen. Vu le poids donné à l'intention du législateur, le cadre d'analyse de l'arrêt *Maybrun* met deux exigences en balance : (1) veiller à ce que la décision du législateur de conférer des pouvoirs décisionnels à des organismes

available to them to challenge administrative orders, particularly when these orders are challenged on the basis that they are not *Charter* compliant. In the *Charter* context, this means that the person challenging an order must be able to receive an effective remedy that will vindicate his or her *Charter* rights. Where no such remedies are available, it must be inferred that the intention of the legislature is to permit a collateral attack. To determine the legislator's intention as to the appropriate forum for challenging the validity of an administrative order, *Maybrun* identifies five non-exhaustive factors that may be considered by a court: (1) the wording of the statute under the authority of which the order was issued; (2) the purpose of the legislation; (3) the existence of a right of appeal; (4) the kind of collateral attack in light of the expertise or *raison d'être* of the administrative appeal tribunal; and (5) the penalty on a conviction for failing to comply with the order. The factors are not independent and absolute criteria, but important clues, among others, for determining the legislature's intention.

On balance, with the exception of the final *Maybrun* factor, the other factors strongly indicate that Parliament did not intend to permit collateral attacks in circumstances like those existing in this case. With respect to the first two factors, it would undermine the purposes of long-term supervision if offenders were allowed to take a "breach first, challenge later" approach to the conditions of their LTSOs. The conditions of an LTSO are imposed to reduce to an acceptable level the elevated risk posed by long-term offenders and dangerous offenders in the community. When offenders breach these conditions, they expose the public to this risk. Permitting a "breach first, challenge later" approach in this context undermines not only the community's interests, but also those of the offenders, by compromising the offender's rehabilitative prospects. This outcome is inconsistent with the objectives of the long-term supervision regime.

The third factor permits a court to consider not only the existence of a right of appeal to an administrative appeal tribunal, but also the existence of other effective mechanisms or forums for challenging the order at issue. Although there is no right of appeal under the *CCRA* from a decision of the Board concerning the conditions of an LTSO, the record indicates that there were mechanisms available to B that would have provided him with an effective means to challenge the residency condition. He could

administratifs ne soit pas contrecarrée, et (2) veiller à ce que les justiciables disposent d'un moyen efficace de contester les ordonnances administratives, surtout si elles sont contestées au motif qu'elles ne sont pas conformes à la *Charte*. Dans le contexte de la *Charte*, cela signifie que la personne qui conteste une ordonnance doit pouvoir disposer d'un recours efficace qui lui permettra de faire valoir ses droits protégés par la *Charte*. À défaut d'un tel recours, il faut conclure que le législateur entendait permettre la contestation incidente. S'agissant de déterminer l'intention du législateur quant au forum approprié pour contester la validité d'une ordonnance administrative, l'arrêt *Maybrun* énumère cinq facteurs non exhaustifs qui peuvent être pris en considération par un tribunal : (1) les termes de la loi dont découle le pouvoir de rendre l'ordonnance; (2) l'objectif de la loi; (3) l'existence d'un droit d'appel; (4) la nature de la contestation incidente, eu égard à l'expertise et à la raison d'être de l'instance administrative d'appel; et (5) la sanction imposable pour défaut d'avoir respecté l'ordonnance. Ces facteurs ne représentent pas des critères autonomes et absolus, mais plutôt des indices importants, parmi d'autres, permettant de cerner l'intention législative.

Tout bien considéré, les facteurs énoncés dans l'arrêt *Maybrun*, hormis le dernier, donnent fortement à penser que le législateur n'avait pas l'intention de permettre les contestations incidentes dans des circonstances comme celles de la présente affaire. Pour ce qui est des deux premiers facteurs, permettre aux délinquants d'adopter une approche qui consisterait à contrevenir aux conditions de l'OSLD d'abord, pour ensuite les contester minerait l'objet de la surveillance de longue durée. Assortir une OS LD de conditions vise à réduire à un niveau acceptable le risque élevé que présentent les délinquants à contrôler et les délinquants dangereux pour la collectivité. Lorsqu'un délinquant enfreint une de ces conditions, il expose le public à ce risque. Le fait de permettre l'approche qui consiste à « contrevenir d'abord, pour ensuite contester » dans ce contexte saperait non seulement les intérêts de la collectivité, mais aussi ceux du délinquant, en compromettant ses chances de réhabilitation. Ce résultat est incompatible avec les objectifs du régime de surveillance de longue durée.

Le troisième facteur permet au tribunal de tenir compte non seulement de l'existence d'un droit d'appel auprès d'un tribunal administratif d'appel, mais aussi de celle d'autres mécanismes efficaces ou forums pour contester l'ordonnance en cause. Bien que la *LSCMLSC* ne prévoient pas de droit d'appel de la décision de la Commission en ce qui a trait aux conditions dont est assortie une OS LD, il appert du dossier qu'il existait des mécanismes qui auraient permis à B de contester efficacement l'assignation

have written to the Board to ask it to vary or remove the condition; he could have applied for judicial review in the Federal Court; and he could have applied to the provincial superior court for *habeas corpus*, a remedy that offers simplified procedures that promote greater accessibility by self-represented litigants and persons with limited means. Accordingly, B was not denied the ability to fully defend against the charge of breaching the residency condition, because he had the opportunity to challenge the Board's order through these mechanisms.

The fourth factor permits a court to consider the nature of a collateral attack in light of the expertise or *raison d'être* of other mechanisms or forums for challenging the order. Where the nature of the collateral attack involves considerations that fall squarely within the expertise or *raison d'être* of a particular administrative body or other forum, this may be taken as an indication that Parliament wanted that body to decide the question, as opposed to permitting a collateral attack. In the instant case, s. 134.1(2) of the *CCRA* gives the Board broad discretionary power to impose whichever conditions on long-term supervision it deems "reasonable and necessary to protect society and ensure the successful integration of the offender into society". This provision demonstrates Parliament's intention to rely on the expertise and experience of the Board in determining which conditions are needed in an LTSO to achieve the balance between public safety and the successful reintegration of the offender. Therefore, if B asked the Board to reconsider its decision to impose the residency condition, the Board would consider matters that fall squarely within its expertise. The fact that B's challenge to the residency condition raises constitutional issues does not mean that it raises considerations foreign to the Board's experience and expertise. These issues would also not be unfamiliar to the Federal Court or to provincial superior courts hearing *habeas corpus* applications. Consequently, this factor indicates a legislative intention to have B resort to these mechanisms.

Lastly, the penalty for breaching a condition of an LTSO is significant. However, this final factor is not determinative. When it is viewed not in isolation, but in conjunction with the other factors, it is clear that it is not decisive of Parliament's intention that B be permitted to collaterally attack the Board's order. Given that permitting a "breach first, challenge later" approach in this context

à résidence. Il aurait pu écrire à la Commission pour lui demander de modifier ou d'annuler l'assignation, présenter une demande de contrôle judiciaire à la Cour fédérale, et présenter une demande d'*habeas corpus* devant la cour supérieure provinciale, un recours dont les procédures sont simplifiées et qui favorise donc l'accessibilité à la justice pour les parties qui se représentent elles-mêmes et pour celles dont les moyens sont limités. Puisqu'il pouvait contester l'ordonnance de la Commission en recourant à ces mécanismes, B n'a pas été privé de la possibilité de se défendre pleinement contre l'accusation d'avoir enfreint l'assignation à résidence.

Le quatrième facteur permet au tribunal de tenir compte de la nature de la contestation incidente eu égard à l'expertise du décideur et à la raison d'être d'autres mécanismes ou forums pour contester l'ordonnance. Lorsque la nature de la contestation incidente fait appel à des considérations qui relèvent clairement de l'expertise et de la raison d'être d'un organisme administratif ou d'un autre forum en particulier, on peut considérer qu'il s'agit d'un indice que le législateur souhaitait que cet organisme tranche la question, plutôt que de permettre une contestation incidente. En l'espèce, le par. 134.1(2) de la *LSCMLSC* confère à la Commission un vaste pouvoir discrétionnaire d'imposer les conditions de surveillance de longue durée qu'elle juge « raisonnables et nécessaires pour protéger la société et favoriser la réinsertion sociale du délinquant ». Cette disposition témoigne de l'intention du législateur de s'en remettre à l'expertise et à l'expérience de la Commission pour déterminer les conditions dont il convient d'assortir l'OSLD afin de maintenir l'équilibre entre la sécurité du public et la réinsertion réussie du délinquant. En conséquence, si B avait demandé à la Commission de réexaminer sa décision d'imposer l'assignation à résidence, celle-ci se serait penchée sur des questions qui relèvent clairement de son expertise. Ce n'est pas parce que la contestation de B quant à son assignation à résidence soulève des questions constitutionnelles qu'elle soulève des questions ne relevant pas de l'expérience et de l'expertise de la Commission. Ces questions n'échapperaient pas non plus à l'expertise de la Cour fédérale ou des cours supérieures provinciales qui instruisent les demandes d'*habeas corpus*. Par conséquent, ce facteur témoigne de l'intention du législateur que B s'en remette à ces mécanismes.

Enfin, la sanction imposable en cas de manquement à une condition d'une OSLD est lourde. Ce dernier facteur n'est toutefois pas déterminant. S'il est examiné non pas de manière isolée, mais conjointement avec les autres facteurs, il semble évident que ce facteur n'est pas déterminant quant à l'intention du législateur de permettre ou non à B de contester incidemment l'ordonnance de la

would pose a real risk to public safety and that effective review mechanisms were available to B, Parliament did not intend that B should be able to circumvent these mechanisms and instead, challenge the residency condition only after breaching it. Rather, Parliament intended that these offenders would ask the Board to vary or remove the condition and/or, if judicial review in the Federal Court would not provide an effective remedy, apply for *habeas corpus*.

Per Karakatsanis, Gascon and Martin JJ.: B's constitutional challenge to his LTSO residency condition should have been permitted at his trial for breach of that condition. Nevertheless, once permitted, B's claim under s. 7 of the *Charter* should fail. B's appeal should therefore be dismissed and his conviction upheld.

There is agreement with the majority that the factors set out in *Maybrun* should be applied; however, there is disagreement on their application. Unlike the collateral attacks in *Maybrun* and *Klippert*, B's collateral attack puts his *Charter* rights in issue in light of the very real possibility of significant imprisonment. When these constitutional and carceral dimensions of B's cases are examined, it is revealed that Parliament did not intend to prohibit B from challenging at trial the constitutional validity of a condition whose breach carries a maximum penalty of 10 years' imprisonment.

With respect to the first and second *Maybrun* factors, although the broad authority conferred on the Board by s. 134.1(2) of the *CCRA* does militate against collateral attacks on the Board's LTSO decisions, allowing B's collateral attack is not at odds with the purpose of the long-term offender regime. Permitting B to advance his constitutional challenge to his LTSO condition will not inspire or perpetuate a "breach first, challenge later" attitude among long-term offenders. Framing B's conduct as "breaching first, challenging later" shifts the focus from whether Parliament intended to allow long-term offenders to challenge LTSO conditions when charged with their breach, which is the correct question, to whether Parliament intended to permit LTSO breaches committed for the purpose of challenging the conditions breached. Of course Parliament would not intend to make collateral

Commission. Puisqu'autoriser le recours à l'approche qui consiste à « contrevenir d'abord, pour ensuite contester » dans le présent contexte poserait un véritable risque pour la sécurité du public, et puisque B avait à sa disposition des mécanismes d'examen efficaces, le législateur n'avait pas l'intention qu'il puisse contourner ces mécanismes et ainsi contester l'assignation à résidence uniquement après y avoir contrevenu. Le législateur avait plutôt l'intention que ces délinquants demandent à la Commission de modifier ou d'annuler l'assignation ou, dans l'éventualité où le contrôle judiciaire en Cour fédérale ne constitue pas un recours efficace, qu'ils présentent une demande d'*habeas corpus*.

Les juges Karakatsanis, Gascon et Martin : On aurait dû permettre à B de contester la constitutionnalité de l'assignation à résidence prévue dans son OSLD dans le cadre du procès qu'il a subi pour avoir contrevenu à cette condition. Cela dit, une fois cette contestation permise, la prétention de B fondée sur l'art. 7 de la *Charte* ne saurait tenir. Le pourvoi de B devrait donc être rejeté et la déclaration de culpabilité prononcée contre lui confirmée.

Il y a accord avec les juges majoritaires pour dire qu'il convient d'appliquer les facteurs énoncés dans l'arrêt *Maybrun*, mais il y a désaccord quant à leur application. Contrairement aux contestations incidentes dans les affaires *Maybrun* et *Klippert*, celle de B met en cause les droits que la *Charte* lui garantit compte tenu de la possibilité très réelle d'emprisonnement. Lorsque l'on examine ces dimensions constitutionnelle et carcérale en ce qui a trait à B, il appert que le législateur n'a pas voulu priver B de la possibilité de contester, dans le cadre de son procès, la validité constitutionnelle d'une condition dont la violation le rend passible d'une peine maximale de 10 ans d'emprisonnement.

En ce qui concerne les deux premiers facteurs de l'arrêt *Maybrun*, bien que le vaste pouvoir que confère le par. 134.1(2) de la *LSCMLSC* à la Commission milite contre les contestations incidentes des OSLD qu'elle rend, le fait d'autoriser B à contester incidemment celle en cause en l'espèce n'est pas incompatible avec l'objet du régime applicable aux délinquants à contrôler. Autoriser B à présenter une contestation constitutionnelle de l'OSLD dont il fait l'objet n'aurait pas pour effet d'inciter ou d'encourager les délinquants à contrôler à « contrevenir d'abord, pour ensuite contester ». Dire que la conduite de B a consisté à agir ainsi met l'accent sur la question de savoir si le législateur a voulu permettre les contraventions aux OSLD commises dans le but de contester les conditions enfreintes plutôt que sur celle de savoir s'il a voulu permettre aux délinquants à contrôler de contester les conditions de

attacks available to those who flout their conditions in order to challenge them. Further, and crucially, it is breaches of residency conditions, and not collateral attacks on those conditions, that pose a risk to society.

When examining the third factor, the three options available to B for challenging the residency condition identified by the majority do not, either individually or in concert, provide effective recourse for adjudicating B's *Charter* claim to the point of illustrating a legislative intent to bar B from arguing that the condition for which he faces a criminal charge is unconstitutional. It cannot be said that Parliament prescribed any one of the three options as the particular forum for raising a constitutional challenge to an LTSO condition. Given their shortcomings, neither internal review by the Parole Board nor judicial review can constitute the only prescribed forum for adjudicating constitutional challenges to LTSO conditions. Assuming its availability and Parliament's awareness of it in this context, *habeas corpus* cannot serve as evidence that Parliament intended to bar collateral attacks on LTSO conditions; like a collateral attack, an application for *habeas corpus* represents an external attack on an LTSO residency condition which disregards the "administrative appeal process" contemplated by the *CCRA*.

With respect to the fifth factor, the penalty upon a conviction under s. 753.3 of the *Criminal Code* is up to 10 years' imprisonment. To bar B's attack on the constitutionality of the condition is to deny his defence at trial where he is facing a lengthy period of imprisonment. The general rule against collateral attacks flows from rule of law and administration of justice considerations, namely, that it is improper to bypass adjudicative processes established by the legislature. However, when criminal defences are barred in the face of severe sanctions, separate aspects of the rule of law and the administration of justice are clearly invoked. The trial judge's task in cases such as this is to ask whether full answer and defence considerations and fair trial rights outweigh rigid adherence to administrative structures, particularly where those structures are limited. B's challenge to his residency requirement is the only defence he advanced. He could go to jail for a

leur OSLD lorsqu'ils sont accusés d'y avoir contrevenu, la question qu'il convient de se poser. Le législateur ne peut évidemment pas avoir eu l'intention de permettre les contestations incidentes pour ceux qui font fi de leurs conditions dans le but de les contester. Il est par ailleurs crucial de reconnaître que ce sont les contraventions aux assignations à résidence, et non les contestations incidentes de ces conditions, qui présentent un risque pour la société.

Pour ce qui est de l'analyse du troisième facteur, les trois avenues de contestation de l'assignation à résidence dont B disposait selon les juges majoritaires n'offrent aucunement, que ce soit ensemble ou séparément, un moyen efficace de statuer sur les prétentions de B fondées sur la *Charte* au point d'illustrer une intention du législateur de l'empêcher de faire valoir que la condition pour laquelle il fait l'objet d'une accusation criminelle est inconstitutionnelle. On ne saurait dire que le législateur a prescrit l'une ou l'autre d'entre elles comme étant le forum particulier pour contester la constitutionnalité d'une condition prévue dans une OSLD. Compte tenu de leurs lacunes respectives, ni l'examen interne par la Commission ni le contrôle judiciaire ne peut être la seule voie prescrite pour trancher les contestations constitutionnelles des conditions dont sont assorties les OSLD. Si l'on présume que, dans ce contexte, le recours en *habeas corpus* était possible et que le législateur le connaissait, ce recours ne peut servir à prouver l'intention du législateur d'empêcher les contestations incidentes des conditions prévues dans les OSLD; à l'instar d'une contestation incidente, la demande en *habeas corpus* constitue une contestation externe de l'assignation à résidence dont est assortie une OSLD qui ne tient pas compte du « processus d'appel administratif » envisagé par la *LSCMLSC*.

En ce qui a trait au cinquième facteur, la sanction prévue à l'art. 753.3 du *Code criminel* est une peine maximale de 10 ans d'emprisonnement. Empêcher B de contester la constitutionnalité de la condition revient à le priver de son moyen de défense à un procès dans le cadre duquel il encourt une lourde peine d'emprisonnement. La règle générale interdisant les contestations incidentes découle de considérations relatives à la primauté du droit et à l'administration de la justice — à savoir qu'il ne convient pas de contourner les processus décisionnels établis par le législateur. Or, lorsque des moyens de défense en matière criminelle ne peuvent être présentés à l'encontre de sanctions sévères, des aspects différents de la primauté du droit et de l'administration de la justice peuvent clairement être en jeu. La tâche du juge du procès dans un cas comme l'espèce est de se demander si les considérations relatives à la défense pleine et entière et le droit à un procès équitable

significant period of time without ever having the basis for that sentence — the residency condition — reviewed by a court for constitutional validity. The prospect of someone in a situation like B’s mounting a meritorious *Charter* claim, yet being ineligible for a corresponding remedy because of the forum in which the claim was advanced, is an affront to both the administration of justice and the accused’s *Charter*-protected right to make full answer and defence. Accordingly, this factor weighs heavily in favour of finding that Parliament could not have intended a claim like B’s to be barred in these circumstances. B should be allowed to raise his constitutional defence at this time and in this forum.

With respect to B’s *Charter* claim, an infringement of liberty will be arbitrary in a manner that infringes s. 7 of the *Charter* where it bears no rational connection to the purpose of the governing law. Long-term supervision is a form of exceptional sentence reserved for individuals who pose an ongoing threat to the public and merit enhanced sentences on preventive grounds. The specific objective of long-term supervision is to ensure that the offender does not reoffend and to protect the public during a period of supervised reintegration into society. The Parole Board’s broad discretion to set LTSO conditions under s. 134.1(2) of the *CCRA* is limited only by the requirement that the conditions must aim at protecting society or facilitating the long-term offender’s reintegration into society. The text of the provision strongly supports the conclusion that the Board is authorized to impose residency requirements, and the purposes of the long-term offender regime are best achieved by interpreting s. 134.1(2) as authorizing the Board to order residency where it deems fit, including in a community-based residential facility such as Oskana Centre. Oskana Centre’s technical status as a “penitentiary” under the *CCRA* does not detract from this conclusion, nor do the adjacent *CCRA* provisions which specifically address residency requirements in other contexts. Accordingly, the text, context, and purpose of s. 134.1(2) confirm that the Board is empowered to set residency conditions like the one imposed on B where they are reasonable and necessary to achieve the objects of the long-term offender regime. The residency condition in this case was informed by B’s specific circumstances. Given

l’emportent sur le respect rigoureux des structures administratives, surtout lorsque ces structures sont limitées. La contestation de son assignation à résidence par B constitue son unique moyen de défense. Il pourrait être emprisonné pendant une longue période sans que la validité constitutionnelle du fondement de cette peine — l’assignation à résidence — n’ait jamais été examinée par un tribunal. L’idée qu’une personne se trouvant dans la même situation que lui qui présente une demande fondée sur la *Charte* méritant d’être instruite puisse quand même ne pas être admissible à une réparation correspondante en raison du forum dans lequel la demande a été présentée constitue un affront à la fois à l’administration de la justice et au droit de l’accusé protégé par la *Charte* de présenter une défense pleine et entière. Par conséquent, ce facteur milite fortement pour la conclusion selon laquelle le législateur ne peut avoir eu l’intention d’interdire la présentation d’une demande comme celle de B dans les circonstances de l’espèce. B doit être autorisé à faire valoir son moyen de défense d’ordre constitutionnel à ce moment-ci et devant le présent forum.

En ce qui concerne la demande de B fondée sur la *Charte*, l’atteinte à la liberté est arbitraire d’une manière qui enfreint l’art. 7 de la *Charte* si elle n’a aucun lien rationnel avec l’objet de la loi applicable. La surveillance de longue durée est une forme de peine exceptionnelle qui est réservée aux délinquants qui font peser sur la société une menace permanente de nature à justifier, à titre préventif, une peine plus sévère. La surveillance de longue durée vise précisément la prévention contre la récidive et la protection du public au cours d’une période de réinsertion sociale contrôlée. Le vaste pouvoir discrétionnaire d’établir les conditions dont sont assorties les OSLD que le par. 134.1(2) de la *LSCMLSC* confère à la Commission est limité uniquement par l’exigence selon laquelle les conditions doivent viser à protéger la société ou à favoriser la réinsertion sociale du délinquant à contrôler. Le libellé de la disposition étaye fortement la conclusion selon laquelle la Commission est autorisée à imposer des assignations à résidence, et le meilleur moyen d’atteindre les objectifs du régime applicable aux délinquants à contrôler consiste à interpréter le par. 134.1(2) comme autorisant la Commission à ordonner l’assignation à résidence où bon lui semble, y compris dans un établissement résidentiel communautaire comme le Centre Oskana. La qualité de « pénitencier » de ce centre au sens de la *LSCMLSC* ne change en rien cette conclusion, pas plus que les dispositions connexes de la *LSCMLSC* portant sur les assignations à résidence dans d’autres contextes. Ainsi, le libellé, le contexte et l’objet du par. 134.1(2) confirment que la Commission est habilitée à ordonner des

those circumstances — which include a significant history of failures to comply, substance abuse, and a long criminal record — and the purpose of s. 134.1(2) in the context of the long-term offender regime, B’s residency condition is not arbitrary under s. 7 of the *Charter*.

B should not be permitted to raise claims under ss. 9 and 11(h) of the *Charter*. While the Court has the discretion to hear new constitutional arguments on appeal, this discretion should only be exercised exceptionally, taking into account all of the circumstances, including the state of the record, fairness to all parties, the importance of having the issue resolved by the Court, its suitability for decision and the broader interests of the administration of justice. B has not demonstrated that this is one of those rare cases that warrants this Court’s consideration of his new constitutional arguments on appeal.

Cases Cited

By Moldaver J.

Applied: *R. v. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 706; *R. v. Al Klippert Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 737; *May v. Ferndale Institution*, 2005 SCC 82, [2005] 3 S.C.R. 809; *Mission Institution v. Khela*, 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502; **distinguished:** *Mooring v. Canada (National Parole Board)*, [1996] 1 S.C.R. 75; **considered:** *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433; *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765; **referred to:** *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594; *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585; *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333; *Garland v. Consumers’ Gas Co.*, 2004 SCC 25, [2004] 1 S.C.R. 629; *R. v. Domm* (1996), 31 O.R. (3d) 540; *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, 2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *Henry v. British Columbia (Attorney General)*, 2015 SCC 24, [2015] 2 S.C.R. 214; *R. v. Steele*, 2014 SCC 61, [2014] 3 S.C.R. 138; *R. v. Boutilier*, 2017 SCC 64, [2017] 2 S.C.R. 936; *R. v. Johnson*, 2003 SCC 46, [2003] 2 S.C.R. 357; *Nova Scotia (Workers’ Compensation Board)*

assignments à résidence comme celle qu’elle a imposée à B lorsqu’elles sont raisonnables et nécessaires pour atteindre les objectifs du régime applicable aux délinquants à contrôler. L’assignation à résidence imposée en l’espèce reposait sur la situation particulière de B. Compte tenu de cette situation — qui comporte d’importants antécédents en matière de défaut de se conformer, des problèmes de toxicomanie et un casier judiciaire chargé — et de l’objet du par. 134.1(2) dans le contexte du régime applicable aux délinquants à contrôler, l’assignation à résidence imposée à B n’est pas arbitraire au sens où il faut l’entendre pour l’application de l’art. 7 de la *Charte*.

B ne devrait pas être autorisé à soulever des prétentions fondées sur l’art. 9 et l’al. 11h) de la *Charte*. Bien que la Cour ait effectivement le pouvoir discrétionnaire d’examiner de nouveaux arguments constitutionnels en appel, elle ne doit l’exercer qu’à titre exceptionnel, en tenant compte de l’ensemble des circonstances, dont la teneur du dossier, l’équité envers toutes les parties, l’importance que la question soit résolue par la Cour, le fait que l’affaire se prête ou non à une décision et les intérêts de l’administration de la justice en général. B n’a pas démontré qu’il s’agit de l’un des cas rares qui justifieraient que la Cour examine en appel ses arguments nouveaux de nature constitutionnelle.

Jurisprudence

Citée par le juge Moldaver

Arrêts appliqués : *R. c. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 R.C.S. 706; *R. c. Al Klippert Ltd.*, [1998] 1 R.C.S. 737; *May c. Établissement Ferndale*, 2005 CSC 82, [2005] 3 R.C.S. 809; *Établissement de Mission c. Khela*, 2014 CSC 24, [2014] 1 R.C.S. 502; **distinction d’avec l’arrêt :** *Mooring c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1996] 1 R.C.S. 75; **arrêts examinés :** *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433; *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765; **arrêts mentionnés :** *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585; *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333; *Garland c. Consumers’ Gas Co.*, 2004 CSC 25, [2004] 1 R.C.S. 629; *R. c. Domm* (1996), 31 O.R. (3d) 540; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l’Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *Henry c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2015 CSC 24, [2015] 2 R.C.S. 214; *R. c. Steele*, 2014 CSC 61, [2014] 3 R.C.S. 138; *R. c. Boutilier*,

v. Martin, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504; *Quebec (Attorney General) v. Quebec (Human Rights Tribunal)*, 2004 SCC 40, [2004] 2 S.C.R. 223; *D.G. v. Bowden Institution (Warden) et al.*, 2016 ABCA 52, 612 A.R. 231; *Brown v. Canada (Public Safety)*, 2018 ONCA 14, 420 D.L.R. (4th) 124; *Ogiamien v. Ontario (Community Safety and Correctional Services)*, 2017 ONCA 839, 55 Imm. L.R. (4th) 220; *R. v. Miller*, [1985] 2 S.C.R. 613; *Normandin v. Canada (Attorney General)*, 2005 FCA 345, [2006] 2 F.C.R. 112.

By Martin J.

Applied: *R. v. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 706; *R. v. Al Klippert Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 737; **referred to:** *May v. Ferndale Institution*, 2005 SCC 82, [2005] 3 S.C.R. 809; *Normandin v. Canada (Attorney General)*, 2005 FCA 345, [2006] 2 F.C.R. 112; *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333; *McKart v. United States*, 395 U.S. 185 (1969); *Guindon v. Canada*, 2015 SCC 41, [2015] 3 S.C.R. 3; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Steele*, 2014 SCC 61, [2014] 3 S.C.R. 138; *R. v. L.M.*, 2008 SCC 31, [2008] 2 S.C.R. 163; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433; *Thibodeau v. Air Canada*, 2014 SCC 67, [2014] 3 S.C.R. 340.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 9, 10(c), 11(h), 24(1), (2).
Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 2, 98, 99.1, 100, 133, 134.1, 134.2(1), 135.1, 147(1).
Corrections and Conditional Release Regulations, SOR/92-602, s. 161(1).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 753(1)(a), (b), (4), (4.1), 753.1(1), (3), 753.2(1), 753.3.
Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, ss. 18, 18.1.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, r. 8(1).

Authors Cited

Bilson, Beth. “Lying in Wait for Justice: Collateral Attacks on Administrative and Regulatory Orders” (1998), 12 *C.J.A.L.P.* 289.
 Canada. Correctional Service. *Commissioner’s Directive 706*, “Classification of Institutions”, 2018.

2017 CSC 64, [2017] 2 R.C.S. 936; *R. c. Johnson*, 2003 CSC 46, [2003] 2 R.C.S. 357; *Nouvelle-Écosse (Workers’ Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504; *Québec (Procureur général) c. Québec (Tribunal des droits de la personne)*, 2004 CSC 40, [2004] 2 R.C.S. 223; *D.G. c. Bowden Institution (Warden) et al.*, 2016 ABCA 52, 612 A.R. 231; *Brown c. Canada (Public Safety)*, 2018 ONCA 14, 420 D.L.R. (4th) 124; *Ogiamien c. Ontario (Community Safety and Correctional Services)*, 2017 ONCA 839, 55 Imm. L.R. (4th) 220; *R. c. Miller*, [1985] 2 R.C.S. 613; *Normandin c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 345, [2006] 2 R.C.F. 112.

Citée par la juge Martin

Arrêts appliqués : *R. c. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 R.C.S. 706; *R. c. Al Klippert Ltd.*, [1998] 1 R.C.S. 737; **arrêts mentionnés :** *May c. Établissement Ferndale*, 2005 CSC 82, [2005] 3 R.C.S. 809; *Normandin c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 345, [2006] 2 R.C.F. 112; *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333; *McKart c. United States*, 395 U.S. 185 (1969); *Guindon c. Canada*, 2015 CSC 41, [2015] 3 R.C.S. 3; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Steele*, 2014 CSC 61, [2014] 3 R.C.S. 138; *R. c. L.M.*, 2008 CSC 31, [2008] 2 R.C.S. 163; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433; *Thibodeau c. Air Canada*, 2014 CSC 67, [2014] 3 R.C.S. 340.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 9, 10(c), 11(h), 24(1), (2).
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 753(1)a), b), (4), (4.1), 753.1(1), (3), 753.2(1), 753.3.
Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, c. 20, art. 2, 98, 99.1, 100, 133, 134.1, 134.2(1), 135.1, 147(1).
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, c. F-7, art. 18, 18.1.
Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, DORS/92-602, art. 161(1).
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règle 8(1).

Doctrine et autres documents cités

Bilson, Beth. « Lying in Wait for Justice : Collateral Attacks on Administrative and Regulatory Orders » (1998), 12 *C.J.A.L.P.* 289.
 Canada. Service correctionnel. *Directive du commissaire 706*, « Classification des établissements », 2018.

Clewley, Gary R., Paul G. McDermott and Rachel E. Young. *Sentencing: The Practitioner's Guide*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1995 (loose-leaf updated May 2018, release 61).

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (Richards C.J. and Ottenbreit and Whitmore JJ.A.), 2017 SKCA 32, 348 C.C.C. (3d) 43, [2017] 8 W.W.R. 684, [2017] S.J. No. 181 (QL), 2017 CarswellSask 216 (WL Can.), setting aside the acquittal entered by Henning Prov. Ct. J., 2016 SKPC 28, 352 C.R.R. (2d) 248, [2016] S.J. No. 68 (QL), 2016 CarswellSask 94 (WL Can.) and entering a conviction. Appeal dismissed.

Leif Jensen and Michelle Biddulph, for the appellant.

Theodore Litowski, for the respondent.

Sharlene Telles-Langdon, for the intervener the Attorney General of Canada.

Deborah Krick, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Jonathan Rudin and Emilie N. Lahaie, for the intervener Aboriginal Legal Services Inc.

Breese Davies and Cheryl Milne, for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights.

Audrey Boctor and Olga Redko, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The judgment of Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Côté, Brown and Rowe JJ. was delivered by

MOLDAVER J. —

I. Overview

[1] The general rule against collateral attacks on court orders is well-established: with limited exceptions, an order issued by a court must be obeyed unless it is set aside in a proceeding taken for that

Clewley, Gary R., Paul G. McDermott and Rachel E. Young. *Sentencing : The Practitioner's Guide*, Aurora (Ont.), Canada Law Book, 1995 (loose-leaf updated May 2018, release 61).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (le juge en chef Richards et les juges Ottenbreit et Whitmore), 2017 SKCA 32, 348 C.C.C. (3d) 43, [2017] 8 W.W.R. 684, [2017] S.J. No. 181 (QL), 2017 CarswellSask 216 (WL Can.), qui a écarté l'acquittement prononcé par le juge Henning, 2016 SKPC 28, 352 C.R.R. (2d) 248, [2016] S.J. No. 68 (QL), 2016 CarswellSask 94 (WL Can.) et inscrit une déclaration de culpabilité. Pourvoi rejeté.

Leif Jensen et Michelle Biddulph, pour l'appellant.

Theodore Litowski, pour l'intimée.

Sharlene Telles-Langdon, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Deborah Krick, pour l'intervenante la procureure générale de l'Ontario.

Jonathan Rudin et Emilie N. Lahaie, pour l'intervenante Aboriginal Legal Services Inc.

Breese Davies et Cheryl Milne, pour l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights.

Audrey Boctor et Olga Redko, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Abella, Moldaver, Côté, Brown et Rowe rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

I. Aperçu

[1] La règle générale interdisant les contestations incidentes des ordonnances judiciaires est bien établie : sauf rares exceptions, une ordonnance rendue par un tribunal doit être respectée, à moins qu'elle ne

purpose. The rule has been consistently applied to prevent a person from attacking the validity of a court order when defending against a criminal charge stemming from its breach. In *R. v. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 706, and in the companion case, *R. v. Al Klippert Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 737, this Court developed a distinct approach for determining whether a person who is charged criminally with breaching an administrative order can collaterally attack that order. In those decisions, the persons seeking to challenge the administrative orders did not allege that the orders infringed their rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[2] This appeal requires us to revisit the *Maybrun* framework in the context of a long-term offender, who has been charged criminally for having breached the residency condition imposed on him by the Parole Board of Canada (“Parole Board”) under a long-term supervision order (“LTSO”). In particular, we are required to decide whether, in defending that charge, it was open to the appellant, Spencer Dean Bird, to collaterally attack the validity of the residency condition on the basis that it contravened his *Charter* rights.

[3] Mr. Bird was found to be a long-term offender and received a sentence comprised of a prison term and a period of long-term supervision in the community. Based in part on Mr. Bird’s lengthy history of violence and numerous failed conditional releases, the Parole Board imposed a residency condition as part of Mr. Bird’s LTSO. This condition required that he reside at a community correctional centre, community residential facility or other residential facility approved by the Correctional Service of Canada (“CSC”). CSC placed Mr. Bird in Oskana Centre, a community correctional centre. Less than a month after his long-term supervision commenced, Mr. Bird left Oskana Centre and did not return. He was eventually apprehended and charged under s. 753.3(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985,

soit annulée à l’issue d’une instance introduite à cette fin. La règle a constamment été appliquée afin d’empêcher une personne de contester la validité d’une ordonnance judiciaire lorsqu’elle se défend d’une accusation criminelle découlant de la contravention à l’ordonnance. Dans l’arrêt *R. c. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 R.C.S. 706, et dans l’arrêt connexe *R. c. Al Klippert Ltd.*, [1998] 1 R.C.S. 737, la Cour a élaboré une approche distincte pour déterminer si une personne accusée au criminel d’avoir contrevenu à une ordonnance administrative peut contester cette ordonnance de manière incidente. Dans ces affaires, ceux qui cherchaient à contester les ordonnances administratives n’ont pas allégué que ces dernières portaient atteinte à leurs droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[2] Le présent pourvoi requiert que nous réexaminions le cadre énoncé dans l’arrêt *Maybrun* dans le contexte d’une ordonnance visant un délinquant à contrôler, accusé au criminel d’avoir contrevenu à l’assignation à résidence à laquelle il avait été contraint par la Commission des libérations conditionnelles du Canada (« Commission ») aux termes d’une ordonnance de surveillance de longue durée (« OSLD »). Plus particulièrement, nous devons décider si l’appelant, M. Spencer Dean Bird, pouvait, en défense à cette accusation, contester incidemment la validité de l’assignation à résidence au motif que celle-ci contrevenait aux droits que lui garantit la *Charte*.

[3] M. Bird, déclaré délinquant à contrôler, a été condamné à une peine d’emprisonnement suivie d’une période de surveillance de longue durée dans la collectivité. S’appuyant notamment sur le lourd passé de M. Bird en matière de violence ainsi que sur ses nombreuses libérations conditionnelles infructueuses, la Commission a assorti son OSLD d’une assignation à résidence. Cette condition obligeait M. Bird à demeurer dans un centre correctionnel communautaire, un centre résidentiel communautaire ou tout autre établissement résidentiel approuvé par le Service correctionnel du Canada (« SCC »). Ce dernier a placé M. Bird au centre Oskana, un centre correctionnel communautaire. Moins d’un mois après le début de sa surveillance de longue durée, M. Bird a quitté le centre et n’y est pas retourné.

c. C-46, with having breached the residency condition of his LTSO.

[4] Mr. Bird defended the charge at trial on the basis that the residency condition of his LTSO was not within the Parole Board's statutory authority and violated his s. 7 *Charter* rights. The trial judge accepted this argument and acquitted Mr. Bird, finding that the residency condition was invalid. On appeal, the Court of Appeal for Saskatchewan rejected this finding. In its view, the trial judge impermissibly permitted Mr. Bird to collaterally attack the residency condition. The Court of Appeal set aside Mr. Bird's acquittal, entered a conviction on the charge under s. 753.3(1) and remitted the matter to the Provincial Court of Saskatchewan for sentencing. Mr. Bird now appeals to this Court. He renews his s. 7 *Charter* attack on the residency condition. Additionally, he raises for the first time that the condition violates his *Charter* rights under ss. 9 and 11(h).

[5] For reasons that follow, I agree with the Court of Appeal that Mr. Bird was not permitted to collaterally attack the residency condition of his LTSO. In view of that, I find it unnecessary to address the various *Charter* arguments he has raised in support of his position that the residency condition is invalid. Accordingly, I would dismiss the appeal.

II. Facts

[6] Mr. Bird has a lengthy criminal history dating back to 1983. His criminal record consists of approximately 63 convictions, including 12 convictions for violent offences.

[7] On May 27, 2005, following Mr. Bird's convictions for assault with a weapon and theft under

Il a par la suite été arrêté et accusé de ne pas s'être conformé à l'assignation à résidence prévue dans l'OSLD à laquelle il était assujéti, une infraction décrite au par. 753.3(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46.

[4] Lors du procès, M. Bird s'est défendu contre l'accusation dont il faisait l'objet, en alléguant que l'assignation à résidence prévue dans son OSLD ne relevait pas de la compétence conférée par la loi à la Commission et que cette condition contrevenait à ses droits garantis par l'art. 7 de la *Charte*. Le juge de première instance a fait droit à cet argument et a acquitté M. Bird, en concluant que l'assignation à résidence était invalide. En appel, la Cour d'appel de la Saskatchewan a rejeté cette conclusion. Selon elle, le juge de première instance avait commis une erreur en permettant à M. Bird de contester incidemment l'assignation à résidence. La Cour d'appel a annulé l'acquiescement de M. Bird, inscrit une déclaration de culpabilité à l'égard de l'accusation fondée sur le par. 753.3(1) et renvoyé l'affaire à la Cour provinciale de la Saskatchewan pour détermination de la peine. M. Bird se pourvoit maintenant devant la Cour. Il conteste de nouveau l'assignation à résidence sur le fondement de l'art. 7 de la *Charte*. Il soutient en outre pour la première fois que cette assignation contrevient aux droits que lui garantissent l'art. 9 et l'al. 11h) de la *Charte*.

[5] Pour les motifs qui suivent, je conviens avec la Cour d'appel que M. Bird ne pouvait pas contester incidemment l'assignation à résidence prévue dans l'OSLD prononcée contre lui. Cela étant, j'estime qu'il n'est pas nécessaire d'examiner les divers arguments fondés sur la *Charte* qu'il a soulevés pour démontrer l'invalidité de l'assignation à résidence. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter l'appel.

II. Faits

[6] M. Bird a un long passé criminel qui remonte à 1983. Il a été déclaré coupable d'environ 63 infractions, dont 12 avec violence.

[7] Le 27 mai 2005, après que M. Bird a été jugé coupable d'agression armée et de vol de moins de

\$5,000, Judge Ferris of the Provincial Court of Saskatchewan found him to be a long-term offender under s. 753.1(3) of the *Criminal Code*. He sentenced Mr. Bird to 54 months of imprisonment to be followed by a 5-year period of long-term supervision. Over the course of this sentence, Mr. Bird was placed on statutory release three times. On each occasion, his release was suspended for violating conditions, re-offending or allegedly re-offending. Mr. Bird was eventually released on his long-term supervision order on June 21, 2013. Three days later, he was arrested and charged with possession of a weapon for a dangerous purpose, for which he eventually received a 12-month sentence.

[8] CSC prepared an “Assessment for Decision” dated April 28, 2014, which assessed Mr. Bird’s statutory release plans in respect of the 12-month sentence he received on the weapon conviction. Mr. Bird’s plan was to return to Ahtahkakoop First Nation and live with his brother. CSC found that this plan was not sufficient to manage the risk Mr. Bird posed to the community, noting that Mr. Bird had a “well established pattern of violence” and was “unable to abide by imposed conditions for any length of time” (A.R., vol. II, at p. 77). CSC determined that if a residency condition was not imposed, Mr. Bird would “present an undue risk to society” (*ibid.*). Accordingly, CSC recommended that Mr. Bird reside at a community correctional centre or a community residential facility for the duration of his statutory release and for the first 180 days of his long-term supervision.

[9] In its Pre-Release Decision dated July 15, 2014, the Parole Board took up CSC’s recommendation and imposed a condition that Mr. Bird reside at a community correctional centre, community residential facility or other residential facility (such as a private home placement) approved by CSC for the first 180 days of his long-term supervision. This condition was imposed pursuant to s. 134.1(2) of the

5 000 \$, le juge Ferris de la Cour provinciale de la Saskatchewan l’a déclaré délinquant à contrôler en vertu du par. 753.1(3) du *Code criminel*. Il a infligé à M. Bird une peine d’emprisonnement de 54 mois devant être suivie d’une période de surveillance de longue durée de 5 ans. Pendant qu’il purgeait sa peine, M. Bird a fait l’objet d’une libération d’office à trois reprises. Chaque fois, sa libération a été suspendue pour violation des conditions, récidive ou récidive alléguée. Le 21 juin 2013, M. Bird a été libéré conformément aux conditions de son OSLD. Trois jours plus tard, il a été arrêté et accusé de possession d’une arme dans un dessein dangereux, infraction pour laquelle il a été condamné à une peine d’emprisonnement de 12 mois.

[8] Le SCC a préparé une « Évaluation en vue d’une décision », datée du 28 avril 2014, dans laquelle il évaluait les projets de libération d’office de M. Bird relativement à la peine de 12 mois qui lui avait été infligée à la suite de sa condamnation pour possession d’une arme. M. Bird avait comme projet de retourner au sein de la Première Nation Ahtahkakoop et d’y vivre avec son frère. Le SCC a conclu que ce projet ne limiterait pas suffisamment le risque que M. Bird posait pour la collectivité, soulignant que ce dernier avait [TRADUCTION] « des tendances bien établies en matière de violence » et qu’il était « incapable de se conformer aux conditions qui lui étaient infligées pour quelque période que ce soit » (d.a., vol. II, p. 77). Le SCC a jugé que, sans l’imposition d’une assignation à résidence, M. Bird « présenterait un risque inacceptable pour la société » (*ibid.*). Il a donc recommandé que M. Bird réside dans un centre correctionnel communautaire ou dans un centre résidentiel communautaire pendant toute la durée de sa libération d’office, ainsi que pendant les 180 premiers jours de sa période de surveillance de longue durée.

[9] Dans sa décision datée du 15 juillet 2014 antérieure à la libération, la Commission a adopté la recommandation du SCC et elle a assigné M. Bird à résidence dans un centre correctionnel communautaire, un centre résidentiel communautaire ou un autre établissement résidentiel communautaire (par exemple, une maison privée) approuvé par le SCC, pendant les 180 premiers jours de sa

Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20 (“CCRA”), which permits the Parole Board to “establish conditions for the long term supervision of the offender that it considers reasonable and necessary in order to protect society and to facilitate the successful reintegration into society of the offender”. Echoing CSC’s concerns, the Parole Board reasoned that the residency condition was reasonable and necessary based on Mr. Bird’s “lengthy history of violence causing physical harm” and his “inability to abide by the conditions that [were] imposed” on his conditional releases (A.R., vol. II, at p. 69). The Parole Board concluded that it was “satisfied that [Mr. Bird would] require the structure and supervision that only can be provided by a community correctional centre/community residential centre. Therefore, residency is imposed for 180 days” (*ibid.*).

[10] The Parole Board conveyed its reasons for decision to Mr. Bird under a cover letter dated July 24, 2014. The letter expressly advised Mr. Bird that he could apply to the Board to be relieved of any of the conditions of his LTSO:

You may apply to the Parole Board of Canada to be relieved of any of your conditions or request that the Board vary the terms of any of your conditions of Long Term Supervision Order. Upon receipt of your application and an updated report from your Parole Officer, with whom you should discuss your request, your file will be referred to the Board for voting and subsequently you will be advised of the outcome. To ensure that your request receives complete consideration, please fully document the reasons for your request. [Emphasis added.]

(A.R., vol. II, at p. 67)

surveillance de longue durée. Cette condition a été imposée en vertu du par. 134.1(2) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, c. 20 (« LSCMLSC »), qui permet à la Commission d’« imposer au délinquant les conditions de surveillance qu’elle juge raisonnables et nécessaires pour protéger la société et favoriser la réinsertion sociale du délinquant ». Faisant écho aux préoccupations soulevées par le SCC, la Commission a jugé que l’assignation à résidence était raisonnable et nécessaire, compte tenu du [TRADUCTION] « lourd passé [de M. Bird] en matière de violence occasionnant des préjudices corporels » et de son « incapacité à se conformer aux conditions qui lui étaient imposées » lors de ses libérations conditionnelles (d.a., vol. II, p. 69). La Commission a conclu en précisant qu’elle était « convaincue que [M. Bird aurait] besoin de la structure et de la surveillance que seuls peuvent lui offrir un centre correctionnel communautaire ou un centre résidentiel communautaire. Par conséquent, l’assignation à résidence est imposée pour une période de 180 jours » (*ibid.*).

[10] La Commission a transmis les motifs de sa décision à M. Bird avec une lettre d’accompagnement datée du 24 juillet 2014. Cette lettre l’avisait expressément qu’il pouvait présenter une demande à la Commission s’il souhaitait être soustrait à l’une ou l’autre des conditions prévues dans l’OSLD dont il était l’objet :

[TRADUCTION] Vous pouvez présenter une demande à la Commission des libérations conditionnelles du Canada en vue d’être soustrait à l’une ou l’autre de vos conditions, ou pour lui demander de modifier l’une ou l’autre des conditions de l’ordonnance de surveillance de longue durée dont vous faites l’objet. Dès réception de votre demande et d’un rapport à jour de votre agent de libération conditionnelle, avec qui vous devriez discuter de votre demande, votre dossier sera transmis à la Commission qui tiendra un vote. Par la suite, vous serez informé du résultat du processus en question. Afin que votre demande puisse faire l’objet d’un examen complet, veuillez préciser les raisons qui la motivent. [Je souligne.]

(d.a., vol. II, p. 67)

[11] On Mr. Bird's statutory release date of August 14, 2014, he was transported to Oskana Centre where he lived until his warrant expiry date of January 7, 2015, at which time his LTSO commenced. That same day, Mr. Bird signed a Long-term Supervision Certificate prepared by CSC, which spelled out the special conditions of his long-term supervision, including a direction that he report to Oskana Centre. The Certificate also included an acknowledgement, signed by Mr. Bird, that violating a condition of his long-term supervision without lawful excuse was an offence under s. 753.3(1) of the *Criminal Code*.

[12] Oskana Centre is a community correctional centre, also known as a halfway house. It has established various conditions for persons who reside there, two of which include a nighttime curfew and a requirement that residents return to Oskana Centre from 11:00 a.m. to 1:00 p.m. Mr. Bird was expected to comply with those conditions.

[13] On January 28, 2015, Mr. Bird left Oskana Centre and did not return. The following day he was charged with breaching the residency condition of his LTSO under s. 753.3(1) of the *Criminal Code*. He remained at large for more than two months until April 16, 2015, when the police located him and placed him under arrest.

III. Judgments Below

A. *Provincial Court of Saskatchewan, 2016 SKPC 28, 352 C.R.R. (2d) 248 (Henning Prov. Ct. J.)*

[14] At his trial for breaching the residency condition of his LTSO, Mr. Bird argued that the residency condition exceeded the Parole Board's statutory authority and violated his s. 7 *Charter* rights.

[15] The trial judge initially considered whether, in defending against the charge of breaching the residency condition, Mr. Bird could mount a collateral attack on the Parole Board's decision to impose

[11] Le 14 août 2014, date de sa libération d'office, M. Bird a été transporté au centre Oskana, où il a vécu jusqu'au 7 janvier 2015, date à laquelle son mandat a expiré et où son OSLD a pris effet. Le même jour, M. Bird a signé un certificat de surveillance de longue durée préparé par le SCC, qui énonçait les conditions particulières de sa surveillance de longue durée, notamment qu'il devait se présenter au centre Oskana. Le certificat comprenait aussi une reconnaissance, signée par M. Bird, selon laquelle la violation d'une condition de sa surveillance de longue durée sans excuse légitime constituerait une infraction aux termes du par. 753.3(1) du *Code criminel*.

[12] Le centre Oskana, qui est un centre correctionnel communautaire, sert aussi de maison de transition. Il impose diverses conditions à ses résidents, dont les deux suivantes : respecter le couvre-feu et être de retour au centre entre 11 h et 13 h. M. Bird devait se conformer à ces conditions.

[13] Le 28 janvier 2015, M. Bird a quitté le centre Oskana et il n'y est pas retourné. Le jour suivant, il a été accusé d'avoir enfreint l'assignation à résidence prévue dans son OSLD, l'infraction décrite au par. 753.3(1) du *Code criminel*. Il a été en fuite pendant plus de deux mois, jusqu'à ce que, le 16 avril 2015, des policiers le repèrent et l'arrêtent.

III. Décisions des juridictions d'instances inférieures

A. *Cour provinciale de la Saskatchewan, 2016 SKPC 28, 352 C.R.R. (2d) 248 (le juge Henning)*

[14] Lors de son procès pour violation de l'assignation à résidence prévue dans son OSLD, M. Bird a fait valoir que cette condition outrepassait la compétence que la loi confère à la Commission et qu'elle portait atteinte à ses droits protégés par l'art. 7 de la *Charte*.

[15] Le juge de première instance s'est d'abord demandé si, pour se défendre contre l'accusation d'avoir contrevenu à l'assignation à résidence, M. Bird pouvait contester incidemment la décision

it. Applying the framework set out in *Maybrun* and *Klippert*, the trial judge determined that Mr. Bird could collaterally attack the order of the Parole Board.

[16] The trial judge then considered whether the residency condition was valid. He found that the decision of the Parole Board to impose the residency condition had the effect of placing Mr. Bird in Oskana Centre, a penal institution. In his view, such a condition was not authorized under the *CCRA* for LTSOs and it amounted to a significant breach of Mr. Bird's rights under s. 7 of the *Charter*. Given his conclusion that the residency condition was unconstitutional, he concluded that Mr. Bird could not be convicted of breaching it. Accordingly, he dismissed the charge against Mr. Bird.

B. *Court of Appeal for Saskatchewan, 2017 SKCA 32, 348 C.C.C. (3d) 43 (Richards C.J. and Ottenbreit and Whitmore J.J.A.)*

[17] On appeal, the Crown argued that the trial judge erred in permitting a collateral attack on the Parole Board's decision to impose a residency condition, and he further erred in determining that the residency condition violated s. 7 of the *Charter*.

[18] Chief Justice Richards, writing for a unanimous court, allowed the appeal. In his view, the trial judge erred in permitting a collateral attack on the residency condition imposed by the Parole Board. Considering the framework set out in *Maybrun* and *Klippert* and its focus on legislative intent, the Court of Appeal concluded that it was not the intention of Parliament to permit collateral attacks on conditions imposed on LTSOs by the Parole Board.

[19] Chief Justice Richards noted that allowing offenders to "breach first, challenge later" would tend to frustrate the purposes of the long-term supervision regime (para. 57). He further observed

de la Commission de lui avoir imposé cette condition. Après avoir appliqué le cadre d'analyse établi dans les arrêts *Maybrun* et *Klippert*, le juge a conclu que M. Bird pouvait effectivement contester incidemment l'ordonnance de la Commission.

[16] Le juge du procès s'est ensuite demandé si l'assignation à résidence était valide. Il a conclu que la décision de la Commission d'imposer cette condition avait eu pour effet de placer M. Bird au centre Oskana, un établissement carcéral. Or, selon lui, non seulement la *LSCMLSC* ne permet pas d'imposer une telle condition dans le cadre d'une OSLD, mais cette condition constituait une atteinte importante aux droits garantis à M. Bird par l'art. 7 de la *Charte*. Étant donné sa conclusion que l'assignation à résidence était inconstitutionnelle, le juge a conclu que M. Bird ne pouvait pas être déclaré coupable de l'avoir enfreinte. Par conséquent, il a rejeté l'accusation qui pesait sur ce dernier.

B. *Cour d'appel de la Saskatchewan, 2017 SKCA 32, 348 C.C.C. (3d) 43 (le juge en chef Richards et les juges Ottenbreit et Whitmore)*

[17] En appel, le ministère public a soutenu que le juge de première instance avait commis une erreur en permettant la contestation incidente de la décision de la Commission d'imposer une assignation à résidence et en concluant, par ailleurs, que cette assignation contrevenait à l'art. 7 de la *Charte*.

[18] Le juge en chef Richards, au nom des juges unanimes, a accueilli l'appel. À son avis, le juge de première instance a eu tort de permettre la contestation incidente de l'assignation à résidence imposée par la Commission. Se fondant sur le cadre d'analyse énoncé dans les arrêts *Maybrun* et *Klippert* et tenant compte de l'importance accordée dans ce cadre à l'intention du législateur, la Cour d'appel a conclu que ce dernier n'avait pas l'intention d'autoriser les contestations incidentes des conditions d'une OSLD imposées par la Commission.

[19] Pour le juge en chef Richards, permettre aux délinquants de « contrevenir d'abord, pour ensuite contester » tendrait à contrecarrer l'objet du régime de surveillance de longue durée (par. 57).

that the Federal Court has exclusive supervisory jurisdiction over Parole Board decisions and that an offender may ask the Parole Board to vary or remove any condition. Although a substantial penalty could be imposed for breaching an LTSO, Richards C.J. concluded that Parliament did not intend for offenders to take issue with conditions of their LTSOs by breaching them. It followed that the trial judge erred in permitting Mr. Bird to collaterally attack the Parole Board's order. In light of this conclusion, he found it unnecessary to address whether the residency condition violated Mr. Bird's s. 7 *Charter* rights. In the result, he set aside Mr. Bird's acquittal, entered a conviction on the charge under s. 753.3(1) of the *Criminal Code* and remitted the matter to the Provincial Court for sentencing.

IV. Issue

[20] In my view, this appeal raises a single issue: Can Mr. Bird collaterally attack the residency condition imposed by the Parole Board on his LTSO in defending against a criminal charge of having breached that condition? Because I would answer this question in the negative, I find it unnecessary to address Mr. Bird's argument that the residency condition violates his *Charter* rights.

V. Analysis

A. *General Principles Regarding Collateral Attacks*

[21] A collateral attack is an attack on an order "made in proceedings other than those whose specific object is the reversal, variation or nullification of the order" (*Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594, at p. 599; *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585, at para. 60). This Court has recognized a general rule against collateral attacks on court orders: with limited exceptions, an order issued by a court must be obeyed unless

En outre, selon lui, la Cour fédérale dispose d'un pouvoir de surveillance exclusif des décisions de la Commission et un délinquant peut demander à cette dernière de modifier ou d'annuler toute condition. Même si la violation d'une OSLD est passible d'une peine sévère, le juge en chef Richards a conclu que le législateur n'avait pas l'intention de permettre aux délinquants de s'opposer aux conditions de leur OSLD en ne s'y conformant pas. Il s'ensuit que le juge de première instance a commis une erreur en permettant à M. Bird de contester incidemment l'ordonnance rendue par la Commission. Compte tenu de cette conclusion, il a jugé inutile d'examiner si l'assignation à résidence portait atteinte aux droits de M. Bird protégés par l'art. 7 de la *Charte*. Il a donc annulé l'acquiescement de M. Bird, inscrit une déclaration de culpabilité à l'égard de l'accusation portée en vertu du par. 753.3(1) du *Code criminel* et renvoyé l'affaire à la Cour provinciale pour détermination de la peine.

IV. Question en litige

[20] Je suis d'avis que le présent appel soulève une seule question : M. Bird peut-il contester incidemment l'assignation à résidence dont la Commission a assorti son OSLD pour se défendre d'une accusation criminelle d'avoir enfreint l'assignation en question? Comme je répondrais à cette question par la négative, j'estime qu'il n'est pas nécessaire que j'examine l'argument de M. Bird selon lequel l'assignation à résidence porte atteinte à ses droits garantis par la *Charte*.

V. Analyse

A. *Principes généraux en matière de contestations incidentes*

[21] Une contestation incidente est une attaque faite à l'encontre d'une ordonnance « dans le cadre de procédures autres que celles visant précisément à obtenir l'infirmité, la modification ou l'annulation de l'ordonnance » (*Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594, p. 599; *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585, par. 60). La Cour a reconnu l'existence d'une règle générale interdisant les contestations incidentes des

it is set aside in a proceeding taken for that purpose (*Maybrun*, at paras. 2-3; *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333, at p. 349; *Garland v. Consumers' Gas Co.*, 2004 SCC 25, [2004] 1 S.C.R. 629, at para. 71). In *Maybrun*, the Court held that a different analysis was warranted for collateral attacks on administrative orders. As I will explain, however, similar principles underlie both approaches.

(1) Collateral Attacks on Court Orders

[22] There is a powerful rationale for the general rule precluding collateral attacks on court orders:

. . . the rule seeks to maintain the rule of law and to preserve the repute of the administration of justice. To allow parties to govern their affairs according to their perception of matters such as the jurisdiction of the court issuing the order would result in uncertainty. Further, “the orderly and functional administration of justice” requires that court orders be considered final and binding unless they are reversed on appeal . . .

(*Maybrun*, at para. 2, quoting *Litchfield*, at p. 349)

As this Court noted in *Maybrun*, the rule against collateral attacks on court orders has been consistently applied in criminal proceedings where the charge involves an alleged breach of a court order (*Maybrun*, at para. 3, citing *R. v. Domm* (1996), 31 O.R. (3d) 540 (C.A.), at p. 547, leave to appeal refused, [1997] 2 S.C.R. viii). The rule has also been applied where the accused alleges that the court order is unconstitutional. In *Domm*, Doherty J.A., writing for the Ontario Court of Appeal, held that “[e]ven orders that are constitutionally unsound must be complied with unless set aside in a proceeding taken for that purpose” (p. 549). As this Court explained in *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626, “[i]f people are free to ignore court orders because they believe that their foundation is unconstitutional, anarchy cannot be

ordonnances judiciaires : sauf rares exceptions, une ordonnance rendue par une cour doit être respectée, à moins qu’elle soit annulée à l’issue d’une instance introduite à cette fin (*Maybrun*, par. 2-3; *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333, p. 349; *Garland c. Consumers' Gas Co.*, 2004 CSC 25, [2004] 1 R.C.S. 629, par. 71). Dans l’arrêt *Maybrun*, la Cour a jugé qu’une analyse différente était justifiée dans les cas de contestations incidentes d’ordonnances administratives. Or, comme je l’expliquerai, les deux approches s’appuient sur des principes similaires.

(1) Contestation incidente des ordonnances judiciaires

[22] La règle générale interdisant la contestation incidente des ordonnances judiciaires repose sur un raisonnement solide :

La règle [. . .] vise à maintenir la primauté du droit et à préserver la considération dont jouit l’administration de la justice. L’incertitude résulterait si on permettait aux parties de gérer leurs affaires suivant la perception qu’ils ont de questions comme la compétence du tribunal qui rend l’ordonnance. De plus, [TRADUCTION] « l’administration ordonnée et pratique de la justice » exige que les ordonnances judiciaires soient considérées comme définitives et ayant force exécutoire à moins d’être annulées en appel . . .

(*Maybrun*, par. 2, citant *Litchfield*, p. 349)

Comme la Cour l’a noté dans l’arrêt *Maybrun*, la règle interdisant la contestation incidente des ordonnances judiciaires est appliquée systématiquement dans les instances criminelles où l’accusation concerne la violation alléguée d’une ordonnance judiciaire (*Maybrun*, par. 3, citant *R. c. Domm* (1996), 31 O.R. (3d) 540 (C.A.), p. 547, autorisation de pourvoi refusée, [1997] 2 R.C.S. viii). Cette règle est aussi appliquée dans les cas où l’accusé allègue que l’ordonnance judiciaire est inconstitutionnelle. Dans l’arrêt *Domm*, le juge Doherty, s’exprimant au nom de la Cour d’appel de l’Ontario, a statué que [TRADUCTION] « [m]ême les ordonnances inconstitutionnelles doivent être respectées, à moins qu’elles soient annulées à l’issue d’une instance introduite à cette fin » (p. 549). Comme la Cour l’a expliqué dans l’arrêt *Canada (Commission des droits*

far behind. The citizens' safeguard is in seeking to have illegal orders set aside through the legal process, not in disobeying them" (para. 51, citing *McLachlin J. (as she then was), in Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892, at p. 974).

[23] The doctrine of collateral attack, however, recognizes that people must have an effective means to challenge court orders, particularly when those orders are alleged to violate constitutional rights. In *Domm*, Doherty J.A. clarified that "where constitutional rights are implicated, the court must be particularly concerned about the availability of an effective remedy apart from collateral attack when considering whether" to allow a collateral attack (p. 552). Where a collateral attack is the only way to effectively challenge a court order, a collateral attack will be permitted (see *Domm*, at pp. 553-54).

[24] In sum, two principles underlie the approach to collateral attacks on court orders: (1) the importance of maintaining the rule of law and preserving the repute of the administration of justice; and (2) ensuring that individuals have an effective means to challenge court orders, particularly when these orders are challenged on the basis that they are not *Charter* compliant. As I will explain, the *Maybrun* framework accounts for these principles in the administrative context.

(2) Collateral Attacks on Administrative Orders

[25] In *Maybrun*, the Court held that a different framework was warranted for collateral attacks on administrative orders, given the major differences that exist between court orders and administrative orders in relation to their legal nature and the

de la personne) c. Canadian Liberty Net, [1998] 1 R.C.S. 626, « [s]'il est permis de désobéir aux ordonnances judiciaires parce qu'on croit que leur fondement est inconstitutionnel, on va vers l'anarchie. Le recours des citoyens est non pas de désobéir aux ordonnances illégales mais [de] demander en justice leur annulation » (par. 51, citant les propos de la juge McLachlin (plus tard juge en chef) dans l'arrêt *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892, p. 974).

[23] Cependant, la règle relative à la contestation incidente reconnaît que les justiciables doivent disposer d'un moyen efficace pour contester les ordonnances judiciaires, surtout lorsqu'il est allégué que ces ordonnances contreviennent aux droits garantis par la Constitution. Dans l'arrêt *Domm*, le juge Doherty a précisé que, [TRADUCTION] « lorsque des droits constitutionnels sont en jeu, le tribunal doit se soucier particulièrement de l'existence ou non d'un recours efficace autre que la contestation incidente, lorsqu'il examine » s'il y a lieu d'autoriser cette dernière (p. 552). Ainsi, lorsque la contestation incidente est le seul moyen efficace de contester une ordonnance judiciaire, elle est permise (*Domm*, p. 553-554).

[24] Bref, deux principes sous-tendent l'approche adoptée à l'égard des contestations incidentes des ordonnances judiciaires : (1) l'importance de maintenir la primauté du droit et de préserver la considération dont jouit l'administration de la justice, et (2) l'importance que les justiciables disposent de moyens efficaces pour contester les ordonnances judiciaires, surtout si elles sont contestées au motif qu'elles ne sont pas conformes à la *Charte*. Comme je l'expliquerai, le cadre exposé dans l'arrêt *Maybrun* tient compte de ces principes dans le contexte administratif.

(2) Contestation incidente des ordonnances administratives

[25] Dans l'arrêt *Maybrun*, la Cour a statué qu'il est justifié d'appliquer un cadre d'analyse différent à l'examen des contestations incidentes des ordonnances administratives, compte tenu des différences importantes entre ce type d'ordonnances et les

institutions that issue them (para. 4). *Maybrun* clarified that the question of whether a person charged with breaching an administrative order can collaterally attack the validity of the order is determined by focussing on the legislature's intention. The court must inquire into whether the legislature intended to permit collateral attacks on the order, or intended instead that a person should challenge the order by way of other review mechanisms.

[26] In focussing on the legislature's intention, the *Maybrun* framework balances two principles: (1) ensuring that the legislature's decision to assign decision-making powers to administrative bodies is not undermined and (2) ensuring that individuals have an effective means available to them to challenge administrative orders (*Maybrun* at para. 44; see also B. Bilson, "Lying in Wait for Justice: Collateral Attacks on Administrative and Regulatory Orders" (1998), 12 *C.J.A.L.P.* 289, at pp. 291-94).

[27] Focussed as it is on the legislature's intention as to the appropriate forum for challenging an administrative order, the *Maybrun* framework respects the legislature's choice to assign decision-making powers to administrative bodies. The Court in *Maybrun* emphasized that administrative structures play an important role in the organization of a wide range of activities in modern society (paras. 26 and 43). To maintain the authority of these administrative bodies, the legislature may establish internal mechanisms with the intention that people will challenge administrative orders by way of these mechanisms or other appropriate forums, rather than by mounting a collateral attack on them (*Maybrun*, at para. 27). *Maybrun* recognized that if a person were entirely free to ignore these established procedures for challenging the order and could breach the order and wait for criminal charges to be laid before challenging it, this would risk discrediting the authority of administrative bodies that issue such orders and undermine the effectiveness of administrative regimes (para. 42).

ordonnances judiciaires, notamment quant à leur nature juridique et aux institutions qui les rendent (par. 4). Selon l'arrêt *Maybrun*, pour décider si la personne accusée d'avoir enfreint une ordonnance administrative peut contester incidemment la validité de celle-ci, il faut avant tout s'intéresser à l'intention du législateur. Le tribunal doit se demander si ce dernier avait l'intention de permettre la contestation incidente de l'ordonnance, ou s'il avait plutôt l'intention que la personne visée par l'ordonnance puisse la contester au moyen d'autres mécanismes d'examen.

[26] Vu le poids donné à l'intention du législateur, le cadre d'analyse de l'arrêt *Maybrun* met deux exigences en balance : (1) veiller à ce que la décision du législateur de conférer des pouvoirs décisionnels à des organismes administratifs ne soit pas contrecarée, et (2) veiller à ce que les justiciables disposent d'un moyen efficace de contester les ordonnances administratives (*Maybrun*, par. 44; voir aussi B. Bilson, « Lying in Wait for Justice : Collateral Attacks on Administrative and Regulatory Orders » (1998), 12 *C.J.A.L.P.* 289, p. 291-294).

[27] Compte tenu de l'importance qu'il accorde à l'intention du législateur quant au forum approprié pour contester une ordonnance administrative, le cadre d'analyse de l'arrêt *Maybrun* respecte le choix du législateur de conférer des pouvoirs décisionnels à des organismes administratifs. Dans cet arrêt, la Cour a d'ailleurs souligné que ces organismes jouent un rôle important dans l'organisation d'un vaste éventail d'activités de la société moderne (par. 26 et 43). Afin de préserver l'autorité de ces organismes administratifs, le législateur peut créer des mécanismes internes, dans l'intention qu'ils serviront, tout comme d'autres forums appropriés, à contester les ordonnances administratives en lieu et place des contestations incidentes dans le cadre de procès criminels (*Maybrun*, par. 27). La Cour a reconnu, dans l'arrêt *Maybrun*, que si une personne pouvait totalement ignorer les procédures ainsi établies pour contester une ordonnance et contrevenir à l'ordonnance, puis attendre que des accusations criminelles soient portées contre elle avant de la contester, cela risquerait de discréditer l'autorité des organismes administratifs qui rendent de telles ordonnances, en plus de miner l'efficacité des régimes administratifs (par. 42).

[28] In addition, permitting collateral attacks would result in increased recourse to criminal sanctions by the state (para 42). If individuals object to administrative orders only after having breached them, the state will need to resort to criminal charges and sanctions to secure compliance. As the Court in *Maybrun* warned, “[r]ather than promoting cooperation and conciliation, which are among the basic objectives of such administrative mechanisms, this would result in a hardening of relations between governments and citizens” (*ibid.*). Furthermore, allowing collateral attacks on administrative orders could undermine the legislature’s intention to draw on the expertise and experience of certain decision-makers. As the Court noted in *Maybrun*, permitting individuals to circumvent administrative tribunals or other appropriate forums and transfer the debate to the judicial arena could lead the courts to rule on matters they are not best suited to decide (para. 43).

[29] That said, in focussing on the legislature’s intention as to the appropriate forum, the *Maybrun* framework also stresses that individuals must have an effective means to challenge administrative orders. The Court in *Maybrun* noted that the rule of law requires “that the government exercises its powers within the limits prescribed by law or that appropriate remedies are available for citizens to assert their rights”, especially where penal sanctions are involved (paras. 25 and 44). Accordingly, “it must . . . be presumed that the legislature did not intend to deprive citizens affected by government actions of an adequate opportunity to raise the validity of the order” (para. 46). Where there is no mechanism or forum for challenging the validity of the administrative order effectively, it must be inferred that the intention of the legislature is to permit a collateral attack (paras. 44 and 46).

[30] In view of this, I respectfully disagree with Mr. Bird’s argument that “[l]egislative intent would trump *Charter* rights” under the *Maybrun* framework

[28] En outre, si les contestations incidentes étaient permises, l’État recourrait davantage aux sanctions pénales (par. 42). En effet, si les personnes en cause s’opposaient aux ordonnances administratives dont elles sont l’objet seulement après y avoir contrevenu, l’État serait tenu de recourir aux accusations et aux peines pénales afin d’en assurer le respect. La Cour a fait la mise en garde suivante dans l’arrêt *Maybrun* : « [p]lutôt que de favoriser la collaboration et la conciliation, qui sont parmi les objectifs essentiels de tels mécanismes administratifs, cela mènerait à un durcissement des rapports entre l’Administration et les citoyens » (*ibid.*). Qui plus est, permettre la contestation incidente des ordonnances administratives pourrait contrecarrer l’intention du législateur de s’en remettre à l’expertise et à l’expérience de certains décideurs. Comme l’a fait remarquer la Cour dans l’arrêt *Maybrun*, en permettant de court-circuiter les tribunaux administratifs, ou tout autre forum approprié, et de transporter le débat dans l’arène judiciaire, nous risquerions d’amener les tribunaux à se prononcer sur des questions qu’ils ne sont pas les mieux placés pour trancher (par. 43).

[29] Cela dit, le cadre d’analyse dégagé dans l’arrêt *Maybrun*, tout en mettant l’accent sur l’intention du législateur quant au forum approprié, accorde une grande importance à l’existence d’un moyen efficace de contester les ordonnances administratives. En effet, la Cour a souligné dans cet arrêt que la primauté du droit exige que « l’Administration exerce ses pouvoirs dans les limites prescrites par la loi ou encore que les citoyens disposent de recours appropriés leur permettant de faire valoir leurs droits », en particulier lorsque des sanctions pénales sont en jeu (par. 25 et 44). Par conséquent, « on doit [. . .] présumer que le législateur n’a pas eu pour intention de priver les citoyens affectés par les actes de l’Administration d’une possibilité adéquate de soulever l’invalidité d’une ordonnance » (par. 46). Lorsqu’il n’existe pas de mécanisme ou de forum pour contester de façon efficace la validité de l’ordonnance administrative en cause, il faut en conclure que le législateur a souhaité permettre la contestation incidente (par. 44 et 46).

[30] Compte tenu de ce qui précède, je m’inscris en faux contre la prétention de M. Bird selon laquelle, suivant le cadre établi dans l’arrêt *Maybrun*,

(A.F., at para. 57). Mr. Bird asserts that *Maybrun*'s focus on the legislature's intent "may be used to override . . . Charter rights. Where constitutionally protected rights are in issue, Parliament's intention may not be sufficiently determinative of the issue of whether a collateral attack should be permitted" (para. 57). *Maybrun* specifically recognizes that the legislature intends for individuals to have an opportunity to effectively assert their rights. In the *Charter* context, this means that the person challenging the order must be able to receive an effective remedy that will vindicate his or her *Charter* rights (see *R. v. 974649 Ontario Inc.*, 2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575, at para. 19; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at paras. 25 and 55; *Henry v. British Columbia (Attorney General)*, 2015 SCC 24, [2015] 2 S.C.R. 214, at para. 64). Where no such remedies are available, it must be inferred that the intention of the legislature is to permit a collateral attack.

[31] I would further observe that where an effective forum or mechanism *is* available for challenging an order, and a person takes issue with the order only after breaching it, he or she has not been denied the ability to fully defend against the charge if a collateral attack is refused. This is because the person *had* the opportunity to challenge the validity of the order through other means but failed to do so (see *Maybrun*, at paras. 60-61).

[32] To determine the legislator's intention as to the appropriate forum for challenging the validity of an administrative order, *Maybrun* identifies five non-exhaustive factors that may be considered by a court: (1) the wording of the statute under the authority of which the order was issued; (2) the purpose of the legislation; (3) the existence of a right of appeal; (4) the kind of collateral attack in light of the expertise or *raison d'être* of the administrative appeal tribunal; and (5) the penalty on a conviction for failing to comply with the order (*Maybrun*, at

[TRANSLATION] « [l']intention du législateur l'emporterait sur les droits protégés par la *Charte* » (m.a., par. 57). Selon M. Bird, l'importance accordée à l'intention du législateur dans l'arrêt *Maybrun* « pourrait servir à supplanter [. . .] les droits garantis par la *Charte*. Lorsque des droits protégés par la Constitution sont en jeu, l'intention du législateur pourrait bien ne pas être suffisamment précise pour déterminer si une contestation incidente devrait être permise » (par. 57). L'arrêt *Maybrun* reconnaît expressément que le législateur entend donner aux individus la possibilité de faire valoir leurs droits de façon efficace. Dans le contexte de la *Charte*, cela signifie que la personne qui conteste l'ordonnance doit pouvoir disposer d'un recours efficace qui lui permettra de faire valoir ses droits protégés par la *Charte* (voir *R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575, par. 19; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 25 et 55; *Henry c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2015 CSC 24, [2015] 2 R.C.S. 214, par. 64). À défaut d'un tel recours, il faut conclure que le législateur entendait permettre la contestation incidente.

[31] J'aimerais ajouter que la personne qui *bénéficie* d'un forum ou d'un mécanisme pour contester une ordonnance, et qui conteste cette dernière uniquement après y avoir contrevenu, n'aura pas été privée de la possibilité de se défendre pleinement contre l'accusation portée contre elle si cette contestation incidente est refusée. Il en est ainsi parce que, même si la personne ne s'en est pas prévaluée, elle *disposait* d'autres moyens pour contester la validité de l'ordonnance (*Maybrun*, par. 60-61).

[32] S'agissant de déterminer l'intention du législateur quant au forum approprié pour contester la validité d'une ordonnance administrative, l'arrêt *Maybrun* énumère cinq facteurs non exhaustifs qui peuvent être pris en considération par un tribunal : (1) les termes de la loi dont découle le pouvoir de rendre l'ordonnance; (2) l'objectif de la loi; (3) l'existence d'un droit d'appel; (4) la nature de la contestation incidente, eu égard à l'expertise et à la raison d'être de l'instance administrative d'appel, et (5) la sanction imposable pour défaut

paras. 45-49; *Klippert*, at para. 13). The factors are “not independent and absolute criteria, but important clues, among others, for determining the legislature’s intention” (*Maybrun*, at para. 46).

B. *Applying the Maybrun Framework to the Case at Hand: The Five Factors*

- (1) Factor One: The Wording of the Statute Under the Authority of Which the Order Was Issued; and (2) Factor Two: The Purpose of the Legislation

[33] I begin with the first two factors, “the wording of the statute under the authority of which the order was issued” and “the purpose of the legislation”.

[34] The Parole Board imposed the residency condition on Mr. Bird’s LTSO pursuant to s. 134.1(2) of the *CCRA*, which permits the Parole Board to “establish conditions for the long-term supervision of the offender that it considers reasonable and necessary in order to protect society and to facilitate the successful reintegration into society of the offender”. An LTSO is a form of conditional release governed by the *CCRA*: *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433, at para. 47. The sentencing court establishes only the length of an LTSO (*ibid.*, at para. 44). The specific conditions of long-term supervision are a combination of what the *CCRA* prescribes and what the Parole Board orders pursuant to its authority under s. 134.1(2) of the *CCRA* (C.A. reasons, at para. 22).

[35] Long-term supervision applies to two exceptional groups of offenders: long-term offenders and dangerous offenders. Both groups pose an elevated risk to the community (*R. v. Steele*, 2014 SCC 61, [2014] 3 S.C.R. 138, at para. 28). A court can designate an offender as a long-term offender where the offender has been convicted of an offence for which a sentence of two years or more is appropriate, there is a substantial risk that the offender will reoffend and there is a reasonable possibility of eventual control of that risk in the community (s. 753.1(1) of the

d’ avoir respecté l’ordonnance (*Maybrun*, par. 45-49; *Klippert*, par. 13). Ces facteurs « ne représentent pas des critères autonomes et absolus, mais plutôt des indices importants, parmi d’autres, permettant de cerner l’intention législative » (*Maybrun*, par. 46).

B. *Application à la présente espèce du cadre d’analyse énoncé dans l’arrêt Maybrun : les cinq facteurs*

- (1) Premier facteur : les termes de la loi dont découle le pouvoir de rendre l’ordonnance; et (2) deuxième facteur : l’objectif de la loi

[33] Je vais commencer par les deux premiers facteurs, soit « les termes de la loi dont découle le pouvoir de rendre l’ordonnance » et « l’objectif de la loi ».

[34] La Commission a prévu l’assignation à résidence dans l’OSLD de M. Bird en vertu du par. 134.1(2) de la *LSCMLSC*, qui lui permet d’« imposer au délinquant les conditions de surveillance qu’elle juge raisonnables et nécessaires pour protéger la société et favoriser la réinsertion sociale du délinquant ». Une OSLD est une forme de mise en liberté sous condition régie par la *LSCMLSC* : *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433, par. 47. Le tribunal chargé de la détermination de la peine établit uniquement la durée de l’OSLD (*ibid.*, par. 44). Les conditions précises de la surveillance de longue durée sont une combinaison de ce que prescrit la *LSCMLSC* et de ce que la Commission ordonne en vertu du pouvoir que lui confère le par. 134.1(2) de la *LSCMLSC* (motifs de la Cour d’appel, par. 22).

[35] La surveillance de longue durée s’applique à deux groupes exceptionnels de délinquants : les délinquants à contrôler et les délinquants dangereux. Ceux qui appartiennent à ces deux groupes présentent un risque élevé pour la collectivité (*R. c. Steele*, 2014 CSC 61, [2014] 3 R.C.S. 138, par. 28). Le tribunal peut déclarer que le délinquant est un délinquant à contrôler s’il y a lieu de lui imposer une peine minimale d’emprisonnement de deux ans pour l’infraction dont il a été déclaré coupable, que s’il présente un risque élevé de récidive et s’il existe une

Criminal Code; Ipeelee, at para. 44). If a court finds an offender to be a long-term offender, the court must impose a term of imprisonment and order that the offender be subject to a period of long-term supervision: s. 753.1(3) of the *Criminal Code*.

[36] Dangerous offenders are offenders who have been convicted of a serious personal injury offence and whose “past conduct and patterns of behaviour show that they constitute a threat to the life, safety or physical or mental well-being of other persons (s. 753(1)(a)), or that their failure to control sexual impulses means that they are likely to cause injury, pain or other evil to other persons (s. 753(1)(b))” (*Steele*, at para. 28; see also *R. v. Boutilier*, 2017 SCC 64, [2017] 2 S.C.R. 936, at paras. 16-18). A sentencing court may, on finding an offender to be a dangerous offender, decide to impose a term of imprisonment and a period of long-term supervision instead of an indeterminate sentence of imprisonment if the court determines that long-term supervision will adequately protect the public against the risk the dangerous offender poses (s. 753(4) and (4.1); *Steele*, at para. 31).

[37] In *Ipeelee*, this Court recognized two specific objectives of long-term supervision: (1) to protect the public from the risk of re-offence by long-term and dangerous offenders; and (2) to rehabilitate these offenders and reintegrate them into the community (para. 48). An LTSO controls the risk to public safety posed by long-term and dangerous offenders in the community, which is why the breach of an LTSO is deemed to be a more serious offence than the breach of a probation order (*Ipeelee*, at paras. 53-54). As G. R. Clewley, P. G. McDermott and R. E. Young note in *Sentencing: The Practitioner’s Guide* (loose-leaf): “[t]he breach of a long-term supervision order is taken very seriously, because by definition the offenders on these orders have committed violent and/or sexual offences and pose some risk to the community” (p. 13-57). Under s. 753.3(1) of the *Criminal Code*, the breach of a condition of an

possibilité réelle que ce risque puisse être maîtrisé au sein de la collectivité (*Code criminel*, par. 753.1(1); *Ipeelee*, par. 44). S’il déclare que le délinquant est un délinquant à contrôler, le tribunal doit lui infliger une peine d’emprisonnement et ordonner qu’il soit soumis à une surveillance de longue durée : *Code criminel*, par. 753.1(3).

[36] Un délinquant dangereux est une personne qui a été déclarée coupable de sévices graves à la personne et dont « [l]es actes et [l]es comportements antérieurs démontrent qu’elle constitue un danger pour la vie, la sécurité ou le bien-être physique ou mental de qui que ce soit (al. 753(1)a) », ou dont « [l’]incapacité à contrôler ses impulsions sexuelles laisse prévoir qu’elle causera vraisemblablement des sévices ou d’autres maux à d’autres personnes (al. 753(1)b) » (*Steele*, par. 28; voir aussi *R. c. Boutilier*, 2017 CSC 64, [2017] 2 R.C.S. 936, par. 16-18). Le tribunal chargé de la détermination de la peine peut, s’il déclare qu’un délinquant est un délinquant dangereux, décider de lui infliger une peine d’emprisonnement ainsi qu’une période de surveillance de longue durée plutôt qu’une peine d’emprisonnement d’une durée indéterminée, s’il juge que la surveillance de longue durée protégera suffisamment le public du risque posé par ce délinquant (par. 753(4) et (4.1); *Steele*, par. 31).

[37] Dans l’arrêt *Ipeelee*, la Cour a reconnu deux objectifs particuliers de la surveillance de longue durée : (1) la protection du public contre le risque de récidive posé par les délinquants à contrôler et les délinquants dangereux, et (2) la réadaptation et la réinsertion sociale de ces délinquants (par. 48). L’OSLD contrôle le risque que présentent pour la sécurité du public les délinquants à contrôler et les délinquants dangereux lorsqu’ils se trouvent dans la collectivité, ce qui explique pourquoi la violation d’une OSLD est réputée être une infraction plus grave que la violation d’une ordonnance de probation (*Ipeelee*, par. 53-54). Comme le soulignent G. R. Clewley, P. G. McDermott et R. E. Young dans l’ouvrage *Sentencing : The Practitioner’s Guide* (feuilles mobiles) : [TRADUCTION] « [l]a violation d’une ordonnance de surveillance de longue durée est prise très au sérieux, parce que, par définition,

LTSO is an indictable offence punishable by a term of imprisonment of up to 10 years.

[38] In my view, it would undermine the purposes of long-term supervision if offenders were allowed to take a “breach first, challenge later” approach to the conditions of their LTSOs. The conditions of an LTSO are imposed to reduce to an acceptable level the elevated risk posed by long-term offenders and dangerous offenders in the community. When offenders breach these conditions, they expose the public to this risk. Bearing this in mind, I find it hard to conceive that Parliament could have intended to permit long-term and dangerous offenders to take a “breach first, challenge later” approach to their LTSO conditions, thereby exposing the community to the very dangers those conditions were intended to address. Moreover, breaches are likely to be antithetical to the offender’s rehabilitation, given that conditions are imposed, at least in part, to facilitate the offender’s successful reintegration into the community. In sum, permitting a “breach first, challenge later” approach in this context undermines not only the community’s interests, but also those of the offender. This outcome is inconsistent with the objectives of the long-term supervision regime and, to that extent, strongly indicates that Parliament did not intend to permit collateral attacks.

[39] Mr. Bird rebuffs the concern that permitting collateral attacks in this context will place the community at risk. In his view, it “strains credulity to assume that an offender would be willing to gamble up to ten years of his or her life by breaching a condition instead of taking the easier step of applying to vary it” (A.F., at para. 32). But that is effectively what Mr. Bird did in this case: instead of “taking the easier step” of applying to vary his residency condition, he challenged that condition only *after* having

les délinquants visés par ces ordonnances ont commis des infractions violentes ou d’ordre sexuel, et présentent un certain risque pour la collectivité » (p. 13-57). Selon le par. 753.3(1) du *Code criminel*, le défaut de se conformer à une condition d’une OSLD est un acte criminel passible d’un emprisonnement maximal de 10 ans.

[38] Selon moi, permettre aux délinquants d’adopter une approche qui consisterait à « contrevenir d’abord, pour ensuite contester » les conditions de l’OSLD minerait l’objet de la surveillance de longue durée. Assortir une OSLD de conditions vise à réduire à un niveau acceptable le risque élevé que présentent les délinquants à contrôler et les délinquants dangereux pour la collectivité. Lorsqu’un délinquant enfreint une de ces conditions, il expose le public à ce risque. J’ai donc de la difficulté à concevoir que le Parlement aurait pu avoir l’intention de permettre aux délinquants à contrôler et aux délinquants dangereux d’adopter l’approche qui consiste à « contrevenir d’abord, pour ensuite contester » relativement aux conditions d’une OSLD, exposant ainsi la collectivité aux dangers mêmes auxquels ces conditions étaient destinées à faire face. Qui plus est, la contravention aux conditions par le délinquant est vraisemblablement antithétique à sa réadaptation parce qu’elles lui ont été imposées, du moins en partie, pour faciliter sa réinsertion dans la collectivité. En somme, le fait de permettre l’approche qui consiste à « contrevenir d’abord, pour ensuite contester » dans ce contexte saperait non seulement les intérêts de la collectivité, mais aussi ceux du délinquant. Ce résultat est incompatible avec les objectifs du régime de surveillance de longue durée et, dans cette mesure, indique clairement que le Parlement n’avait pas l’intention de permettre les contestations incidentes.

[39] M. Bird nie qu’en permettant les contestations incidentes dans le présent contexte, la collectivité sera exposée à un risque. Selon lui, il est [TRADUCTION] « difficile d’imaginer qu’un délinquant soit prêt à risquer jusqu’à dix ans de sa vie en violant une condition, plutôt que d’opter pour la voie plus simple et de demander qu’elle soit modifiée » (m.a., par. 32). Or, c’est précisément ce que M. Bird a fait en l’espèce : plutôt que « d’opter pour la voie plus simple » en demandant la modification

beached it. To be clear, I do not suggest that in taking a “breach first, challenge later” approach, Mr. Bird surveyed his options and made a deliberate and tactical choice to challenge his residency condition by breaching it, viewing that course of action as the most advantageous. Rather, I am simply focussing on Mr. Bird’s actions, which speak for themselves: he challenged his residency condition only *after* having breached it. The question before this Court is not *why* he took this course of action, but rather whether Parliament intended that he be permitted to do so.

[40] After leaving Oskana Centre, Mr. Bird was at large and unsupervised in the community for over two months. It should be recalled that the Parole Board was satisfied that, based on Mr. Bird’s “lengthy history of violence causing physical harm to [his] victims”, his “use of weapons during the commission of many of [his] offences” and his “numerous failed releases” (A.R., vol. II, at p. 69), Mr. Bird required the structure and supervision of a community correctional centre or community residential centre. In breaching the residency condition of his LTSO, Mr. Bird exposed the public to a risk of violent re-offence that the Parole Board deemed unacceptable.

[41] I would also point out that Mr. Bird breached his residency condition a second time. After the trial judge acquitted Mr. Bird of breaching the residency condition of his LTSO on February 19, 2016, the trial judge did not quash or vary the residency condition (trial reasons, at para. 41). The residency condition remained unchanged and accordingly, Mr. Bird was returned to Oskana Centre to finish the remainder of his residency condition. On or about March 18, 2016, Mr. Bird left Oskana Centre again, in breach of his residency condition. He was arrested on April 11, 2016, when the police were dispatched to a residence regarding a report of a disturbance. The police observed a woman in the residence who appeared to

de son assignation à résidence, il a contesté cette dernière seulement *après* y avoir dérogé. Pour être clair, je ne suggère pas qu’en adoptant l’approche qui consiste à « contrevenir d’abord, pour ensuite contester », M. Bird a examiné ses options et a fait le choix délibéré et tactique de contester son assignation à résidence en y contrevenant, considérant cette façon de faire comme la plus avantageuse. Je me concentre plutôt sur les actions de M. Bird, qui parlent d’elles même : il n’a contesté son assignation à résidence qu’*après* y avoir dérogé. La question que doit trancher la Cour n’est pas celle de savoir *pourquoi* il a adopté cette ligne de conduite, mais plutôt si le Parlement avait l’intention de l’autoriser à le faire.

[40] Après avoir quitté le centre Oskana, M. Bird a été en liberté sans surveillance dans la collectivité, et ce pendant plus de deux mois. Il convient de rappeler que, selon la Commission, compte tenu du [TRADUCTION] « lourd passé [de M. Bird] en matière de violence occasionnant des préjudices corporels à ses victimes », de son « utilisation d’armes lors de la commission d’un grand nombre des infractions qu’il a commises », et de ses « nombreuses libérations infructueuses » (d.a., vol. II, p. 69), M. Bird avait besoin de la structure et de la surveillance que peuvent offrir un centre correctionnel communautaire ou un centre résidentiel communautaire. En contrevenant à l’assignation à résidence prévue dans son OSLD, M. Bird a exposé le public à un risque de récidive violente, risque que la Commission a jugé inacceptable.

[41] J’aimerais aussi souligner que M. Bird a enfreint son assignation à résidence à une autre reprise. Après qu’il eut acquitté M. Bird d’avoir contrevenu à l’assignation à résidence prévue dans l’OSLD dont il était l’objet, le 19 février 2016, le juge de première instance n’a ni annulé ni modifié l’assignation en question (motifs de première instance, par. 41). Ainsi, M. Bird est retourné au centre Oskana pour y terminer son assignation à résidence. Le ou vers le 18 mars 2016, M. Bird a de nouveau quitté le centre Oskana, contrevenant ainsi une fois de plus à l’assignation en question. Il a été arrêté le 11 avril 2016, lorsque des policiers ont été appelés à une résidence où du tapage avait été signalé. Les policiers y ont vu

be crying and entered the residence to check on her welfare, where they found and arrested Mr. Bird.

[42] In my view, it is plain and obvious that allowing offenders like Mr. Bird to object to conditions of their LTSOs by taking a “breach first, challenge later” approach puts the community at risk and may compromise the offender’s rehabilitation. Moreover, it could have the detrimental effect of reducing the availability of long-term supervision for dangerous offenders, thus further undermining the objectives of the long-term supervision regime. As this Court stated in *R. v. Johnson*, 2003 SCC 46, [2003] 2 S.C.R. 357, long-term supervision is designed to protect society from the threat that the offender currently poses without having to resort to “the blunt instrument of indeterminate detention” (para. 32). As noted above, a court may order that a dangerous offender receive a specified term of imprisonment combined with long-term supervision instead of an indeterminate sentence of imprisonment (*Steele*, at para. 31). This, however, will occur only if the court is satisfied that long-term supervision will adequately protect the public against the risk posed by the dangerous offender (*Steele*, at para. 28). If dangerous offenders are permitted to take a “breach first, challenge later” approach to the conditions of their LTSOs, sentencing courts may become concerned about the manageability of dangerous offenders within the community, which in turn could lead to the imposition of more indeterminate sentences of imprisonment.

[43] In my view, then, the first two factors of the *Maybrun* framework — the wording of the statute under which the order was issued and the purpose of the legislation — strongly indicate that Parliament did not intend for long-term and dangerous offenders to take issue with residency conditions of long-term supervision through collateral attacks.

une femme qui semblait en pleurs et ils sont entrés pour s’enquérir de son bien-être. C’est alors qu’ils y ont trouvé M. Bird et l’ont arrêté.

[42] Selon moi, il est évident que de permettre à des délinquants comme M. Bird de s’opposer aux conditions de leur OSLD en recourant à la stratégie consistant à « contrevenir d’abord, pour ensuite contester » expose la collectivité à un risque et peut compromettre leur réadaptation. Cela pourrait également avoir l’inconvénient de réduire l’accès pour les délinquants dangereux à la surveillance de longue durée, ce qui minerait encore plus les objectifs de ce régime. Comme la Cour l’a affirmé dans l’arrêt *R. c. Johnson*, 2003 CSC 46, [2003] 2 R.C.S. 357, la surveillance de longue durée vise à protéger la société de la menace que les délinquants présentent actuellement, et ce, sans recourir à « la mesure radicale qu’est la peine de détention d’une durée indéterminée » (par. 32). Comme je l’ai mentionné, le tribunal peut condamner les délinquants dangereux à une peine d’emprisonnement d’une durée déterminée, combinée à une surveillance de longue durée, plutôt qu’à une peine d’emprisonnement d’une durée indéterminée (*Steele*, par. 31). Cependant, le tribunal ne le fera que s’il est convaincu que la surveillance de longue durée protégera adéquatement le public du risque que pose ce type de délinquants (*Steele*, par. 28). Si ces derniers pouvaient adopter relativement aux conditions de leur OSLD l’approche qui consiste à « contrevenir d’abord, pour ensuite contester », les tribunaux chargés de la détermination de la peine pourraient en venir à douter de la capacité de gérer les délinquants dangereux dans la collectivité, ce qui pourrait entraîner l’imposition d’un plus grand nombre de peines d’emprisonnement à durée indéterminée.

[43] Selon moi, les deux premiers facteurs du cadre d’analyse établi dans l’arrêt *Maybrun* — les termes de la loi dont découle le pouvoir de rendre l’ordonnance et l’objectif de la loi — suggèrent donc fortement que le législateur n’avait pas l’intention que les délinquants à contrôler et les délinquants dangereux puissent s’opposer à l’assignation à résidence de la surveillance de longue durée au moyen d’une contestation incidente.

(3) Factor Three: The Existence of a Right of Appeal

[44] I turn now to the third *Maybrun* factor, “the existence of a right of appeal”. In my view, this factor permits a court to consider not only the existence of a right of appeal to an administrative appeal tribunal, but also the existence of *other* effective mechanisms or forums for challenging the order at issue.

[45] The Court of Appeal noted and the parties conceded that there is no right of appeal under the *CCRA* from a decision of the Parole Board concerning the conditions of an LTSO (C.A. reasons, at para. 52). I approach this matter on that basis.

[46] Mr. Bird points out that in *Maybrun* and *Klippert*, there was a right of appeal to an administrative appeal tribunal. Given that there is no right of appeal to the Appeal Division of the Parole Board, Mr. Bird argues that the third *Maybrun* factor has “little, if any, application in this case” (A.F., at para. 34). However, it must be remembered that the focus under the *Maybrun* framework is on “the legislature’s intention as to the appropriate forum for raising the validity of an administrative order” (para. 52). As indicated, *Maybrun* was careful to state that the listed factors were not “absolute criteria, but important clues, among others, for determining the legislature’s intention” (para. 46). Likewise, in *Klippert*, the Court emphasized that “[t]he determination of legislative intent is never a mechanical act, and an inflexible formula cannot be applied in carrying it out” (para. 14). In certain administrative contexts, the legislature may intend for people to challenge the validity of an administrative order by means other than an appeal to an administrative tribunal. Therefore, in my view, a court can consider other review mechanisms or forums under this factor.

[47] That being said, these review mechanisms or forums must permit the person to assert his or her

(3) Troisième facteur : l’existence d’un droit d’appel

[44] Je passe maintenant au troisième facteur énoncé dans l’arrêt *Maybrun*, soit celui relatif à « l’existence d’un droit d’appel ». Selon moi, ce facteur permet au tribunal de tenir compte non seulement de l’existence d’un droit d’appel auprès d’un tribunal administratif d’appel, mais aussi de l’existence d’autres mécanismes efficaces ou forums pour contester l’ordonnance en cause.

[45] La Cour d’appel a mentionné, et les parties ont admis, que la *LSCMLSC* ne prévoit pas de droit d’appel de la décision de la Commission en ce qui a trait aux conditions dont est assortie une OSLD (motifs de la Cour d’appel, par. 52). C’est sous cet angle que j’examinerai la question.

[46] M. Bird fait valoir que, dans les affaires *Maybrun* et *Klippert*, il existait un droit d’appel devant un tribunal administratif d’appel. Puisqu’il n’existe pas de droit d’appel devant la section d’appel de la Commission, il prétend que le troisième facteur de l’arrêt *Maybrun* a [TRADUCTION] « peu d’application en l’espèce, voir aucune » (m.a., par. 34). Cependant, on doit se rappeler que le cadre d’analyse énoncé dans l’arrêt *Maybrun* met l’accent sur « l’intention législative quant au forum approprié pour soulever la validité d’une ordonnance administrative » (par. 52). Comme je l’ai mentionné, la Cour a pris soin d’y préciser que les facteurs énumérés n’étaient pas des « critères [...] absolus, mais plutôt des indices importants, parmi d’autres, permettant de cerner l’intention législative » (par. 46). De même, dans l’arrêt *Klippert*, la Cour a souligné que « [l]a recherche de l’intention législative n’est jamais un acte mécanique et on ne saurait pour y parvenir recourir à quelque formule rigide » (par. 14). Dans certains contextes administratifs, le législateur peut vouloir que la personne en cause soit en mesure de contester la validité d’une ordonnance administrative autrement qu’en interjetant appel devant un tribunal administratif. J’estime donc que, selon ce facteur, le tribunal peut tenir compte de l’existence d’autres mécanismes ou forums d’examen.

[47] Cela étant dit, ces mécanismes ou forums d’examen doivent permettre à la personne de faire

rights and challenge the administrative order effectively. As indicated, under the *Maybrun* framework, it must be presumed that the legislature intends citizens affected by government actions to have “an adequate opportunity to raise the validity of the order” (para. 46). To provide an effective means of challenging an administrative order, the review mechanisms must give the person access to an effective remedy. This is particularly important when a person alleges that the administrative order violates his or her constitutional rights. As noted, a person must always have access to an effective remedy that will vindicate his or her *Charter* rights.

[48] Before this Court, Mr. Bird asserts that the residency condition in his case infringed his rights under ss. 7, 9 and/or 11(h) of the *Charter*. He argues that because a community correctional centre meets the definition of a penitentiary under the *CCRA*, the residency condition is not authorized under s. 134.1(2) of the *CCRA* and is inconsistent with the objectives of long-term supervision. He maintains that the purpose of long-term supervision is to release people into the community, not to a penitentiary (see transcript, at p. 23).

[49] To the extent that Mr. Bird seeks to rely on the *Charter* as a basis for challenging the residency condition, the record indicates that he had at least two and possibly three viable options open to him. First, Mr. Bird could have written to the Parole Board to ask it to vary or remove the condition. Second, he could have applied for judicial review in the Federal Court (although, as I will explain, this may not have provided an effective remedy). And third, he could have applied to the provincial superior court for *habeas corpus*. I therefore respectfully disagree with the assertion by the intervener Aboriginal Legal Services Inc. that Mr. Bird “had virtually no means to challenge the decision to any body anywhere” (I.F., at para. 30). Taken collectively, these mechanisms provided Mr. Bird with an effective means to challenge the residency condition.

valoir ses droits et de contester efficacement l’ordonnance administrative. Tel que je l’ai mentionné, suivant le cadre d’analyse établi dans l’arrêt *Maybrun*, il faut présumer que le législateur a l’intention que les citoyens touchés par les mesures gouvernementales disposent « d’une possibilité adéquate de faire valoir l’invalidité d’une ordonnance » (par. 46). Pour constituer un tel moyen, les mécanismes d’examen doivent donner accès à un recours efficace. Cela est particulièrement important lorsque la personne allègue que l’ordonnance administrative viole ses droits protégés par la Constitution. Rappelons que le justiciable en cause doit toujours avoir accès à un recours efficace qui lui permette de faire valoir ses droits protégés par la *Charte*.

[48] Devant la Cour, M. Bird fait valoir que l’assignation à résidence en cause portait atteinte à ses droits garantis par les art. 7 et 9, ainsi que par l’al. 11h) de la *Charte*. Il prétend que, parce qu’un centre correctionnel communautaire répond à la définition de « pénitencier » au sens de la *LSCMLSC*, l’assignation à résidence ne peut être imposée en vertu du par. 134.1(2) de la *LSCMLSC*, et n’est pas compatible avec les objectifs de la surveillance de longue durée. Il soutient que l’objectif de la surveillance de longue durée est de relâcher les délinquants dans la collectivité, et non dans un pénitencier (voir la transcription, p. 23).

[49] Dans la mesure où M. Bird se fonde sur la *Charte* pour contester l’assignation à résidence, je précise que, selon le dossier, il disposait d’au moins deux, voire de trois, solutions de rechange viables. Premièrement, M. Bird aurait pu écrire à la Commission pour lui demander de modifier ou d’annuler l’assignation. Deuxièmement, il aurait pu présenter une demande de contrôle judiciaire à la Cour fédérale (quoique, comme j’expliquerai, ce recours aurait pu s’avérer inefficace). Troisièmement, il aurait pu présenter une demande d’*habeas corpus* devant la cour supérieure provinciale. Par conséquent, je ne peux souscrire à l’affirmation de l’intervenant Aboriginal Legal Services Inc., selon laquelle M. Bird [TRADUCTION] « n’avait pratiquement aucun moyen de contester la décision devant qui que ce soit et où que ce soit » (m.i., par. 30). Considérés ensemble, ces mécanismes offraient à M. Bird un moyen efficace de contester l’assignation à résidence.

(a) *Writing to the Parole Board*

[50] Mr. Bird could have written to the Parole Board and requested that his residency condition be varied or removed. Under s. 134.1(4) of the *CCRA*, the Parole Board can remove or vary any condition of long-term supervision. Mr. Bird was expressly advised of this opportunity in writing before his long-term supervision came into effect. In the cover letter sent to Mr. Bird on July 24, 2014, which attached the Parole Board’s reasons for its decision to impose the residency condition, the Parole Board stated that:

You may apply to the Parole Board of Canada to be relieved of any of your conditions or request that the Board vary the terms of any of your conditions of Long Term Supervision Order. Upon receipt of your application and an updated report from your Parole Officer, with whom you should discuss your request, your file will be referred to the Board for voting and subsequently you will be advised of the outcome. To ensure that your request receives complete consideration, please fully document the reasons for your request. [Emphasis added.]

(A.R., vol. II, at p. 67)

[51] This letter gave Mr. Bird ample notice of the residency condition — more than five months — before his LTSO came into effect on January 7, 2015. During those five months, he could have written to the Parole Board and requested that the Parole Board vary or remove the condition so that he would not be placed in a community correctional centre.

[52] Mr. Bird does not contest that the Parole Board must exercise its statutory authority in conformity with the *Charter* and has jurisdiction to consider *Charter* issues and grant an appropriate remedy. In *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765, this Court stated that “administrative tribunals with the power to decide questions of law, and from whom

a) *Lettre à la Commission*

[50] M. Bird aurait pu écrire à la Commission et lui demander que l’assignation à résidence qu’on lui avait imposée soit modifiée ou annulée. En effet, en vertu du par. 134.1(4) de la *LSCMLSC*, la Commission peut modifier ou annuler toute condition dont est assortie la surveillance de longue durée. M. Bird a été expressément avisé par écrit de cette possibilité avant l’entrée en vigueur de sa surveillance de longue durée. Dans la lettre de présentation datée du 24 juillet 2014 qui a été transmise à M. Bird, et à laquelle étaient joints ses motifs à l’appui de sa décision d’imposer l’assignation à résidence, la Commission a écrit ceci :

[TRADUCTION] Vous pouvez présenter une demande à la Commission des libérations conditionnelles du Canada en vue d’être soustrait à l’une ou l’autre de vos conditions, ou pour lui demander de modifier l’une ou l’autre des conditions de l’ordonnance de surveillance de longue durée dont vous faites l’objet. Dès réception de votre demande et d’un rapport à jour de votre agent de libération conditionnelle, avec qui vous devriez discuter de votre demande, votre dossier sera transmis à la Commission qui tiendra un vote. Par la suite, vous serez informé du résultat du processus en question. Afin que votre demande puisse faire l’objet d’un examen complet, veuillez préciser les raisons qui la motivent. [Je souligne.]

(d.a., vol. II, p. 67)

[51] Cette lettre donnait à M. Bird un avis amplement suffisant de l’assignation à résidence puisqu’elle précédait de plus de cinq mois la date d’entrée en vigueur de son OSLD, soit le 7 janvier 2015. Au cours de ces cinq mois, il aurait pu écrire à la Commission pour lui demander de modifier ou d’annuler la condition, de sorte qu’il ne soit pas placé dans un centre correctionnel communautaire.

[52] M. Bird ne conteste pas que la Commission doit exercer le pouvoir que lui confère la loi en conformité avec la *Charte* et qu’elle a compétence pour examiner des questions relatives à la *Charte* et accorder des réparations appropriées à cet égard. Dans l’arrêt *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765, la Cour a déclaré qu’un « tribunal

constitutional jurisdiction has not been clearly withdrawn, have the authority to resolve constitutional questions that are linked to matters properly before them” (para. 78). This includes *Charter* issues and *Charter* remedies (*ibid.*, at para. 81).

[53] It is clear that the Parole Board has the power to decide questions of law. For example, s. 147(1) of the *CCRA* provides that an offender may appeal a decision of the Parole Board to the Appeal Division on the ground that the Parole Board, in making its decision, “failed to observe a principle of fundamental justice” or “made an error of law”. This language indicates that the Parole Board has the power to decide legal questions (see *Conway*, at para. 84, citing *Nova Scotia (Workers’ Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504; see also *Quebec (Attorney General) v. Quebec (Human Rights Tribunal)*, 2004 SCC 40, [2004] 2 S.C.R. 223, and *Mooring v. Canada (National Parole Board)*, [1996] 1 S.C.R. 75, at para. 89). In addition, there is nothing in the *CCRA* that indicates that Parliament intended to withdraw *Charter* jurisdiction from the scope of the Parole Board’s mandate. In the wake of *Conway*, I am satisfied that the Parole Board has the jurisdiction to decide *Charter* issues and grant *Charter* remedies and is therefore a court of competent jurisdiction under s. 24(1) of the *Charter* (para. 22).

[54] I acknowledge that in *Mooring*, this Court decided that the Parole Board was not a court of competent jurisdiction for the purpose of excluding evidence under s. 24(2) of the *Charter* (para. 32). In that decision, the Court found that the Parole Board did not have the authority under its statutory scheme to grant this remedy (paras. 25-29). In my view, *Mooring* did not decide whether the Parole Board could award *Charter* remedies generally. As this Court explained in *Conway*, the threshold question is whether the tribunal has the jurisdiction to award *Charter* remedies generally and is therefore

administratif possédant le pouvoir de trancher des questions de droit et dont la compétence constitutionnelle n’est pas clairement écartée peut résoudre une question constitutionnelle se rapportant à une affaire dont il est régulièrement saisi » (par. 78). Cela comprend les questions liées à la *Charte* et les réparations fondées sur cette dernière (*ibid.*, par. 81).

[53] Il ne fait aucun doute que la Commission a le pouvoir de trancher des questions de droit. À titre d’exemple, le par. 147(1) de la *LSCMLSC* prévoit qu’un délinquant visé par une décision de la Commission peut interjeter appel auprès de la Section d’appel au motif que la Commission, en rendant sa décision, « a violé un principe de justice fondamentale » ou « a commis une erreur de droit ». Ce libellé démontre que la Commission a le pouvoir de trancher des questions de droit (voir *Conway*, par. 84, citant *Nouvelle-Écosse (Workers’ Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504; voir aussi *Québec (Procureur général) c. Québec (Tribunal des droits de la personne)*, 2004 CSC 40, [2004] 2 R.C.S. 223, et *Mooring c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1996] 1 R.C.S. 75, par. 89). En outre, rien dans la *LSCMLSC* n’indique que le législateur avait l’intention de soustraire l’application de la *Charte* à la compétence de la Commission. Dans la foulée de l’arrêt *Conway*, je conclus donc que la Commission a compétence pour trancher des questions relatives à la *Charte* et accorder des réparations fondées sur celle-ci, et qu’il s’agit donc d’un tribunal compétent au sens où il faut l’entendre pour l’application du par. 24(1) de la *Charte* (par. 22).

[54] Je reconnais que, dans l’arrêt *Mooring*, la Cour a jugé que la Commission n’était pas un tribunal compétent pour écarter des éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte* (par. 32). Dans cet arrêt, la Cour a en effet conclu que la loi constituant la Commission ne donnait pas à celle-ci compétence pour accorder cette réparation (par. 25-29). Selon moi, l’arrêt *Mooring* n’a toutefois pas décidé si la Commission pouvait, de façon générale, accorder des réparations fondées sur la *Charte*. Comme la Cour l’a expliqué dans l’arrêt *Conway*, il faut commencer par déterminer si le tribunal a,

a court of competent jurisdiction (paras. 22 and 81). If the tribunal does have the jurisdiction to award *Charter* remedies generally, the remaining question is whether the tribunal can grant the particular remedy sought, given the relevant statutory scheme (para. 82). As such, this Court's decision in *Mooring* does not prevent a determination that the Parole Board can grant other *Charter* remedies. Whether, in light of *Conway*, *Mooring* remains good law is best left for another day.

[55] In sum, there is nothing to indicate that Mr. Bird could not have written to the Parole Board and requested that it reconsider its original decision on the basis that it did not comply with the *Charter*. It was open to the Parole Board to grant an appropriate remedy to Mr. Bird by varying or removing the residency condition. I accept that, in doing so, Mr. Bird would be asking the same body that made the decision to reconsider it, which is not the same as a right of appeal to a body which is independent from the original decision-maker, such as an administrative appeal tribunal, as was the case in *Maybrun* and *Klippert*. In those decisions, the Court specifically noted that the relevant statutory schemes provided a right of appeal to an independent specialized tribunal (see *Maybrun*, at para. 56; *Klippert*, at para. 17). But, as I will explain, Mr. Bird could have applied for *habeas corpus* in a provincial superior court. He could also have applied for judicial review in the Federal Court, subject to the concerns discussed below.

(b) *Applying for Judicial Review in the Federal Court*

[56] Under s. 18(1) of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, the Federal Court has exclusive jurisdiction to issue, *inter alia*, a writ of *certiorari* or grant declaratory relief against a federal board, commission or tribunal, which includes the Parole Board. Such relief may be granted on *Charter* grounds. That said, two of the interveners assert that judicial review in the Federal Court may not have offered timely relief to Mr. Bird. In addition, counsel for Mr. Bird

de façon générale, une telle compétence et s'il est, en conséquence, un tribunal compétent (par. 22 et 81). Si tel est le cas, il faut ensuite se demander s'il peut accorder la réparation précise demandée eu égard au régime législatif applicable (par. 82). Ainsi, l'arrêt *Mooring* n'empêche pas de conclure que la Commission peut accorder d'autres réparations fondées sur la *Charte*. Cela dit, il est préférable d'attendre une autre occasion pour trancher la question de savoir si, à la lumière de l'arrêt *Conway*, l'arrêt *Mooring* est toujours valide en droit.

[55] Bref, rien ne donne à penser que M. Bird ne pouvait pas écrire à la Commission pour lui demander de réexaminer sa décision initiale, au motif que celle-ci n'était pas conforme à la *Charte*. La Commission aurait pu lui accorder une réparation appropriée, en modifiant ou en annulant l'assignation à résidence. Je reconnais que, en agissant ainsi, M. Bird aurait demandé à l'organisme qui a rendu la décision de la réexaminer, ce qui n'est pas équivalent à l'exercice d'un droit d'appel devant un organisme indépendant du décideur initial, tel qu'un tribunal administratif d'appel, comme c'était le cas dans les arrêts *Maybrun* et *Klippert*. Certes, dans ces arrêts, la Cour a expressément mentionné que les régimes législatifs applicables prévoyaient un droit d'appel devant un tribunal spécialisé indépendant (*Maybrun*, par. 56; *Klippert*, par. 17). Toutefois, comme je l'expliquerai, M. Bird aurait pu présenter une demande d'*habeas corpus* devant une cour supérieure provinciale. Il aurait aussi pu présenter une demande de contrôle judiciaire à la Cour fédérale, sous réserve des préoccupations abordées dans les lignes qui suivent.

(b) *Demande de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale*

[56] Le paragraphe 18(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, c. F-7, confère à la Cour fédérale la compétence exclusive pour, entre autres, décerner un bref de *certiorari* ou rendre un jugement déclaratoire contre tout office fédéral, ce qui comprend la Commission. Une telle réparation peut être accordée pour des motifs fondés sur la *Charte*. Cela dit, deux des intervenants affirment qu'un contrôle judiciaire devant la Cour fédérale n'aurait peut-être

and the David Asper Centre for Constitutional Rights (“David Asper Centre”) raise concerns about the accessibility of judicial review proceedings to Mr. Bird.

[57] The interveners, the David Asper Centre and the Canadian Civil Liberties Association, argue that by the time Mr. Bird’s challenge would have been heard by the Federal Court, his residency condition may have expired, thereby rendering the issue moot.

[58] In addition, counsel for Mr. Bird and the David Asper Centre raise concerns about the accessibility of judicial review proceedings in the Federal Court to individuals like Mr. Bird who would need to initiate proceedings while being incarcerated, or at best having been recently released on statutory release. Counsel for Mr. Bird points out that Mr. Bird has spent close to the last decade in prison and was not likely to have the financial resources necessary to hire counsel for potentially lengthy judicial review proceedings. If Mr. Bird had to represent himself, the David Asper Centre submits that Federal Court procedure would pose particular challenges for him. Citing Bielby J.A.’s decision in *D.G. v. Bowden Institution (Warden)*, 2016 ABCA 52, 612 A.R. 231, the David Asper Center asserts that “knowledge of the [Federal Court] Rules is likely to be limited . . . given the comparative rarity with which individuals engage with the federal court system” (I.F., at para. 24).

[59] In my view, counsel for Mr. Bird and the interveners raise realistic concerns about the timeliness and accessibility of relief in the Federal Court. When someone’s liberty is at stake, efficiency and timeliness take on greater significance. As such, it is important that there be a mechanism available that affords sufficiently swift and accessible relief for those deprived of their liberty. On the record before us, I cannot say with certainty that judicial review would have offered such relief to Mr. Bird.

pas permis à M. Bird d’obtenir réparation en temps opportun. En outre, les avocats de M. Bird et du David Asper Centre for Constitutional Rights (« David Asper Centre ») ont des réserves quant à la possibilité pour M. Bird de se pourvoir en contrôle judiciaire.

[57] Le David Asper Centre et l’Association canadienne des libertés civiles — qui ont qualité d’intervenants dans la présente affaire — prétendent que, au moment où la contestation de M. Bird aurait été instruite par la Cour fédérale, son assignation à résidence aurait pu être expirée; la question serait donc devenue théorique.

[58] Les avocats de M. Bird et du David Asper Centre ont aussi des réserves quant à l’accès au contrôle judiciaire en Cour fédérale pour les personnes qui, comme M. Bird, auraient à introduire leur demande tout en étant incarcérées, ou, dans le meilleur des cas, peu après la date de leur libération d’office. L’avocat de M. Bird souligne que son client a passé presque la totalité de la dernière décennie en prison et qu’il est peu probable qu’il dispose des ressources financières nécessaires pour embaucher un avocat qui le représenterait dans un contrôle judiciaire potentiellement long. Le David Asper Centre fait valoir que, si M. Bird devait assurer sa propre défense, la procédure de la Cour fédérale lui occasionnerait des difficultés particulières. Citant la juge Bielby dans l’arrêt *D.G. c. Bowden Institution (Warden)*, 2016 ABCA 52, 612 A.R. 231, le David Asper Centre fait valoir que [TRADUCTION] « sa connaissance des *Règles [des cours fédérales]* est vraisemblablement limitée [. . .] étant donné qu’il est relativement rare que des individus aient affaire au système des cours fédérales » (m.i., par. 24).

[59] Selon moi, les avocats de M. Bird et des intervenants soulèvent des préoccupations réalistes à propos de l’accessibilité et de la rapidité du recours devant la Cour fédérale. Lorsque la liberté d’un individu est en jeu, l’accessibilité et la rapidité sont d’autant plus importantes. Or, il importe qu’il existe un mécanisme qui procure un recours suffisamment accessible et rapide pour ceux qui sont privés de leur liberté. À la lumière du dossier porté à notre connaissance, je ne suis pas en mesure d’affirmer qu’un contrôle judiciaire aurait constitué un tel recours pour M. Bird.

[60] That said, I would point out that Mr. Bird received notice of the Parole Board’s decision to impose the residency condition more than five months before his long-term supervision commenced, which would have given him a considerable amount of time in which to initiate judicial review proceedings. I also note that under r. 8(1) of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, Mr. Bird could have moved for an expedited proceeding. However, if that motion were to have been denied, which is perhaps unlikely given the pressing liberty interest at stake, the reality remains that a decision by the Federal Court might not have been released before the majority, if not all, of Mr. Bird’s residency condition had been completed (see *May v. Ferndale Institution*, 2005 SCC 82, [2005] 3 S.C.R. 809, at para. 69; *Bowden*, at para. 43).

[61] While much of this is speculative, I cannot reject Mr. Bird’s concerns out of hand. In view of this, Parliament may wish to consider whether the procedures in place governing judicial review applications could be modified to provide more timely and accessible relief. This would be of benefit to both persons challenging conditions that restrict their liberty, as well as persons challenging conditions that do not restrict their liberty — perhaps more so as regards the latter. Fortunately, the remedy of *habeas corpus* was available to Mr. Bird, and it provided a swift and efficient mechanism for challenging the residency condition at issue here, which restricted his liberty — unconstitutionally, in his view. I turn to that remedy now.

(c) *Applying for Habeas Corpus*

[62] Although Mr. Bird did not have a right of appeal from the Parole Board’s decision to an independent administrative tribunal, applying for *habeas corpus* in a provincial superior court would have given him the opportunity to ask for speedy relief from an independent body. *Habeas corpus*, which has been called the “Great Writ of Liberty” (see *May*, at para. 19), is a remedy designed to provide “swift access to justice for those who have been unlawfully deprived of their liberty” (*Mission Institution*

[60] Cela dit, je souligne que M. Bird a été avisé de la décision de la Commission d’imposer l’assignation à résidence plus de cinq mois avant le début de sa surveillance de longue durée, ce qui lui donnait beaucoup de temps pour se pourvoir en contrôle judiciaire. Je fais aussi remarquer que M. Bird aurait pu, en application du par. 8(1) des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, présenter une requête pour accélérer la procédure. Cela dit, il est vrai que si une telle requête avait été rejetée — ce qui est probablement improbable compte tenu de l’enjeu urgent de la liberté en cause —, la décision de la Cour fédérale aurait pu ne pas être rendue avant que la période de validité de l’assignation à résidence imposée à M. Bird soit en grande partie, voire totalement, écoulée (voir *May c. Établissement Ferndale*, 2005 CSC 82, [2005] 3 R.C.S. 809, par. 69; *Bowden*, par. 43).

[61] Bien qu’il s’agisse en grande partie de spéculations, je ne peux rejeter d’emblée les préoccupations de M. Bird. Dans cette optique, le Parlement voudra peut-être examiner si les procédures en place régissant les demandes de contrôle judiciaire pourraient être modifiées afin qu’elles offrent un recours plus rapide et plus accessible. Cela profiterait à la fois aux personnes qui contestent les conditions qui restreignent leur liberté et à celles qui contestent les conditions qui n’ont pas un tel effet — peut-être davantage en ce qui concerne ces dernières. Heureusement pour lui, M. Bird aurait pu recourir à l’*habeas corpus*, un mécanisme rapide et efficace pour contester l’assignation à résidence en cause, qui restreignait sa liberté —, et ce de façon inconstitutionnelle selon lui. J’en viens maintenant à ce recours.

c) *Demande d’habeas corpus*

[62] Même si M. Bird ne disposait pas du droit d’interjeter appel de la décision de la Commission devant un tribunal administratif indépendant, il aurait pu présenter une demande d’*habeas corpus* devant une cour supérieure provinciale pour que cette instance indépendante lui accorde rapidement une mesure de redressement. L’*habeas corpus*, qui a été qualifié de « grand bref de la liberté » (*May*, par. 19), est un recours conçu pour donner « un accès rapide à la justice pour les personnes illégalement privées

v. Khela, 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502, at para. 3). Once the applicant shows a deprivation of liberty and some basis for concluding that the detention is unlawful, the court will issue a writ of *habeas corpus*, which requires the detaining authorities to demonstrate at a hearing that the detention is justified (*ibid.*, at para. 41). Generally, courts give priority to *habeas corpus* applications as they are deemed urgent (*Brown v. Canada (Public Safety)*, 2018 ONCA 14, 420 D.L.R. (4th) 124, at para. 20), and a hearing of a *habeas corpus* application can be obtained more rapidly than a hearing of a judicial review application in the Federal Court (*May*, at para. 69; *Khela*, at para. 46; *Ogiamien v. Ontario (Community Safety and Correctional Services)*, 2017 ONCA 839, 55 Imm. L.R. (4th) 220, at para. 18). As this Court noted in *May*, *habeas corpus* is a crucial remedy in pursuit of ss. 7 and 9 rights under the *Charter* (para. 22). Given the long history of this remedy, its central role in safeguarding against unlawful deprivations of liberty, and the fact that it is enshrined in s. 10(c) of the *Charter*, Parliament would clearly have been aware of *habeas corpus* and its availability to challenge residency conditions that are not *Charter* compliant and thereby unlawfully deprive long-term offenders of their liberty.

[63] There is nothing in the record to indicate that Mr. Bird would have been unable to apply for *habeas corpus*. The essence of Mr. Bird's constitutional argument is that he had been deprived of liberty unlawfully by the Parole Board's order, which in its effect led to his residence at Oskana Centre. No issue was taken with the fact that Mr. Bird's residency condition amounted to a deprivation of liberty: see *R. v. Miller*, [1985] 2 S.C.R. 613, at p. 637; *May*, at para. 76. Moreover, this Court has recognized that *habeas corpus* is a remedy particularly well-suited for individuals in Mr. Bird's situation, who may be self-represented, "the quick resolution of . . . issues" afforded by *habeas corpus* is important "if counsel is acting *pro bono* or on limited legal aid funding or if the prisoner is representing himself" (*May*, at para. 69). *Habeas corpus* is more accessible to

de leur liberté » (*Établissement de Mission c. Khela*, 2014 CSC 24, [2014] 1 R.C.S. 502, par. 3). Dès que le demandeur démontre qu'il a été privé de sa liberté et qu'il existe quelque fondement que ce soit permettant de conclure à l'illégalité de la détention, le tribunal décerne le bref d'*habeas corpus*, obligeant ainsi les autorités carcérales à démontrer le bien-fondé de la détention lors d'une audience (*ibid.*, par. 41). Règle générale, les tribunaux traitent les demandes d'*habeas corpus* en priorité, car elles sont réputées être urgentes (*Brown c. Canada (Public Safety)*, 2018 ONCA 14, 420 D.L.R. (4th) 124, par. 20), et l'audition de ces demandes se tient plus rapidement que celle d'une demande de contrôle judiciaire en Cour fédérale (*May*, par. 69; *Khela*, par. 46; *Ogiamien c. Ontario (Community Safety and Correctional Services)*, 2017 ONCA 839, 55 Imm. L.R. (4th) 220, par. 18). Comme la Cour l'a noté dans l'arrêt *May*, l'*habeas corpus* est un recours essentiel pour la protection des droits protégés par les art. 7 et 9 de la *Charte* (par. 22). Compte tenu de la longue histoire de ce recours, de son rôle central dans la protection contre les privations illégales de liberté et du fait qu'il a été intégré à l'al. 10c) de la *Charte*, le législateur était certainement au courant de son existence et du fait qu'il peut servir à contester des assignations à résidence au motif qu'elles ne sont pas conformes à la *Charte* et que, de ce fait, elles privent illégalement des délinquants à contrôler de leur liberté.

[63] Rien au dossier ne permet de croire que M. Bird aurait été incapable de présenter une demande d'*habeas corpus*. Selon l'essentiel de l'argument constitutionnel de M. Bird, l'ordonnance de la Commission l'assignant à résidence au centre Oskana le privait illégalement de sa liberté, une privation que nul ne conteste : *R. c. Miller*, [1985] 2 R.C.S. 613, p. 637; *May*, par. 76. En outre, la Cour a reconnu que l'*habeas corpus* convenait particulièrement aux personnes dans la situation de M. Bird, qui sont susceptibles de se défendre seules, puisque le « règlement rapide des questions litigieuses [que permet l'*habeas corpus*] » est important « lorsque les avocats agissent bénévolement ou sont rémunérés au tarif restreint de l'aide juridique, ou [lorsque] le détenu se représente lui-même » (*May*, par. 69). L'*habeas corpus* est plus accessible que le contrôle

self-represented litigants than judicial review in the Federal Court, as it provides access to local procedures “upon which [self-represented litigants] may more readily obtain some type of legal assistance and advice” (*Bowden*, at para. 40).

[64] Furthermore, there is no evidence that a provincial superior court would have declined its jurisdiction to hear Mr. Bird’s application. *May* clarified that as a governing rule, a provincial superior court has the jurisdiction to hear an application for *habeas corpus*, despite the fact that alternative remedies are available in the Federal Court (para. 50; *Khela*, at para. 42). As this Court noted in *May*, “As a matter of principle, a provincial superior court should exercise its jurisdiction when it is requested to do so. *Habeas corpus* jurisdiction should not be declined merely because another alternative remedy exists” (para. 44).

[65] The Court in *May* stated that provincial superior courts should decline jurisdiction to hear *habeas corpus* applications in only two very limited circumstances (para. 50; *Khela*, at para. 42). First, *habeas corpus* cannot be used to challenge the legality of a conviction (*May*, at para. 36). Second, where Parliament has put in place “a complete, comprehensive and expert statutory scheme which provides for a review at least as broad as that available by way of *habeas corpus* and no less advantageous”, provincial superior courts should decline jurisdiction (*May*, at paras. 40 and 63; *Khela*, at para. 42; *Ogiamien*, at para. 13).

[66] In the circumstances of this case, there is nothing in the record to indicate that there was a mechanism which provided a form of review as advantageous as *habeas corpus*. While Mr. Bird accepts that he could have written to the Parole Board to ask it to reconsider its original decision, this would not have enabled him to seek relief from an independent body (see *May*, at para. 62). Furthermore, this Court in *May* and *Khela* set out five factors that militate in favour of a provincial superior court hearing a *habeas corpus* application, despite the availability of judicial review in the Federal Court. Four of these

judiciaire en Cour fédérale pour les parties qui se défendent seules, car il donne accès aux procédures locales [TRADUCTION] « à l’égard desquelles [ces parties] peuvent plus facilement obtenir une certaine forme d’aide et de conseils juridiques » (*Bowden*, par. 40).

[64] En outre, rien ne donne à penser qu’une cour supérieure provinciale aurait refusé d’exercer sa compétence pour entendre la demande de M. Bird. L’arrêt *May* précise qu’il est un principe directeur voulant qu’une cour supérieure provinciale ait compétence pour instruire une demande d’*habeas corpus*, même si d’autres recours peuvent être exercés en Cour fédérale (par. 50; *Khela*, par. 42). Comme la Cour l’a déclaré dans l’arrêt *May*, « [e]n principe, une cour supérieure provinciale devrait exercer sa compétence lorsqu’on le lui demande. Elle ne devrait pas refuser d’exercer sa compétence en matière d’*habeas corpus* simplement parce qu’il existe une autre voie de recours » (par. 44).

[65] Dans l’arrêt *May*, la Cour a déclaré que les cours supérieures provinciales ne devraient refuser d’exercer leur compétence en matière d’*habeas corpus* que dans deux cas bien précis (par. 50; *Khela*, par. 42) : premièrement, lorsqu’il est question de contester la légalité d’une déclaration de culpabilité (*May*, par. 36); deuxièmement, lorsque le législateur a mis en place « un régime complet, exhaustif et spécialisé prévoyant une procédure d’examen au moins aussi large et aussi avantageuse que celle de l’*habeas corpus* » (*May*, par. 40 et 63; *Khela*, par. 42; *Ogiamien*, par. 13).

[66] Dans les circonstances de la présente affaire, rien au dossier n’indique qu’il existait un mécanisme aussi avantageux que l’*habeas corpus* pour offrir une forme de contrôle. M. Bird reconnaît qu’il aurait pu écrire à la Commission pour lui demander de réexaminer sa décision originale, mais il ne se serait alors pas adressé à un organisme indépendant pour obtenir réparation (voir *May*, par. 62). En outre, dans les arrêts *May* et *Khela*, la Cour a énoncé cinq facteurs qui militent pour l’instruction de la demande d’*habeas corpus* par une cour supérieure provinciale, malgré la disponibilité du recours en contrôle judiciaire

five factors are relevant to this case. First, a hearing of a *habeas corpus* application in a superior court can be obtained more rapidly than a hearing of a judicial review application in the Federal Court (*May*, at para. 69; *Khela*, at para. 46). Second, Mr. Bird would have greater local access to a provincial superior court than to the Federal Court (*May*, at para. 70; *Khela*, at para. 47; *Ogiamien*, at para. 18). Third, superior courts are “eminently familiar with the application of *Charter* principles”, which are directly at issue when a person claims to have been unlawfully deprived of liberty (*Khela*, at para. 45; see also *May*, at para. 68). Fourth, unlike judicial review, *habeas corpus* is non-discretionary: a court must issue a writ of *habeas corpus* where the applicant has shown a deprivation of liberty and raised a legitimate basis on which to question the legality of the detention (*May*, at para. 71; *Khela*, at para. 48; *Ogiamien*, at para. 18).

[67] For these reasons, it is difficult to conceive of a remedy better suited to Mr. Bird’s circumstances than *habeas corpus*, designed as it is to provide swift and easily accessible relief to persons challenging a deprivation of their liberty. Moreover, given the force of the first two *Maybrun* factors, which strongly indicate that Parliament did not intend to permit long-term offenders to launch collateral attacks against their LTSO conditions in criminal proceedings, if effective alternative mechanisms or forums exist, then it is axiomatic that Parliament would have intended that those alternatives be used, rather than permitting a collateral attack in criminal proceedings. To reason otherwise and to adopt the narrower approach advocated by my colleague would be to assume Parliament’s ignorance of these effective alternatives — which, in the case of *habeas corpus*, is particularly difficult to imagine since the writ has existed for centuries (see *May*, at para. 19) and is enshrined in s. 10(c) of the *Charter* — or, if aware of them, that Parliament intended for some unknown reason that they not be used. I am not persuaded that either assumption is justified.

devant la Cour fédérale. Quatre de ces cinq facteurs sont pertinents en l’espèce. Premièrement, l’audition d’une demande d’*habeas corpus* devant une cour supérieure peut être obtenue plus rapidement que celle d’une telle demande de contrôle judiciaire (*May*, par. 69; *Khela*, par. 46). Deuxièmement, M. Bird aurait eu plus facilement accès à la cour supérieure provinciale de sa région qu’à la Cour fédérale (*May*, par. 70; *Khela*, par. 47; *Ogiamien*, par. 18). Troisièmement, les cours supérieures « connaissent fort bien l’application des principes et des valeurs de la *Charte* » qui sont directement mis en cause lorsqu’une personne prétend avoir été illégalement privée de sa liberté (*Khela*, par. 45; voir également *May*, par. 68). Quatrièmement, contrairement au contrôle judiciaire, le recours à l’*habeas corpus* n’est pas discrétionnaire : le tribunal doit accorder le bref d’*habeas corpus* dès lors que le demandeur prouve qu’il y a eu privation de liberté et qu’il soulève quelque fondement légitime que ce soit pour remettre en question la légalité de la détention (*May*, par. 71; *Khela*, par. 48; *Ogiamien*, par. 18).

[67] Pour ces motifs, il est difficile de concevoir un recours mieux adapté à la situation de M. Bird que celui en *habeas corpus*, puisqu’il est conçu pour assurer à ceux qui contestent la privation de leur liberté un recours rapide et facilement accessible. En outre, compte tenu de la force des deux premiers facteurs énoncés dans *Maybrun*, qui donne fortement à penser que le législateur n’avait pas l’intention d’autoriser les délinquants à contrôler à contester incidemment les conditions fixées par les OSLD prononcées au terme de procédures criminelles s’il existe des mécanismes ou des forums de rechange efficaces, il va de soi que le législateur aurait voulu que ces solutions soient utilisées, plutôt que de permettre une contestation incidente dans le cadre de procédures criminelles. Raisonner autrement reviendrait à supposer que le Parlement ne connaît pas ces solutions de rechange efficaces — ce qui est particulièrement difficile à concevoir dans le cas de l’*habeas corpus* puisque ce bref existe depuis des siècles (voir *May*, par. 19) et est enchâssé dans l’al. 10c) de la *Charte* — ou, s’il en a connaissance, qu’il avait l’intention, pour une raison inconnue, qu’elles ne soient pas utilisées. Je ne suis pas persuadé que l’une ou l’autre de ces hypothèses soit fondée.

[68] My colleague, however, rejects the notion that the availability of *habeas corpus* is relevant to the *Maybrun* analysis in this case. While she takes the position that reconsideration by the Parole Board represents an inadequate mechanism for challenging Mr. Bird's residency condition, she does not dispute that *habeas corpus* remained available to Mr. Bird. Yet she rejects the relevance of *habeas corpus* as an available alternative because, in her view, Parliament presumably intended that collateral attacks in criminal proceedings would be permitted despite the availability of *habeas corpus*, thereby enabling the accused to take a "breach first, challenge later" approach.

[69] Respectfully, I cannot agree. In my view, where an administrative process is inadequate (which I do not accept is necessarily the case here), but an effective alternative such as *habeas corpus* — which, as indicated, is a remedy Parliament would have undoubtedly been aware of — is readily available, there is no compelling reason to assume that Parliament would have intended that a collateral attack in a criminal proceeding would provide an appropriate forum for challenging the order in question. In fact, the more plausible supposition is the opposite. Moreover, in my view, where the administrative process put in place by Parliament is inadequate (as my colleague contends), a person deprived of their liberty could hardly be faulted for disregarding that inadequate process and seeking *habeas corpus* instead.

[70] As a further basis for concluding that the availability of *habeas corpus* is irrelevant to the *Maybrun* analysis in this case, my colleague relies on the fact that *habeas corpus* would not be available as a means of challenging LTSO conditions that do not restrict the long-term offender's liberty (see Martin J.'s reasons, at para. 135).

[71] Again, I cannot agree with my colleague's approach. In my respectful view, the proper framing

[68] Ma collègue ne reconnaît toutefois pas la pertinence de la possibilité d'intenter un recours en *habeas corpus* dans le contexte de l'analyse prescrite par *Maybrun* en l'espèce. Même si elle se dit d'avis que le réexamen par la Commission ne serait pas un mécanisme approprié pour contester l'assignation à résidence imposée à M. Bird, et si elle ne remet pas en question le fait que M. Bird pouvait recourir à l'*habeas corpus*, elle rejette la pertinence de ce dernier recours comme solution de rechange parce que, selon elle, le législateur aurait présumément eu l'intention de permettre les contestations incidentes dans le cadre de procédures criminelles, même si le délinquant peut recourir à l'*habeas corpus*, ouvrant ainsi la voie à l'approche qui consiste à « contrevenir d'abord, pour ensuite contester ».

[69] Soit dit en tout respect, je ne peux souscrire à ce point de vue. À mon avis, lorsqu'un processus administratif ne convient pas (ce qui, selon moi, n'est pas nécessairement le cas dans le présent dossier), mais que le justiciable peut recourir à une solution de rechange efficace comme l'*habeas corpus* — un recours dont, je le répète, le législateur avait sans aucun doute connaissance —, rien ne justifie de manière convaincante de tenir pour acquis que le législateur avait l'intention qu'une contestation incidente dans le cadre d'une procédure criminelle constitue un forum approprié pour contester l'ordonnance en question. En fait, l'inverse est plus plausible. De plus, à mon avis, lorsque le processus administratif mis en place par le législateur comporte des lacunes (comme le soutient ma collègue), il ne conviendrait guère de reprocher à une personne privée de sa liberté de « ne pas tenir compte » de ce processus inadéquat et de plutôt présenter une demande d'*habeas corpus*.

[70] Pour justifier sa conclusion selon laquelle la possibilité de recourir à l'*habeas corpus* n'est pas pertinente pour procéder à l'analyse *Maybrun* en l'espèce, ma collègue se fonde également sur le fait qu'il ne serait pas possible de recourir à cette procédure pour contester les conditions de l'OSLD qui ne restreignent pas la liberté du délinquant à contrôler (voir les motifs de la juge Martin, par. 135).

[71] Là encore, je ne peux souscrire à l'approche préconisée par ma collègue. Selon moi, à cette étape

of the question to be answered at this stage of the analysis is whether there are effective alternative mechanisms or forums, apart from a collateral attack in criminal proceedings, for challenging *the particular LTSO condition in dispute* — here, one that restricts the long-term offender’s liberty. This framing is important because it focuses the inquiry on the particular condition in dispute, rather than casting the inquiry so broadly as to encompass other types of conditions that are not being challenged. How the analysis would differ where the condition at issue *does not* involve a restriction of liberty may be a legitimate question, but it is not before us and is best left for another day.

[72] In sum, the record in this case indicates that even if judicial review in the Federal Court would not have provided Mr. Bird with an effective remedy, writing to the Parole Board and/or applying for *habeas corpus* would have offered effective relief to Mr. Bird. In my view, these mechanisms, considered together, constitute an effective means to challenge the order. As a first step, Mr. Bird could have simply written to the Parole Board and asked it to vary or remove the residency condition. He could also have applied for judicial review in the Federal Court. However, if judicial review was not accessible to Mr. Bird and/or if Mr. Bird had wanted quicker relief, he could have applied for *habeas corpus* in a provincial superior court, a remedy that offers simplified procedures that promote greater accessibility by self-represented litigants and persons with limited means.

[73] As an aside, I note that *Maybrun* held that the legislature must have intended to permit a collateral attack if it is the only effective way to challenge an administrative order. However, in this case, a collateral attack would not appear to be an effective means to challenge the order at issue. In oral submissions, the Crown asserted that when a person breaches a residency condition, a warrant of suspension will be issued and the person will be brought back into custody (transcript, at p. 78). If a charge is laid for

de l’analyse, la bonne formulation de la question en litige consisterait à se demander s’il existe des mécanismes ou forums de rechange efficaces, hormis la contestation incidente dans le cadre de procédures criminelles, pour contester *la condition particulière de l’OSLD en litige* — soit, ici, une condition qui restreint la liberté du délinquant à contrôler. Cette formulation est importante parce qu’elle concentre l’enquête sur la condition particulière en litige, plutôt que de l’élargir au point où elle englobe d’autres types de conditions qui ne sont pas contestées. La façon dont l’analyse différerait si la condition en cause *ne* comportait *pas* de restriction de liberté peut être une question légitime, mais nous n’en sommes pas saisis et il est préférable de la reporter à une occasion ultérieure.

[72] En résumé, le dossier en l’espèce tend à indiquer que, pour M. Bird, se pourvoir en contrôle judiciaire devant la Cour fédérale n’était peut-être pas un recours efficace, mais écrire à la Commission ou présenter une demande d’*habeas corpus* lui aurait permis d’obtenir une réparation efficace. Je suis d’avis que ces mécanismes constituent, ensemble, un moyen efficace de contester l’ordonnance. En premier lieu, M. Bird aurait pu simplement écrire à la Commission pour lui demander de modifier ou d’annuler l’assignation à résidence. Il aurait aussi pu présenter une demande de contrôle judiciaire à la Cour fédérale. Cependant, s’il n’avait pu se pourvoir en contrôle judiciaire, ou s’il avait voulu obtenir plus rapidement réparation, M. Bird aurait pu présenter une demande d’*habeas corpus* à une cour supérieure provinciale, un recours dont les procédures sont simplifiées et qui favorise donc l’accessibilité à la justice pour les parties qui se représentent elles-mêmes et pour celles dont les moyens sont limités.

[73] Soit dit en passant, je note que, selon la conclusion de l’arrêt *Maybrun*, le législateur doit avoir eu l’intention de permettre la contestation incidente s’il s’agit du seul moyen efficace pour contester une ordonnance administrative. Or, dans la présente affaire, la contestation incidente ne semble pas constituer un tel moyen. Dans sa plaidoirie orale, le ministère public a fait valoir que, lorsqu’une personne contrevient à une assignation à résidence, un mandat de suspension est délivré et la personne est renvoyée

breaching the order, the offender will likely be held in custody pending his or her trial (*ibid.*). The Crown asserted that after a bail hearing, a preliminary hearing, the serving of notice of a constitutional question and the eventual trial, the likelihood is that many months will have passed since the breach of the condition (*ibid.*). Indeed, that is exactly what happened to Mr. Bird in this case: Mr. Bird left Oskana Centre in breach of his residency condition and was arrested more than two months later. He was kept in custody until the date of his trial for a period of approximately 10 months (trial reasons, at para. 4). As the trial judge noted, that period of time in custody greatly exceeded the residence time that was required in Oskana Centre (*ibid.*). This indicates that Parliament did not intend for Mr. Bird to object to his residency condition by collaterally attacking it.

[74] In my view, then, the third *Maybrun* factor indicates an intention by Parliament not to permit individuals like Mr. Bird to collaterally attack residency conditions, but rather for the offender to write to the Parole Board and/or, if judicial review in the Federal Court would not provide an effective remedy, apply for *habeas corpus*.

(4) Factor Four: The Kind of Collateral Attack in Light of the Expertise or *Raison d'Être* of the Administrative Appeal Tribunal

[75] The fourth *Maybrun* factor is “the kind of collateral attack in light of the expertise or *raison d'être* of the administrative appeal tribunal”. In my view, this factor also permits a court to consider the nature of the collateral attack in light of the expertise or *raison d'être* of other mechanisms or forums for challenging the order.

[76] In *Maybrun*, the Court explained that the fourth factor examines whether the nature of the

en détention (transcription, p. 78). Si une accusation est portée pour violation de l'ordonnance, le délinquant est vraisemblablement maintenu en détention pendant son procès (*ibid.*). Le ministère public a plaidé que, après l'enquête sur remise en liberté provisoire, l'enquête préliminaire, la signification de l'avis de question constitutionnelle ainsi que le procès subséquent, de nombreux mois se seront vraisemblablement écoulés depuis la violation de la condition (*ibid.*). En fait, c'est exactement ce qui s'est produit pour M. Bird en l'espèce : il a quitté le centre Oskana, contrevenant ainsi à son assignation à résidence, et il a été arrêté plus de deux mois plus tard. Il a été maintenu en détention jusqu'à la date de son procès, soit pendant une période d'environ 10 mois (motifs de première instance, par. 4). Comme le juge de première instance l'a souligné, cette période de détention était nettement supérieure à la période durant laquelle il avait été contraint à résider au centre Oskana (*ibid.*). Le législateur n'avait donc pas l'intention que M. Bird s'oppose à son assignation à résidence en la contestant incidemment.

[74] Selon moi, il s'ensuit que le troisième facteur de l'arrêt *Maybrun* témoigne de l'intention du législateur de ne pas permettre que des individus dans la situation de M. Bird contestent incidemment leur assignation à résidence. Il entendait plutôt que le délinquant écrive à la Commission ou, dans l'éventualité où le contrôle judiciaire en Cour fédérale n'est pas un recours efficace, qu'il présente une demande d'*habeas corpus*.

(4) Quatrième facteur : la nature de la contestation incidente eu égard à l'expertise de l'instance administrative d'appel et à sa raison d'être

[75] Le quatrième facteur dégagé dans l'arrêt *Maybrun* est « la nature de la contestation [incidente] eu égard à l'expertise de l'instance [administrative] d'appel et de sa raison d'être ». Selon moi, ce facteur permet aussi au tribunal de tenir compte de la nature de la contestation incidente eu égard à l'expertise du décideur et à la raison d'être d'autres mécanismes ou forums pour contester l'ordonnance.

[76] Dans l'arrêt *Maybrun*, la Cour a expliqué que ce quatrième facteur vise à déterminer si la nature de

collateral attack involves considerations that fall within the expertise of the tribunal or which the tribunal was established by the legislature to address. The Court noted that where the nature of a collateral attack “requires the consideration of factors that fall within the specific expertise of an administrative appeal tribunal, this is a strong indication that the legislature wanted that tribunal to decide the question rather than a court of penal jurisdiction” (para. 50).

[77] Counsel for Mr. Bird maintains that this factor is not relevant in this case, as Mr. Bird has no right of appeal to an administrative tribunal. Respectfully, I disagree. A court is not limited to considering only the expertise or *raison d’être* of an administrative appeal tribunal. The *Maybrun* framework focuses on the intention of Parliament as to the appropriate forum for challenging the order, which may include a review mechanism *other than* an administrative appeal tribunal. It follows that a court may consider the nature of the collateral attack in relation to the expertise or *raison d’être* of other forums or mechanisms. Where the nature of the collateral attack involves considerations that fall squarely within the expertise or *raison d’être* of a particular administrative body or other forum, this may be taken as an indication that Parliament wanted that body to decide the question, as opposed to permitting a collateral attack.

[78] In the instant case, s. 134.1(2) of the *CCRA* gives the Parole Board broad discretionary power to impose whichever conditions on long-term supervision it deems “reasonable and necessary in order to protect society and to facilitate the successful integration of the offender into society”. As the Federal Court of Appeal noted in *Normandin v. Canada (Attorney General)*, 2005 FCA 345, [2006] 2 F.C.R. 112, s. 134.1(2) demonstrates “Parliament’s intention to rely on the expertise and experience of the Board” in determining which conditions are needed in an LTSO to achieve the balance between public safety and the successful reintegration of the offender

la contestation incidente fait appel à des considérations qui relèvent de l’expertise du tribunal ou à des questions pour lesquelles le tribunal a été créé par le législateur. La Cour a fait remarquer que, lorsque la nature d’une contestation incidente « amène à tenir compte d’éléments qui relèvent de l’expertise particulière d’une instance administrative d’appel, on disposera d’un indice solide pour conclure que le législateur souhaitait que la question soit tranchée par cette instance et non par une cour de juridiction pénale » (par. 50).

[77] L’avocat de M. Bird soutient que ce facteur n’est pas pertinent en l’espèce, car son client ne dispose pas d’un droit d’appel devant un tribunal administratif. Soit dit en tout respect, je ne suis pas d’accord. Le tribunal n’est pas tenu de limiter son examen à la question de l’expertise et de la raison d’être d’une instance administrative d’appel. Le cadre énoncé dans l’arrêt *Maybrun* met l’accent sur l’intention du législateur quant au forum approprié pour contester l’ordonnance, qui peut comprendre un mécanisme d’examen *autre* qu’une instance administrative d’appel. Il s’ensuit que le tribunal peut se pencher sur la nature de la contestation incidente en tenant compte de l’expertise et de la raison d’être d’autres forums et mécanismes. Lorsque la nature de la contestation incidente fait appel à des considérations qui relèvent clairement de l’expertise et de la raison d’être d’un organisme administratif ou d’un autre forum en particulier, on peut considérer qu’il s’agit d’un indice que le législateur souhaitait que cet organisme tranche la question, plutôt que de permettre une contestation incidente.

[78] En l’espèce, le par. 134.1(2) de la *LSCMLSC* confère à la Commission un vaste pouvoir discrétionnaire d’imposer les conditions de surveillance de longue durée qu’elle juge « raisonnables et nécessaires pour protéger la société et favoriser la réinsertion sociale du délinquant ». Comme l’a fait remarquer la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Normandin c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 345, [2006] 2 R.C.F. 112, le par. 134.1(2) témoigne de « l’intention du législateur de s’en remettre à l’expertise et à l’expérience de la Commission » pour déterminer les conditions dont il convient d’assortir l’OSLD afin de maintenir l’équilibre entre la

(para. 46). It follows from this that if Mr. Bird asked the Parole Board to reconsider its decision to impose the residency condition, the Parole Board would consider matters that fall squarely within its expertise.

[79] The fact that Mr. Bird’s challenge to the residency condition raises constitutional issues does not mean that it raises considerations foreign to the Parole Board’s experience and expertise. As this Court observed in *Conway*, “expert tribunals should play a primary role in the determination of *Charter* issues falling within their specialized jurisdiction” (para. 21).

[80] The issues raised by Mr. Bird’s challenge fall squarely within the expertise of the Parole Board. These issues would also not be unfamiliar to the Federal Court or to provincial superior courts hearing *habeas corpus* applications. In my view, this factor indicates a legislative intention to have Mr. Bird resort to these mechanisms — and against permitting a collateral attack in the criminal trial process.

(5) Factor Five: The Penalty on a Conviction for Failing to Comply With the Order

[81] I now turn to the final *Maybrun* factor, the “penalty on a conviction for failing to comply with the order”. The penalty for breaching a condition of an LTSO is significant. As indicated, under s. 753.3(1) of the *Criminal Code*, an offender who, without reasonable excuse, breaches an LTSO is guilty of an indictable offence which is punishable by a term of imprisonment of up to 10 years. Mr. Bird argues that the penalty on conviction in this case “is the most significant factor and should indeed be determinative in this case” (A.F., at para. 59).

[82] I acknowledge that the potential penalty for breaching an LTSO is substantial. If I were to consider it in isolation, I would be hard pressed to

sécurité du public et la réinsertion réussie du délinquant (par. 46). En conséquence, si M. Bird avait demandé à la Commission de réexaminer sa décision d’imposer l’assignation à résidence, la Commission se serait penchée sur des questions qui relèvent clairement de son expertise.

[79] Ce n’est pas parce que la contestation de M. Bird quant à son assignation à résidence soulève des questions constitutionnelles qu’elle soulève des questions ne relevant pas de l’expérience et de l’expertise de la Commission. Comme la Cour l’a noté dans l’arrêt *Conway*, « les tribunaux spécialisés devaient [. . .] jouer un rôle de premier plan dans le règlement des questions liées à la *Charte* et relevant de leur compétence particulière » (par. 21).

[80] Les questions soulevées par la contestation de M. Bird relèvent clairement de l’expertise de la Commission. Ces questions n’échapperaient pas non plus à l’expertise de la Cour fédérale ou des cours supérieures provinciales qui instruisent des demandes d’*habeas corpus*. Selon moi, ce facteur témoigne de l’intention du législateur que M. Bird s’en remette à ces mécanismes et que la contestation incidente ne soit pas autorisée dans le cadre du processus pénal.

(5) Cinquième facteur : la sanction imposable pour défaut d’avoir respecté l’ordonnance

[81] J’examinerai maintenant le dernier facteur énoncé dans l’arrêt *Maybrun*, soit « la sanction imposable pour défaut d’avoir respecté l’ordonnance ». La sanction imposable en cas de manquement à une condition d’une OSLD est lourde. Comme je l’ai mentionné, le par. 753.3(1) du *Code criminel* prévoit que le délinquant qui, sans excuse raisonnable, contrevient à une OSLD est coupable d’un acte criminel et passible d’un emprisonnement maximal de 10 ans. M. Bird prétend que la sanction imposable en l’espèce [TRANSCRIPTION] « est le facteur le plus important et qu’il devrait en fait être déterminant dans la présente affaire » (m.a., par. 59).

[82] Je reconnais que la sanction dont est passible la personne qui contrevient à une OSLD est lourde. Si je devais tenir compte de ce facteur de manière

ascribe to Parliament an intention that an offender could be convicted of breaching an LTSO without having an opportunity, during the criminal trial, to challenge the validity of the condition (C.A. reasons, at para. 56). In *Maybrun*, where the Court determined that a collateral attack was not permitted, the penalty on conviction was a fine, and the Court specifically noted that imprisonment was not an option (para. 63). However, I disagree with Mr. Bird that this factor is determinative. As I will explain, when the penalty provision is viewed not in isolation, but in conjunction with the other *Maybrun* factors, it is clear to me that it is not decisive of Parliament's intention.

(6) Weighing the *Maybrun* Factors

[83] With the exception of the final *Maybrun* factor, the other factors strongly indicate that Parliament did not intend to permit collateral attacks in circumstances like those existing in this case. Allowing dangerous and long-term offenders to take a “breach first, challenge later” approach to their residency conditions would expose the community to an unacceptable level of risk and compromise the offender's rehabilitative prospects.

[84] Furthermore, the record indicates that there were mechanisms available to Mr. Bird that would have provided him with an effective means to challenge the residency condition. Even if judicial review in the Federal Court would not have been effective, Mr. Bird had two other avenues open to him: he could have written to the Parole Board, which has expertise and experience establishing conditions of long-term supervision, and/or applied for *habeas corpus* in a provincial superior court. In such circumstances, Mr. Bird was not denied the ability to fully defend against the charge of breaching the residency condition, because he had the opportunity to challenge the Parole Board's order through these mechanisms.

isolée, j'aurais de la difficulté à attribuer au législateur l'intention qu'un délinquant puisse être reconnu coupable d'avoir contrevenu à une OSLD sans avoir eu la possibilité, lors du procès au criminel, de contester la validité de la condition (motifs de la Cour d'appel, par. 56). Dans l'arrêt *Maybrun*, où la Cour a conclu que la contestation incidente n'était pas permise, la sanction imposable était une amende, et non pas l'emprisonnement comme la Cour l'a expressément souligné (par. 63). Je ne souscris toutefois pas à la proposition de M. Bird selon laquelle ce facteur est déterminant. Comme je l'expliquerai, si j'examine la disposition pénale non pas de manière isolée, mais conjointement avec les autres facteurs cernés dans l'arrêt *Maybrun*, il me semble évident qu'elle n'est pas déterminante quant à l'intention du législateur.

(6) Pondération des facteurs énoncés dans l'arrêt *Maybrun*

[83] Les facteurs énoncés dans l'arrêt *Maybrun*, hormis le dernier, donnent fortement à penser que le législateur n'avait pas l'intention de permettre les contestations incidentes dans des circonstances comme celles qui nous occupent. Permettre à des délinquants dangereux et à des délinquants à contrôler d'adopter l'approche qui consiste à « contrevenir d'abord, pour ensuite contester » pour s'opposer à leur assignation à résidence exposerait la collectivité à un risque inacceptable en plus de compromettre les chances de réhabilitation du délinquant.

[84] En outre, il appert du dossier qu'il existait des mécanismes qui auraient permis à M. Bird de contester efficacement l'assignation à résidence. Même si le contrôle judiciaire en Cour fédérale n'était pas un recours efficace, deux autres possibilités s'offraient à M. Bird : il aurait pu écrire à la Commission, experte et expérimentée dans l'établissement de conditions de surveillance de longue durée, ou présenter une demande d'*habeas corpus* devant une cour supérieure provinciale. Dans les circonstances, puisqu'il pouvait contester l'ordonnance de la Commission en recourant à ces mécanismes, M. Bird n'a pas été privé de la possibilité de se défendre pleinement contre l'accusation d'avoir enfreint l'assignation à résidence.

[85] Although Mr. Bird faced a substantial penalty on conviction — a term of imprisonment — for breaching the residency condition, this penalty does not, in my view, tip the scale in favour of Mr. Bird’s contention that Parliament intended that he be permitted to collaterally attack the Parole Board’s order. Given that permitting a “breach first, challenge later” approach in this context would pose a real risk to public safety and that effective review mechanisms were available to Mr. Bird, I am satisfied that Parliament did not intend that Mr. Bird should be able to circumvent these mechanisms and instead, challenge the residency condition only after breaching it. Accordingly, I am of the opinion that the Court of Appeal correctly held that Parliament did not intend to permit long-term and dangerous offenders to collaterally attack residency conditions of their LTSOs. Rather, Parliament intended that these offenders would ask the Parole Board to vary or remove the condition and/or, if judicial review in the Federal Court would not provide an effective remedy, apply for *habeas corpus*.

[86] In light of this conclusion, it is not necessary to consider Mr. Bird’s argument that the residency condition in this case infringed his ss. 7, 9 and/or 11(h) *Charter* rights.

VI. Disposition

[87] The Court of Appeal did not err in holding that Mr. Bird was not allowed to collaterally attack the residency condition of his LTSO. The Court of Appeal properly set aside Mr. Bird’s acquittal, entered a conviction on the charge of breaching the LTSO under s. 753.3(1) of the *Criminal Code* and remitted the matter to the Provincial Court of Saskatchewan for sentencing. Accordingly, I would dismiss the appeal.

[85] Même si M. Bird était passible d’une sanction sévère — une peine d’emprisonnement — en cas de contravention à son assignation à résidence, j’estime que cette sanction n’a pas pour effet de faire pencher la balance pour sa prétention que le législateur avait l’intention de lui permettre de contester incidemment l’ordonnance de la Commission. Puisqu’autoriser le recours à l’approche qui consiste à « contrevenir d’abord, pour ensuite contester » dans le présent contexte poserait un véritable risque pour la sécurité du public, et puisque M. Bird avait à sa disposition des mécanismes d’examen efficaces, je conclus que le législateur n’avait pas l’intention qu’il puisse contourner ces mécanismes et ainsi contester l’assignation à résidence uniquement après y avoir contrevenu. En conséquence, je crois que la Cour d’appel a eu raison de statuer que le législateur n’avait pas l’intention de permettre aux délinquants à contrôler et aux délinquants dangereux de contester incidemment les assignations à résidence dont est assortie leur OSLD. Le législateur avait plutôt l’intention que ces délinquants demandent à la Commission de modifier ou d’annuler l’assignation ou, dans l’éventualité où le contrôle judiciaire en Cour fédérale ne constitue pas un recours efficace, qu’ils présentent une demande d’*habeas corpus*.

[86] Compte tenu de cette conclusion, il n’est pas nécessaire que j’examine l’argument de M. Bird selon lequel, dans sa situation, l’assignation à résidence portait atteinte à ses droits protégés par les art. 7 et 9 ainsi que par l’al. 11h) de la *Charte*.

VI. Dispositif

[87] La Cour d’appel n’a pas commis d’erreur en concluant que M. Bird n’était pas autorisé à contester incidemment l’assignation à résidence prévue dans son OSLD. Elle a annulé à bon droit l’acquittal de M. Bird, inscrit une déclaration de culpabilité à l’égard de l’accusation d’avoir contrevenu à l’OSLD aux termes du par. 753.3(1) du *Code criminel*, et renvoyé l’affaire à la Cour provinciale de la Saskatchewan pour détermination de la peine. En conséquence, je suis d’avis de rejeter l’appel.

The reasons of Karakatsanis, Gascon and Martin JJ. were delivered by

MARTIN J. —

I. Introduction

[88] Significant consequences attach to being declared a long-term offender under s. 753.1(3) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. One consequence is the operation of s. 753.3, which subjects a long-term offender to up to 10 years in prison for breaching *any* of the conditions attached to the applicable long-term supervision order (“LTSO”). These conditions are set in part by the Parole Board of Canada (“Board”) and in part by s. 161(1) of the *Corrections and Conditional Release Regulations*, SOR/92-602. They apply once an offender’s carceral sentence and parole have expired and can be wide-ranging and touch diverse aspects of the offender’s life. The LTSO at issue in this case prohibits Spencer Dean Bird from associating with certain people, being at specified places, possessing or consuming alcohol or drugs, and living anywhere not approved by the Correctional Service of Canada (“CSC”) for a 180-day period. This last condition is at issue in this matter.

[89] Mr. Bird was charged under s. 753.3 with breaching the residency condition of his LTSO. This appeal asks whether he should be permitted to challenge the constitutionality of that condition as his defence at his criminal trial, even though he took no proactive steps to properly challenge the condition when it was imposed. Should what is known as a “collateral attack” on the residency condition set by the Board be permitted in the criminal proceedings? Having admitted the elements of the offence and raised no other defences, Mr. Bird’s constitutional challenge represents his only prospect of acquittal.

Version française des motifs des juges Karakatsanis, Gascon et Martin rendus par

LA JUGE MARTIN —

I. Introduction

[88] D’importantes conséquences se rattachent au fait d’être déclaré délinquant à contrôler en application du par. 753.1(3) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. L’une de ces conséquences est l’application de l’art. 753.3, qui rend le délinquant à contrôler passible d’un emprisonnement maximal de 10 ans s’il contrevient à *l’une ou l’autre* des conditions de l’ordonnance de surveillance de longue durée (« OSLD ») dont il fait l’objet. Ces conditions sont établies en partie par la Commission des libérations conditionnelles du Canada (« Commission ») et en partie par le par. 161(1) du *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, DORS/92-602. Elles s’appliquent après l’expiration de la peine d’emprisonnement et de la libération conditionnelle du délinquant et peuvent avoir une vaste portée de même que concerner divers aspects de la vie du délinquant. L’OSLD en cause en l’espèce interdit à Spencer Dean Bird de fréquenter certaines personnes, de se trouver dans certains endroits, de posséder ou de consommer de l’alcool ou des drogues et de résider dans un lieu qui n’est pas approuvé par le Service correctionnel du Canada (« SCC ») pendant une période de 180 jours. La présente affaire porte sur cette dernière condition.

[89] M. Bird a été accusé, en application de l’art. 753.3, d’avoir contrevenu à l’assignation à résidence prévue dans son OSLD. Il s’agit ici de déterminer s’il devrait pouvoir contester la constitutionnalité de cette condition comme moyen de défense dans le cadre de son procès criminel, même s’il n’a pris aucune mesure proactive pour s’opposer à condition en question au moment où elle a été imposée. Devrait-on permettre ce que l’on appelle la « contestation incidente » des assignations à résidence imposées par la Commission dans le cadre d’instances criminelles? M. Bird ayant admis les éléments de l’infraction et n’ayant invoqué aucun autre moyen de défense, la contestation constitutionnelle représente sa seule perspective d’acquiescement.

[90] I agree with the majority that our primary task in this matter is to apply the framework for assessing the viability of collateral attacks set out in *R. v. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 706, and *R. v. Al Klippert Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 737. This framework is aimed at determining the relevant legislature's intention as to the appropriate forum for adjudicating the validity of the challenged order (*Maybrun*, at paras. 19, 38, 44, 46 and 52; *Klippert*, at para. 13). The key question is whether the relevant legislature prescribed a particular forum for challenging the order under attack (*Maybrun*, at para. 46; see also *Klippert*, at para. 20). There are five factors that guide this assessment (*Maybrun*, at paras. 45 and 51-52, and *Klippert*, at paras. 13-14).

[91] I reach a different conclusion, however, on how those factors apply in this case. I conclude that two of the factors — whether an administrative appeal is available and the penalty upon conviction for the breach — overwhelmingly weigh against finding that Parliament intended for an “attack” like Mr. Bird's to be barred in these circumstances. I agree with the trial judge that Mr. Bird should have been permitted to attack the residency requirement on constitutional grounds as his defence at trial. Indeed, it is difficult to imagine in what circumstances the *Maybrun* factors might permit a collateral attack if not in these. I do not accept that permitting Mr. Bird's challenge at trial would somehow condone or invite a “breach first, challenge later” approach to LTSO conditions. I conclude that Mr. Bird ought not be barred from raising his constitutional arguments because he failed to challenge his residency condition through one of the three imperfect avenues that the majority finds were open to him.

[92] Mr. Bird alleges the residency condition infringes his rights under ss. 7, 9 and 11(h) of the

[90] Comme les juges majoritaires, j'estime que notre tâche première en l'espèce consiste à appliquer le cadre d'analyse servant à évaluer la viabilité des contestations incidentes énoncé dans les arrêts *R. c. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 R.C.S. 706, et *R. c. Al Klippert Ltd.*, [1998] 1 R.C.S. 737. Ce cadre d'analyse vise à déterminer quelle était l'intention du législateur quant au forum où il convient de juger de la validité d'une ordonnance contestée (*Maybrun*, par. 19, 38, 44, 46 et 52; *Klippert*, par. 13). La question clé est celle de savoir si le législateur compétent a prescrit qu'il faille contester une ordonnance devant un forum en particulier (*Maybrun*, par. 46; voir aussi *Klippert*, par. 20). Cinq facteurs guident l'appréciation de cette question (*Maybrun*, par. 45 et 51-52; *Klippert*, par. 13-14).

[91] J'arrive toutefois à une conclusion différente de celle tirée par mon collègue sur la façon dont ces facteurs s'appliquent en l'espèce. Selon moi, deux d'entre eux — soit ceux relatifs à l'existence d'un droit d'appel devant une instance administrative et à la sanction imposable pour défaut de se conformer — militent très largement contre la conclusion voulant que le législateur ait eu l'intention d'empêcher une « contestation » comme celle de M. Bird dans les circonstances de l'espèce. Je souscris à la position du juge du procès selon laquelle M. Bird aurait dû pouvoir contester l'assignation à résidence pour des motifs d'ordre constitutionnel comme moyen de défense à son procès. En effet, il est difficile d'imaginer dans quelles circonstances les facteurs énoncés dans l'arrêt *Maybrun* donneraient ouverture à une contestation incidente si ce n'est dans celles de l'espèce. Je ne peux accepter que le fait de permettre la contestation de M. Bird équivaldrait en quelque sorte à tolérer ou à encourager la stratégie consistant à « contrevenir d'abord [aux conditions d'une OSLD], pour ensuite [les] contester ». Je conclus que M. Bird ne devrait pas être empêché de faire valoir ses arguments constitutionnels parce qu'il n'a pas contesté son assignation à résidence au moyen d'un des trois recours imparfaits dont il disposait selon les juges majoritaires.

[92] M. Bird prétend que l'assignation à résidence porte atteinte aux droits que lui garantissent les

Canadian Charter of Rights and Freedoms. In the courts below, Mr. Bird advanced only his s. 7 claim. The Crown opposes this Court adjudicating Mr. Bird's ss. 9 and 11(h) claims. Mr. Bird has not persuaded me that this Court should exercise its exceptional discretion to entertain new *Charter* claims on appeal. As such, I address only his s. 7 claim. While I conclude that Mr. Bird should have had the opportunity to advance this *Charter* claim, I find that it is not made out.

[93] Therefore, although I would allow Mr. Bird to challenge the constitutionality of his residency condition, I would dismiss the appeal.

II. Background

[94] On May 27, 2005, Mr. Bird was declared a long-term offender upon being convicted of assault. Consequently, in addition and subsequent to a 54-month carceral component, his sentence included 5 years of supervision in the community.

[95] Mr. Bird's statutory release from prison did not occur until August 14, 2014, as he had been convicted of other offences in the interim. On the day of his release, he was transferred from a federal institution (prison) in Alberta to Oskana Community Correctional Centre in Regina, where CSC had placed him for his statutory release period.

[96] This period expired on January 7, 2015. Mr. Bird's period of long-term supervision began that same day.

[97] In anticipation of the commencement of Mr. Bird's long-term supervision, the Board developed the conditions that would attach to his LTSO. In doing so, the Board considered Mr. Bird's corrections file as well as an assessment provided by CSC.

art. 7 et 9 ainsi que l'al. 11h) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Devant les tribunaux d'instances inférieures, M. Bird n'a fait valoir que sa prétention fondée sur l'art. 7. Le ministère public s'oppose à ce que la Cour statue quant à ses prétentions fondées sur l'art. 9 et l'al. 11h). M. Bird ne m'a pas convaincue que la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire exceptionnel d'examiner en appel de nouvelles prétentions fondées sur la *Charte*. En conséquence, je n'examinerai que sa prétention fondée sur l'art. 7. Bien que je conclue que M. Bird aurait dû pouvoir faire valoir cette prétention fondée sur la *Charte*, j'estime que celle-ci n'est pas établie.

[93] Par conséquent, bien que je sois d'avis de permettre à M. Bird de contester la constitutionnalité de son assignation à résidence, je rejetterais le pourvoi.

II. Faits

[94] Le 27 mai 2005, M. Bird a été déclaré délinquant à contrôler après avoir été jugé coupable de voies de fait. Sa peine comportait donc, en plus d'un emprisonnement d'une durée de 54 mois et consécutivement à celui-ci, une surveillance d'une durée de 5 ans au sein de la collectivité.

[95] La libération d'office de M. Bird n'a eu lieu que le 14 août 2014, car il avait été déclaré coupable d'autres infractions dans l'intervalle. Le jour de sa libération, il a été transféré d'un établissement fédéral (soit une prison) en Alberta au Centre correctionnel communautaire Oskana à Regina (« Centre Oskana »), où le SCC avait choisi de le placer pendant sa période de libération d'office.

[96] Cette période a pris fin le 7 janvier 2015. La période de surveillance de longue durée de M. Bird a débuté le même jour.

[97] En prévision du début de la surveillance de longue durée de M. Bird, la Commission a élaboré les conditions dont serait assortie l'OSLD dont il faisait l'objet. Ce faisant, la Commission a pris en considération le dossier correctionnel de M. Bird ainsi qu'une évaluation fournie par le SCC.

[98] The Board included a residency condition in the LTSO. The Board ordered that Mr. Bird must:

[r]eside at a community correctional centre or a community residential facility or other residential facility (such as private home placement) approved by the Correctional Service of Canada, for a period of 180 days.

(A.R., at p. 64)

[99] The Board grounded this condition in Mr. Bird's specific circumstances, including his history of violence, substance abuse, and failure to comply convictions. The Board concluded that "[Mr. Bird] will require the structure and supervision that only can be provided by a community correctional centre/community residential centre". The Board's decision was also informed by CSC's opinion that allowing Mr. Bird to live with his family, which he had proposed, would likely give him access to alcohol and put him at risk of re-offending.

[100] CSC approved Oskana Centre for Mr. Bird's 180-day residency condition under the LTSO. As set out above, Mr. Bird was already at Oskana Centre, serving out his carceral sentence on statutory release. Therefore, his living arrangements did not change when he became subject to his LTSO. In other words, Mr. Bird was ordered to remain where he was for 180 days, despite his change in status.

[101] Oskana Centre is a community-based residential facility — or, more specifically, a "community correctional centre", as it is owned and operated by CSC. It houses individuals subject to state supervision, including individuals on parole, out of prison on temporary absences, and on statutory release.

[102] All residents at Oskana Centre are subject to a set of standard rules. The Crown conceded in

[98] La Commission a assorti l'OSLD d'une assignation à résidence. Elle a prescrit à M. Bird de :

[TRADUCTION] [r]ésider dans un centre correctionnel communautaire, un centre résidentiel communautaire ou un autre établissement résidentiel (p. ex. une maison privée) approuvé par le Service correctionnel du Canada, pendant une période de 180 jours.

(d.a., p. 64)

[99] La Commission a fait reposer cette condition sur la situation particulière de M. Bird, notamment ses antécédents de violence, ses problèmes de toxicomanie et ses déclarations de culpabilité pour défaut de se conformer. La Commission a conclu que [TRADUCTION] « [M. Bird] aura besoin de la structure et de la surveillance que seuls peuvent lui offrir un centre correctionnel communautaire ou un centre résidentiel communautaire ». Elle a également fondé sa décision sur l'avis du SCC selon lequel le fait de permettre à M. Bird de vivre avec sa famille, comme il l'avait proposé, lui donnerait vraisemblablement accès à de l'alcool et l'exposerait à un risque de récidive.

[100] Le SCC a approuvé le choix du Centre Oskana pour la mise en œuvre de l'assignation à résidence d'une durée de 180 jours prévue dans l'OSLD. Comme je l'ai indiqué précédemment, M. Bird s'y trouvait déjà, puisqu'il y purgeait le reste de sa peine d'emprisonnement en liberté d'office. Ces conditions de logement n'ont donc pas changé lorsqu'il est devenu assujéti à son OS LD. Autrement dit, on a ordonné à M. Bird de rester pendant 180 jours là où il était, en dépit du changement de son statut.

[101] Le Centre Oskana est un établissement résidentiel communautaire ou, plus précisément, un « centre correctionnel communautaire », car il appartient au SCC et est administré par celui-ci. Il héberge des personnes qui font l'objet d'une surveillance de l'État, y compris certaines qui bénéficient d'une libération conditionnelle, et d'autres qui sont absentes de la prison parce qu'elles bénéficient d'une permission de sortir ou sont en liberté d'office.

[102] Tous les résidents du Centre Oskana doivent respecter un ensemble de règles usuelles. Dans

the Agreed Statement of Facts entered at trial that Mr. Bird's status as a long-term offender — someone who had already completed his carceral sentence — did not exempt him from the standard rules. The record on appeal does not include descriptions of day-to-day conditions at Oskana Centre. The parties agree, however, that Mr. Bird was subject to a curfew rule. This involved a night curfew as well as a requirement that residents be at Oskana Centre from 11:00 a.m. to 1:00 p.m.

[103] On January 28, 2015, Mr. Bird left Oskana Centre and did not return. Police arrested him on April 16, 2015 in Regina and charged him under s. 753.3(1) for failing to comply with the residency condition of his LTSO. At trial, Mr. Bird was acquitted; the judge permitted Mr. Bird's collateral attack and accepted his s. 7 *Charter* challenge to the residency condition. On appeal, the court held that the judge had erred in permitting Mr. Bird's collateral attack, and Mr. Bird was convicted.

III. Analysis

A. *Collateral Attack*

[104] A central tension animates cases of collateral attack — the tension between an accused person's right to challenge an administrative order alleged to be invalid, and the legislature's choice to have certain matters assessed by administrative bodies, and not by courts (*Maybrun*, at para. 42). This tension informs the interpretive exercise itself; when considering legislative intent, the trial judge must presume "that the legislature did not intend to deprive a person to whom an order is directed of an opportunity to assert his or her rights" (*Maybrun*, at para. 52).

[105] The five factors that can assist a trial judge's assessment of a collateral attack are: (1) the wording of the statute from which the power to issue the order derives; (2) the purpose of the legislation; (3) the availability of an appeal; (4) the nature of the attack given the appeal tribunal's expertise or *raison d'être*;

l'exposé conjoint des faits déposé au procès, le ministère public a reconnu que le statut de délinquant à contrôler de M. Bird — quelqu'un qui avait déjà purgé sa peine d'emprisonnement — ne le soustrayait pas aux règles usuelles. Le dossier d'appel ne contient pas de descriptions des conditions courantes au Centre Oskana, mais les parties conviennent que M. Bird devait respecter un couvre-feu, ce qui comportait des heures de rentrée le soir et une obligation de se trouver au Centre Oskana de 11 h à 13 h.

[103] Le 28 janvier 2015, M. Bird a quitté le Centre Oskana et n'y est pas retourné. Les policiers l'ont arrêté le 16 avril 2015 à Regina et l'ont accusé, en application du par. 753.3(1), de ne pas s'être conformé à l'assignation à résidence prévue dans l'OSLD en cause. Au procès, M. Bird a été acquitté; le juge a permis la contestation incidente de M. Bird et a fait droit à son argument fondé sur l'art. 7 de la *Charte* selon lequel l'assignation à résidence était inconstitutionnelle. En appel, la cour a conclu que le juge avait eu tort de permettre la contestation incidente de M. Bird, et celui-ci a été déclaré coupable.

III. Analyse

A. *Contestation incidente*

[104] Une tension fondamentale règne dans les affaires de contestation incidente — soit la tension entre le droit de la personne accusée de contester une ordonnance administrative qui serait invalide et le choix du législateur de faire examiner certaines questions par des organismes administratifs, et non par les tribunaux (*Maybrun*, par. 42). Cette tension est le fondement de l'exercice d'interprétation même. En effet, lorsqu'il examine l'intention du législateur, le juge du procès doit présumer « que [ce dernier] n'a pas voulu priver une personne visée par une ordonnance de l'opportunité de faire valoir ses droits » (*Maybrun*, par. 52).

[105] Les cinq facteurs qui peuvent aider le juge du procès à évaluer le bien-fondé d'une contestation incidente sont les suivants : (1) les termes de la loi dont découle le pouvoir de rendre l'ordonnance; (2) l'objectif de la loi; (3) l'existence d'un droit d'appel; (4) la nature de la contestation, eu égard à

and (5) the penalty on a conviction for failing to comply with the order (*Maybrun*, at paras. 45 and 51-52; *Klippert*, at paras. 13-14). As noted in *Klippert*, at paras. 13-14, these factors are not to be taken as a strict test but instead “might be helpful to consider” and “are not necessarily exhaustive but rather constitute various indicia which might be of assistance in determining the legislature’s intention”. This means that this is not a scorecard assessment. The trial judge may find that one factor dictates the outcome.

[106] For the first time, this appeal provides this Court with the opportunity to apply *Maybrun* to a collateral attack that puts the defendant’s *Charter* rights in issue in light of the very real possibility of imprisonment. In neither *Maybrun* nor *Klippert* did the defendants attack administrative orders on *Charter* grounds. Nor were the defendants in those cases facing potential jail time for their breaches, let alone the possibility of 10 years in prison. In my view, these key facets of Mr. Bird’s case are critical to its assessment. When these constitutional and carceral dimensions are examined, I conclude that factors (3) and (5) in particular — whether an administrative appeal is available and the penalty on a conviction for failing to comply with the order — reveal that Parliament did not intend to bar Mr. Bird’s ability to challenge the constitutional validity of a condition whose breach carries a maximum penalty of 10 years’ imprisonment.

(1) Wording and Purpose of the Legislation
(Factors (1) and (2))

[107] I agree with the majority that the broad authority conferred on the Parole Board by s. 134.1(2) of the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20 (“*CCRA*”), militates against collateral attacks on the Board’s LTSO decisions.

[108] However, I disagree that it is at odds with the purpose of the long-term offender regime to permit

l’expertise et à la raison d’être de l’instance d’appel; et (5) la sanction imposable pour défaut d’avoir respecté l’ordonnance (*Maybrun*, par. 45 et 51-52; *Klippert*, par. 13-14). Comme la Cour l’a souligné aux par. 13 et 14 de l’arrêt *Klippert*, ces facteurs ne doivent pas être considérés comme un test strict, bien qu’il « [puisse] être utile de [les] considérer », et ils « ne sont pas nécessairement exhaustifs mais constituent plutôt divers indices susceptibles de nous aider à cerner l’intention du législateur ». Cela signifie qu’il ne s’agit pas d’une appréciation de facteurs selon une carte de pointage. Le juge du procès peut conclure qu’un seul facteur dicte l’issue de la cause.

[106] Le présent pourvoi donne pour la première fois à la Cour l’occasion d’appliquer l’arrêt *Maybrun* à une contestation incidente qui met en cause les droits que la *Charte* garantit au défendeur compte tenu de la possibilité très réelle d’emprisonnement. Ni dans *Maybrun* ni dans *Klippert* les défendeurs n’ont-ils contesté les ordonnances administratives pour des motifs fondés sur la *Charte*. Dans ces affaires, le défaut de se conformer des défendeurs ne les exposait pas non plus à une peine de prison, encore moins à la possibilité d’un emprisonnement de 10 ans. À mon avis, ces aspects clés de la cause de M. Bird sont essentiels à son appréciation. Lorsque l’on examine ces dimensions constitutionnelle et carcérale, je conclus que les facteurs 3 et 5 en particulier — soit la question de l’existence d’un droit d’appel devant une instance administrative et celle de la sanction imposable pour défaut d’avoir respecté l’ordonnance — révèlent que le législateur n’a pas voulu priver M. Bird de la possibilité de contester la validité constitutionnelle d’une condition dont la violation le rend passible d’une peine maximale de 10 ans d’emprisonnement.

(1) Libellé et objet de la loi (facteurs 1 et 2)

[107] Je conviens avec les juges majoritaires que le vaste pouvoir que confère le par. 134.1(2) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, c. 20 (« *LSCMLSC* »), à la Commission milite contre les contestations incidentes des OSLD qu’elle rend.

[108] Toutefois, je n’adhère pas à la thèse selon laquelle le fait d’autoriser M. Bird à contester

Mr. Bird's collateral attack. In particular, I impute no strategic motivation to Mr. Bird's breach of his residency condition and I reject the notion that allowing Mr. Bird to advance his constitutional challenge will inspire or perpetuate a "breach first, challenge later" attitude among long-term offenders. The implication that Mr. Bird's decision to leave Oskana Centre was a deliberate choice to "breach first, challenge later" is not supported by the record, and this Court is not in a position to speculate about Mr. Bird's reasoning and motives at the time he left Oskana Centre. The facts are simply that Mr. Bird did not challenge his residency condition when it was imposed, left Oskana Centre, was arrested, charged, and held in custody for approximately 10 months awaiting trial on the charge of breaching his residency condition. His constitutional challenge to that condition was put forward as his defence to a charge that carried a possible sentence of 10 years' imprisonment. In that regard, Mr. Bird is like many accused persons who challenge the constitutionality of state action only after they have been charged.

[109] In my view, the manner in which this Court conceives of Mr. Bird's departure from Oskana Centre has a critical impact on the *Maybrun* analysis. Framing Mr. Bird's conduct as "breaching first, challenging later" shifts the focus from whether Parliament intended to allow long-term offenders to challenge LTSO conditions when charged with their breach, which is the correct question, to whether Parliament intended to permit LTSO breaches committed *for the purpose of* challenging the conditions breached. Of course Parliament would not intend to make collateral attacks available to those who flout their conditions *in order to* challenge them.

[110] It is crucial to recognize that it is breaches of residency conditions, and not collateral attacks

incidemment l'OSLD est incompatible avec l'objet du régime applicable aux délinquants à contrôler. Plus particulièrement, je n'impute aucun objectif stratégique à l'omission de M. Bird de se conformer à son assignation à résidence et je rejette la notion que de l'autoriser à présenter une contestation constitutionnelle inciterait ou encouragerait les délinquants à contrôler à « contrevenir d'abord [à l'OSLD dont ils font l'objet], pour ensuite [la] contester ». L'inférence que la décision de M. Bird de quitter le Centre Oskana constituait un choix délibéré de « contrevenir d'abord, pour ensuite contester » n'est pas étayée par le dossier, et la Cour ne peut pas se livrer à des conjectures sur le raisonnement et les motifs qui étaient les siens au moment où il a quitté le Centre Oskana. Les faits sont simplement les suivants : M. Bird n'a pas contesté son assignation à résidence au moment où elle lui a été imposée; ensuite, il a quitté le Centre Oskana avant d'être arrêté, accusé et maintenu en détention durant environ 10 mois en attendant de subir un procès relativement à l'accusation d'avoir contrevenu à son assignation à résidence. L'inconstitutionnalité de cette assignation a été invoquée comme moyen de défense contre une accusation pouvant entraîner une peine de 10 ans d'emprisonnement. À cet égard, M. Bird est dans la même situation qu'un grand nombre de personnes qui contestent la constitutionnalité d'un acte de l'État seulement après qu'elles ont été accusées.

[109] À mon avis, la manière dont la Cour conçoit le départ de M. Bird du Centre Oskana a une incidence cruciale sur l'analyse prescrite par l'arrêt *Maybrun*. Dire que la conduite de M. Bird a consisté à « contrevenir d'abord, pour ensuite contester » met l'accent sur la question de savoir si le législateur a voulu permettre les contraventions aux OS LD commises *dans le but de* contester les conditions enfreintes plutôt que sur celle de savoir si le législateur a voulu permettre aux délinquants à contrôler de contester les conditions de leur OS LD lorsqu'ils sont accusés d'y avoir contrevenu, la question qu'il convient de se poser. Le législateur ne peut évidemment pas avoir eu l'intention de permettre les contestations incidentes pour ceux qui font fi de leurs conditions *dans le but de* les contester.

[110] Il est crucial de reconnaître que ce sont les contraventions aux assignations à résidence, et non

on those conditions, that pose a risk to society. This Court ought not equate permitting Mr. Bird's defence with perpetuating the dangers associated with breaches of LTSO residency conditions. Anyone subject to an LTSO residency condition can breach that condition and put the community at risk — whether or not that person is diligently pursuing the appropriate avenues for challenging that condition, and whether or not that person ultimately attempts to challenge that condition in response to a criminal charge. Just as this Court cannot make assumptions about Mr. Bird's rationale for leaving Oskana Centre, it cannot presume that allowing Mr. Bird to challenge the constitutionality of his residency condition will motivate other long-term offenders to “breach first, challenge later”.

[111] Finally, it must not be overlooked that an offender who breaches an LTSO condition risks up to 10 years' imprisonment for that breach, as well as a period of pre-trial custody. (As noted above, Mr. Bird's pre-trial custody lasted 10 months, a period notably longer than the 180 days he was ordered to reside at Oskana Centre.) It is difficult to imagine that a long-term offender would assume these risks *because of* the prospect of challenging the residency condition at a later stage.

(2) Availability of an Appeal (Factor (3))

[112] The majority concludes that Mr. Bird had three available options for challenging the residency condition. He could have asked the Board to reconsider the order that enabled his placement at a community correctional centre like Oskana Centre; he could have applied for judicial review of the Board's order in Federal Court; and he could have made an application for *habeas corpus*. The majority concludes that, “these mechanisms, considered together, constitute an effective means” to challenge the administrative order, and thus evince legislative intent

les contestations incidentes de ces conditions, qui présentent un risque pour la société. La Cour ne doit pas confondre le fait d'autoriser M. Bird à se prévaloir d'un moyen de défense avec la perpétuation des dangers liés aux contraventions aux assignations à résidence dont sont assorties les OSLD. Toute personne assujettie à une assignation à résidence prévue dans une OSLD peut enfreindre cette assignation et exposer la collectivité à un risque — que cette personne utilise diligemment ou non les recours appropriés pour contester cette condition, et qu'elle finisse ou non par tenter de la contester à l'encontre d'une accusation criminelle. Tout comme la Cour ne peut pas émettre d'hypothèse quant à la raison pour laquelle M. Bird a quitté le Centre Oskana, elle ne peut tenir pour acquis que le fait d'autoriser M. Bird à contester la constitutionnalité de son assignation à résidence motiverait d'autres délinquants à contrôler à « contrevenir d'abord, pour ensuite contester ».

[111] Enfin, il ne faut pas oublier que le délinquant qui enfreint une condition énoncée dans une OSLD est passible d'une peine maximale de 10 ans d'emprisonnement pour cette infraction, de même que d'une période de détention avant le procès. (Comme je l'ai déjà mentionné, la détention avant le procès de M. Bird a duré 10 mois, une période nettement plus longue que celle de 180 jours à laquelle il avait été assigné à résider au Centre Oskana). Il est difficile d'imaginer qu'un délinquant à contrôler puisse prendre de tels risques *en raison de* l'éventualité d'une contestation de l'assignation à résidence à une étape ultérieure.

(2) Existence d'un droit d'appel (facteur 3)

[112] Les juges majoritaires estiment que M. Bird disposait de trois avenues de contestation de l'assignation à résidence. Il aurait pu demander à la Commission de réexaminer l'ordonnance ayant permis son placement dans un centre correctionnel communautaire comme le Centre Oskana, présenter une demande de contrôle judiciaire de l'ordonnance de la Commission à la Cour fédérale et présenter une demande d'*habeas corpus*. Les juges majoritaires estiment que « ces mécanismes constituent, ensemble, un moyen efficace » de contester l'ordonnance

to bar a collateral attack like Mr. Bird's (Majority Reasons, at para. 72).

[113] I am not convinced that these options, either individually or in concert, provide effective recourse for adjudicating Mr. Bird's *Charter* claims to the point of illustrating a legislative intent to bar Mr. Bird from arguing that the condition for which he faces a criminal charge is unconstitutional. My explanation follows.

(a) *Writing to the Parole Board*

[114] I begin with the possibility of internal review. The residency condition in question was set by the Board pursuant to s. 134.1 of the *CCRA*. Although there is an Appeal Division of the Board, the parties agree that the statute provides no recourse to that body for long-term offenders who wish to challenge their LTSO conditions.

[115] In *Maybrun* and *Klippert*, the defendants had recourse to have the orders they were challenging reviewed by an appeal tribunal established precisely for the purpose. Those tribunals, by virtue of their enabling statutes, could issue a wide range of remedies, were distinct from the original decision-maker, and were governed by carefully crafted procedures and defined routes for further review. It was clear in each of those cases that law-makers intended those subject to qualifying administrative orders to pursue challenges via the specified administrative appeal structure.

[116] In lieu of any comparable appeal process, individuals like Mr. Bird are limited to applying to the Board to have their LTSO conditions removed or varied under s. 134.1(4) of the *CCRA*. In contrast to the appeal tribunals in *Maybrun* and *Klippert*, the Board cannot issue a wide range of remedies, is not distinct from the original decision-maker, and

administrative, et témoignent donc d'une intention du législateur d'empêcher une contestation incidente comme celle de M. Bird (motifs des juges majoritaires, par. 72).

[113] Je ne suis pas convaincue que ces avenues offrent, ensemble ou séparément, un moyen efficace de statuer sur les prétentions de M. Bird fondées sur la *Charte* au point d'illustrer une intention du législateur de l'empêcher de faire valoir que la condition pour laquelle il fait l'objet d'une accusation criminelle est inconstitutionnelle. Voici comment j'explique mon point de vue.

a) *Écrire à la Commission des libérations conditionnelles*

[114] J'aborde d'abord la possibilité d'un examen interne. L'assignation à résidence en cause en l'espèce a été prescrite par la Commission en vertu de l'art. 134.1 de la *LSCMLSC*. Bien que la Commission soit dotée d'une section d'appel, les parties conviennent que la loi ne prévoit pas de recours devant elle pour les délinquants à contrôler qui souhaitent contester les conditions de leur OSLD.

[115] Dans les arrêts *Maybrun* et *Klippert*, les défendeurs disposaient d'un recours leur permettant de faire examiner les ordonnances contestées par des tribunaux d'appel créés précisément à cette fin. En vertu de leur loi habilitante, ces tribunaux pouvaient accorder une vaste gamme de réparations, et ils étaient distincts du décideur initial, en plus d'être régis par des procédures soigneusement élaborées et par des moyens définis ouvrant la voie à un nouvel examen. Il était manifeste dans chacune de ces affaires que le législateur voulait inciter les personnes visées par des ordonnances administratives à faire valoir leurs contestations dans le cadre du processus d'appel administratif précisé.

[116] Ne disposant de rien de comparable, les personnes comme M. Bird ne peuvent que présenter une demande à la Commission en vue de faire annuler ou modifier les conditions de leur OSLD en vertu du par. 134.1(4) de la *LSCMLSC*. Contrairement aux tribunaux d'appel en cause dans les arrêts *Maybrun* et *Klippert*, la Commission ne peut pas accorder

does not form part of a specified appeal structure. Mr. Bird's option was to ask the Board to reconsider *its own* residency condition.

[117] As the majority notes, the Board notified Mr. Bird of this possibility in a letter just over five months before his LTSO came into effect. He was advised:

You may apply to the Parole Board of Canada to be relieved of any of your conditions or request that the Board vary the terms of any of your conditions of Long Term Supervision Order. Upon receipt of your application and an updated report from your Parole Officer, with whom you should discuss your request, your file will be referred to the Board for voting and subsequently you will be advised of the outcome. To ensure that your request receives complete consideration, please fully document the reasons for your request.

(A.R., vol. II, at p. 67)

[118] Discretionary conditions can be imposed by the Board under s. 134.1(2) of the *CCRA* where the Board "considers" them to be "reasonable and necessary in order to protect society and to facilitate the successful reintegration into society of the offender". As per the letter Mr. Bird received, and given the wording of s. 134.1, a reconsideration of the impugned residency condition under s. 134.1(4) would entail members of the Board voting on whether they still considered the condition to be reasonable and necessary to protect society and facilitate reintegration. The letter Mr. Bird received also reveals that the members' votes would be informed by Mr. Bird's application and an updated report from his parole officer.

[119] The question before us is whether the possibility for reconsideration under s. 134.1(4) of the *CCRA* indicates Parliament's intention that Mr. Bird's *Charter* defence at trial be barred. It is inadequate to

une vaste gamme de réparations, n'est pas distincte du décideur initial et n'opère pas dans le cadre d'un processus d'appel précisé. M. Bird n'avait d'autres choix que de demander à la Commission de réexaminer l'assignation à résidence qu'elle avait *elle-même* ordonnée.

[117] Comme le soulignent les juges majoritaires, la Commission a avisé M. Bird de cette possibilité dans une lettre un peu plus de cinq mois avant l'entrée en vigueur de l'OSLD dont il fait l'objet. On lui a donné l'avis qui suit :

[TRADUCTION] Vous pouvez présenter une demande à la Commission des libérations conditionnelles du Canada en vue d'être soustrait à l'une ou l'autre de vos conditions, ou pour lui demander de modifier l'une ou l'autre des conditions de l'ordonnance de surveillance de longue durée dont vous faites l'objet. Dès réception de votre demande et d'un rapport à jour de votre agent de libération conditionnelle, avec qui vous devriez discuter de votre demande, votre dossier sera transmis à la Commission qui tiendra un vote. Par la suite, vous serez informé du résultat du processus en question. Afin que votre demande puisse faire l'objet d'un examen complet, veuillez préciser les raisons qui la motivent.

(d.a., vol. II, p. 67)

[118] En vertu du par. 134.1(2) de la *LSCMLSC*, la Commission peut imposer des conditions discrétionnaires si elle « juge » qu'elles sont « raisonnables et nécessaires pour protéger la société et favoriser la réinsertion sociale du délinquant ». Comme l'indique la lettre qu'a reçue M. Bird, et compte tenu du libellé de l'art. 134.1, un réexamen de l'assignation à résidence contestée en vertu du par. 134.1(4) supposerait la tenue d'un vote des membres de la Commission pour déterminer s'ils jugent toujours la condition raisonnable et nécessaire pour protéger la société et favoriser la réinsertion sociale. La lettre qu'a reçue M. Bird indique également que le vote des membres reposerait sur la demande de M. Bird et sur un rapport à jour de son agent de libération conditionnelle.

[119] La question dont nous sommes saisis en l'espèce est celle de savoir si la possibilité qu'un réexamen soit mené en vertu du par. 134.1(4) de la *LSCMLSC* indique une intention du législateur

conclude as much simply because reconsideration by the Board is possible; it must provide an effective avenue for adjudicating Mr. Bird's claim and providing a suitable remedy. While I agree with the majority that s. 134.1(4) offers some recourse to someone like Mr. Bird, I disagree that it is effective to the point of signalling legislative intent to have *Charter* claims adjudicated exclusively by a vote of the members of the Board upon a request for reconsideration. I come to this conclusion for the following three reasons.

[120] First, the simplicity of the Board's reconsideration process — a paper application followed by a vote — does not lend itself to the adjudication of potentially complex constitutional questions. By virtue of the decision being made by vote, it seems that Mr. Bird would not receive anything resembling a set of reasons explaining the success or failure of the *Charter* claim. Further, as I have already noted, it is agreed before this Court that Parliament declined to allow claims like Mr. Bird's to be considered by the Appeal Division of the Board, even after a reconsideration under s. 134.1(4) occurs.

[121] Second, it is not clear how the Board is intended to take *Charter* claims into account. The Board's scope for setting conditions as part of an LTSO is limited to the question of whether a given condition is reasonable and necessary to protect society and facilitate reintegration. Assuming that Board members correctly identify and consider the relevant *Charter* considerations when voting on the reasonableness and necessity of an impugned condition, the *CCRA* provides no guidance on how such *Charter* considerations must be assessed against the factors relating to protecting society and reintegration. If Mr. Bird's circumstances at Oskana Centre constituted an arbitrary detention, for example, how would this weigh in the Board's reconsideration if there were other significant public safety and societal

d'empêcher M. Bird de présenter à son procès un moyen de défense fondée sur la *Charte*. On ne saurait tirer une telle conclusion simplement parce la Commission peut procéder à un réexamen; cette possibilité doit offrir un moyen efficace de statuer sur la prétention de M. Bird et d'accorder une réparation adéquate. Bien que je convienne avec les juges majoritaires que le par. 134.1(4) offre un certain recours à une personne dans la situation de M. Bird, je ne crois pas qu'il s'agisse d'un recours efficace au point d'indiquer une intention du législateur de faire en sorte que les demandes fondées sur la *Charte* soient tranchées exclusivement au moyen d'un vote des membres de la Commission dans le cadre d'une demande de réexamen. Je tire cette conclusion pour les trois raisons suivantes.

[120] Premièrement, la simplicité du processus de réexamen mené par la Commission — une demande papier suivie d'un vote — ne se prête pas à la résolution de questions constitutionnelles qui peuvent être complexes. Puisque la décision serait prise par un vote, il semble que M. Bird ne recevrait rien qui ressemble à des motifs expliquant le succès ou l'échec de sa contestation fondée sur la *Charte*. De plus, comme je l'ai déjà mentionné, les parties ont convenu devant la Cour que le législateur n'a pas voulu permettre l'examen des prétentions comme celles de M. Bird par la section d'appel de la Commission, même après un réexamen mené en vertu du par. 134.1(4).

[121] Deuxièmement, on ne sait pas de quelle manière la Commission est censée prendre en compte les prétentions fondées sur la *Charte*. Sa compétence pour établir les conditions dont il convient d'assortir une OSLD se limite à l'examen du caractère raisonnable et nécessaire de celles-ci pour protéger la société et favoriser la réinsertion sociale du délinquant. Supposons que les membres de la Commission cernent et examinent correctement les considérations pertinentes relatives à la *Charte* lorsqu'ils votent sur ce caractère d'une condition contestée, la *LSCMLSC* n'indique pas comment ces considérations relatives à la *Charte* doivent être évaluées par rapport aux facteurs ayant trait à la protection de la société et à la réinsertion sociale. Si, par exemple, la situation de M. Bird au Centre Oskana constituait une détention

reintegration concerns at play? Would Board members simply need to consider Mr. Bird's claim? Or would a formal analysis under s. 9 of the *Charter* be required? Given the process is by vote, it would in any event be impossible to discern which approach had been followed.

[122] While the Board might be equipped to consider questions of law and make orders that respect the *Charter*, that alone does not in my view prove legislative intent to confine *Charter* claims like Mr. Bird's to adjudication by the Board. To find otherwise would be to categorically tip the balance in favour of barring collateral attacks in all cases where the administrative body is capable of deciding questions of law, even if there is no indication in the enabling statute that the legislature intended for that body to be the *only* body which could deal with the questions at issue. Such a categorical conclusion is particularly troublesome where, as here, Mr. Bird alleges that the administrative body misinterpreted *its own authority* under the enabling statute when it imposed the impugned condition in the first place. Here, a reconsideration by the Board would not be a review on a question of law by an independent body, like an appeal, but a reconsideration by the Board of its own decision on constitutional grounds.

[123] Third, it is not apparent that the Board would receive the requisite information to properly adjudicate *Charter* claims in the course of a reconsideration. In reading s. 134.1 and the Board's letter to Mr. Bird together, it is clear that the parole officer's report plays a key role in the reconsideration process. In all likelihood, the officer's report will not be prepared with a view to presenting all facts necessary to assist the Board with its evaluation of a *Charter* claim raised by the offender. Rather, it is likely to focus on questions of safety, conduct and reintegration. In my view, this underlines the factual and

arbitraire quel poids cela aurait-il dans le réexamen de la Commission si d'autres préoccupations importantes sur le plan de la sécurité publique et de la réinsertion sociale étaient en jeu? Les membres de la Commission pourraient-ils simplement examiner la prétention de M. Bird? Ou faudrait-il qu'ils procèdent à une analyse formelle fondée sur l'art. 9 de la *Charte*? Puisqu'il s'agit d'un processus de vote, il serait de toute façon impossible de savoir quelle méthode aurait été adoptée.

[122] Certes, la Commission pourrait examiner des questions de droit et rendre des ordonnances qui respectent la *Charte*; cet élément à lui seul n'établit toutefois pas, selon moi, une intention du législateur de confiner la présentation des demandes fondées sur la *Charte* comme celles de M. Bird à la Commission. Conclure autrement reviendrait à faire catégoriquement pencher la balance du côté de l'interdiction des contestations incidentes dans tous les cas où l'organisme administratif est en mesure de trancher des questions de droit, même si sa loi habilitante ne contient aucune disposition indiquant que le législateur a voulu que cet organisme soit le *seul* habilité à statuer sur les questions en litige. Une conclusion aussi catégorique serait particulièrement troublante dans les cas où, comme en l'espèce, M. Bird soutient que l'organisme administratif a mal interprété le *pouvoir* que *lui* confère sa loi habilitante lorsqu'il a imposé la condition contestée au départ. En l'espèce, un réexamen par la Commission constituerait non pas un examen d'une question de droit par un organisme indépendant, comme en appel, mais un réexamen par la Commission de sa propre décision pour des motifs constitutionnels.

[123] Troisièmement, il ne semble pas que la Commission recevrait les renseignements nécessaires pour statuer correctement quant aux prétentions fondées sur la *Charte* dans le cadre d'un réexamen. En effet, il ressort clairement de la lecture conjointe de l'art. 134.1 et de la lettre qu'a envoyée la Commission à M. Bird que le rapport de l'agent de libération conditionnelle joue un rôle clé dans le processus de réexamen. Selon toute vraisemblance, ce rapport ne vise pas à présenter tous les faits nécessaires pour aider la Commission dans son appréciation de la prétention fondée sur la *Charte* que soulève

case-specific nature of the question before the Board when faced with an application for reconsideration under s. 134.1(4). That factual inquiry is distinct from the more substantive legal questions posed by *Charter* claims.

[124] For those reasons, I conclude that Parliament did not intend the internal review process to be an adequate proxy for an appeal process designed to address *Charter* claims like Mr. Bird's to the exclusion of courts. My conclusion in this regard brings into sharp focus the detrimental impact on Mr. Bird's ability to make full answer and defence if he is barred from challenging the constitutionality of the order he is charged with breaching (*Maybrun*, at para. 61).

[125] I note here that, while the Board is clearly equipped to consider the subject matter of Mr. Bird's claim (the LTSO residency condition) under s. 134.1, for the reasons just stated I am not convinced that its *raison d'être* under s. 134.1(4) is to adjudicate complex *Charter* claims. Accordingly, I would not give the same weight to factor (4) of the *Maybrun* framework that the majority does.

(b) *Applying for Judicial Review in the Federal Court*

[126] The Crown submits, and the majority accepts, that Mr. Bird had access, albeit imperfect, to judicial review by the Federal Court. Had Mr. Bird asked the Board to reconsider the residency condition and been dissatisfied with the Board's response, he could have sought judicial review by the Federal Court pursuant to ss. 18 and 18.1 of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7. He could also have sought judicial review of the original LTSO residency condition itself.

le délinquant. Il risque plutôt de porter principalement sur des questions de sécurité, de conduite et de réinsertion. À mon avis, cela fait ressortir le caractère factuel et particulier de la question soumise à la Commission lorsqu'il s'agit d'une demande de réexamen présentée en application du par. 134.1(4). Or, cet examen factuel diffère de l'examen des questions juridiques ayant trait davantage au fond que soulèvent les demandes fondées sur la *Charte*.

[124] Pour ces motifs, je conclus que le législateur n'a pas voulu que le processus d'examen interne tienne lieu de substitut adéquat à un processus d'appel permettant de statuer sur les prétentions fondées sur la *Charte* comme celles de M. Bird à l'exclusion de l'examen mené par des tribunaux. Ma conclusion à cet égard met clairement en évidence l'effet préjudiciable sur la capacité de M. Bird de se défendre de façon pleine et entière s'il ne peut pas contester la constitutionnalité de l'ordonnance à laquelle il est accusé d'avoir contrevenu (*Maybrun*, par. 61).

[125] Je souligne ici que, bien que la Commission ait clairement compétence pour examiner l'objet de la demande de M. Bird (l'assignation à résidence dont est assortie l'OSLD) en vertu de l'art. 134.1, je ne suis pas convaincue, pour les motifs que je viens d'énoncer, que sa raison d'être au titre du par. 134.1(4) est de statuer sur des demandes complexes fondées sur la *Charte*. Par conséquent, je n'accorderais pas au facteur 4 du cadre d'analyse énoncé dans *Maybrun* le même poids que lui accordent les juges majoritaires.

b) *Présenter une demande de contrôle judiciaire à la Cour fédérale*

[126] Le ministère public soutient, et les juges majoritaires en conviennent, que M. Bird avait accès, quoique d'une manière imparfaite, à un contrôle judiciaire par la Cour fédérale. En effet, si M. Bird avait demandé à la Commission de réexaminer l'assignation à résidence et avait été insatisfait de la réponse de celle-ci, suivant les art. 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, c. F-7, il aurait pu demander un contrôle judiciaire par la Cour fédérale. Il aurait également pu demander le contrôle judiciaire de l'assignation à résidence de l'OSLD initiale elle-même.

[127] I agree with the majority that even if Mr. Bird had followed all of the appropriate steps to apply for judicial review, “the reality remains that a decision by the Federal Court might not have been released before the majority, if not all, of Mr. Bird’s residency condition had been completed” (Majority Reasons, at para. 60; see also *May v. Ferndale Institution*, 2005 SCC 82, [2005] 3 S.C.R. 809, at para. 69; *Normandin v. Canada (Attorney General)*, 2005 FCA 345, [2006] 2 F.C.R. 112, at para. 2). This reality ultimately undermines the effectiveness of that recourse. Even though a reviewing court is competent to consider whether an administrative order is *Charter*-compliant, if an ordered period of what is determined to be unlawful detention has expired, the adequacy of any available remedies likely falls short.

[128] I add this. I agree with Mr. Bird and certain interveners that it is questionable that someone in Mr. Bird’s circumstances would have the resources to secure counsel or the capacity to be self-represented for the purpose of navigating the judicial review process. Mr. Bird received no notification from the Board about the possibility of judicial review. Mr. Bird only obtained counsel in his criminal proceedings once a judge determined that his case was complex and raised important constitutional questions; no such opportunity is likely to have been available to Mr. Bird on judicial review.

[129] These considerations raise important access to justice concerns. Moreover, they illustrate the key distinction between a legislature laying out a clear, internal statutory avenue of appeal (as in *Maybrun* and *Klippert*) versus simply expecting individuals to navigate the judicial review process alone. A clear statutory appeal process indicates a legislature’s intention to have matters adjudicated by the designated body or bodies, according to specific, cognizable steps. By contrast, the absence of such an appeal process leads to no such conclusion. For these reasons, I conclude that the availability of judicial review evinces no specific intention on the

[127] Je suis d’accord avec les juges majoritaires pour dire que, même si M. Bird avait suivi toutes les étapes appropriées en vue de présenter une demande de contrôle judiciaire, « la décision de la Cour fédérale aurait pu ne pas être rendue avant que la période de validité de l’assignation à résidence imposée à M. Bird soit en grande partie, voire totalement, écoulée » (motifs des juges majoritaires, par. 60; voir aussi *May c. Établissement Ferndale*, 2005 CSC 82, [2005] 3 R.C.S. 809, par. 69; *Normandin c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 345, [2006] 2 R.C.F. 112, par. 2). En fin de compte, cette réalité mine l’efficacité de ce recours. De fait, même si une cour de révision a compétence pour examiner la question de la conformité d’une ordonnance administrative à la *Charte*, si la période ordonnée de ce qui est jugé constituer une détention illégale est expirée, le caractère adéquat des recours disponibles est vraisemblablement insuffisant.

[128] J’ajouterai ceci. Comme M. Bird et certains intervenants, j’estime que l’on peut douter de la capacité financière d’une personne dans la situation de M. Bird de retenir les services d’un avocat ou de sa capacité d’agir pour son propre compte afin de naviguer dans le processus de contrôle judiciaire. M. Bird n’a reçu aucun avis de la part de la Commission au sujet de la possibilité d’un contrôle judiciaire. Il a par ailleurs obtenu les services d’un avocat dans le cadre de son procès criminel seulement après que le juge eut décidé que son affaire était complexe et soulevait des questions constitutionnelles importantes. Or, M. Bird n’aurait vraisemblablement pas eu cette chance dans le cadre d’un contrôle judiciaire.

[129] Ces considérations soulèvent d’importantes préoccupations sur le plan de l’accès à la justice. Elles illustrent en outre la distinction fondamentale entre l’énoncé clair par le législateur d’un moyen d’appel interne (comme dans les affaires *Maybrun* et *Klippert*) et le fait de simplement s’attendre à ce que les personnes naviguent seules dans le processus de contrôle judiciaire. Un processus d’appel clairement prévu par la loi révèle une intention du législateur de faire trancher les questions par l’organisme ou les organismes désignés, selon des étapes précises et reconnues. En revanche, l’absence d’un tel processus d’appel ne permet pas de tirer pareille conclusion.

part of Parliament to bar constitutional challenges like Mr. Bird's.

(c) *Applying for Habeas Corpus*

[130] Finally, the Crown suggests, and the majority accepts, that the availability of *habeas corpus* outside of the *CCRA* carries significant weight in the analysis. I disagree. Even accepting the majority's assumptions that Parliament can be taken to know of *habeas corpus* and that it would have been available to Mr. Bird does not lead me to the conclusion that the *CCRA* demonstrates an intent to bar Mr. Bird's challenge to his residency condition at trial or to *prescribe habeas corpus as the forum* for raising that challenge.

[131] The independent availability of *habeas corpus* outside of the *CCRA* simply cannot demonstrate that, through the *CCRA*, Parliament has “set up a complete procedure, independent of any right to apply to a superior court for review” (*Maybrun*, at para. 57 (emphasis added)), or “set up internal mechanisms and establish[ed] appropriate forums to enable . . . individuals to assert their rights” (*Maybrun*, at para. 27). Had Parliament set up such an effective procedure or mechanism within the *CCRA*, it may well have weighed against allowing Mr. Bird to raise his constitutional challenge to his LTSO condition at trial. However, as set out above, no such effective internal procedure or mechanism exists here to qualify as the only prescribed forum for raising that challenge.

[132] In this vein, it is noteworthy that *both* a challenge to an LTSO residency condition in a criminal trial and an application for *habeas corpus* represent external challenges to the condition; like the long-term offender who challenges his or her residency

Pour ces motifs, je conclus que la disponibilité du recours en contrôle judiciaire ne témoigne d'aucune intention précise du législateur d'empêcher les contestations constitutionnelles comme celle de M. Bird.

c) *Présenter une demande d'habeas corpus*

[130] Enfin, le ministère public soutient, et les juges majoritaires en conviennent, que la possibilité d'intenter un recours en *habeas corpus* à l'extérieur du cadre de la *LSCMLSC* revêt beaucoup d'importance dans l'analyse. Je ne suis pas d'accord. Même si je retenais les présomptions des juges majoritaires selon lesquelles le législateur peut être réputé connaître le recours en *habeas corpus* et M. Bird aurait pu s'en prévaloir, cela ne m'amènerait pas à conclure que la *LSCMLSC* témoigne de l'intention d'empêcher M. Bird de contester son assignation à résidence au procès ou de *prévoir que l'habeas corpus* constitue le *mécanisme* indiqué pour cette contestation.

[131] La possibilité distincte d'intenter un recours en *habeas corpus* à l'extérieur du cadre de la *LSCMLSC* ne démontre tout simplement pas que, par le truchement de cette loi, le législateur a « [mis] en place une procédure complète, indépendante du droit éventuel de recourir à la révision en cour supérieure » (*Maybrun*, par. 57 (je souligne)), ou « [mis] en place des mécanismes internes et [prévu] des forums appropriés pour permettre [aux] personnes de faire valoir leurs droits » dans ce contexte (*Maybrun*, par. 27). Si le législateur avait mis en place une procédure ou un mécanisme efficace de ce genre dans la *LSCMLSC*, cela aurait fort bien pu militer contre le fait de permettre à M. Bird de contester la constitutionnalité de la condition de son OSLD durant son procès. Or, comme je l'ai expliqué précédemment, la *LSCMLSC* ne prévoit aucun mécanisme ou procédure efficace susceptible d'être la seule voie prescrite pour présenter cette contestation.

[132] Dans la même veine, il importe de signaler que *tant* la contestation dans le cadre d'un procès criminel d'une assignation à résidence prévue dans une OSLD *qu'*une demande d'*habeas corpus* constituent des contestations externes de la condition. À

condition in the course of a criminal trial, the long-term offender who pursues *habeas corpus* in lieu of reconsideration by the Board also disregards the “administrative appeal process” contemplated by the *CCRA*. Given that bringing an application for *habeas corpus* and challenging an *LTSO* condition at trial both represent deviations from the *CCRA* process, I do not see how the former can serve as persuasive evidence that the *CCRA* intends to bar the latter.

[133] The fact that long-term offenders subject to residency conditions can avail themselves of one avenue of recourse outside the legislative scheme (namely *habeas corpus*) says nothing about whether they can *also* avail themselves of another (namely challenges in the course of criminal trials). Because the *CCRA* does not prescribe a specific forum for raising constitutional challenges to *LTSO* conditions, my view is that *both habeas corpus* and challenge at trial are available to Mr. Bird. To this end, this Court’s comment in *Maybrun* bears repeating:

. . . it must, *inter alia*, be presumed that the legislature did not intend to deprive citizens affected by government actions of an adequate opportunity to raise the validity of the order. The interpretation process must, therefore, determine not whether a person can challenge the validity of an order that affects his or her rights, but whether the law prescribes a specific forum for doing so. [Emphasis added; para. 46; see also para. 52.]

[134] This brings me to a second and more fundamental concern. According to the majority, whenever an administrative order puts an individual’s physical liberty at stake, *habeas corpus* will be available. If the availability of *habeas corpus* is itself permitted to stand in the way of a challenge to the validity of the order at trial, it is difficult to imagine when, if ever, accused persons will be able to challenge at trial the

l’image du délinquant à contrôler qui conteste dans le cadre d’un procès criminel l’assignation à résidence à laquelle il est assujéti, le délinquant à contrôler qui intente un recours en *habeas corpus*, plutôt que de solliciter un réexamen par la Commission, ne tient pas compte non plus du « processus d’appel administratif » envisagé par la *LSCMLSC*. Puisque la présentation d’une demande d’*habeas corpus* et la contestation d’une condition de l’OSLD durant le procès constituent des dérogations à la procédure établie par la *LSCMLSC*, je ne vois pas en quoi la première démontre de manière convaincante que cette loi vise à empêcher la seconde.

[133] Le fait que les délinquants à contrôler assujéti à des assignations à résidence peuvent se prévaloir d’un recours distinct de celui prévu dans le régime législatif (à savoir *l’habeas corpus*) ne dit pas s’ils peuvent *également* se prévaloir d’un autre recours (à savoir la contestation au cours d’un procès criminel). Comme la *LSCMLSC* ne prescrit pas le recours à un forum en particulier pour contester les conditions dont sont assorties les OSLD sur le plan constitutionnel, je suis d’avis que M. Bird pouvait *non seulement* intenter un recours en *habeas corpus*, *mais aussi* contester l’assignation à résidence dans le cadre du procès intenté contre lui. À cette fin, il convient de répéter les propos tenus par la Cour dans *Maybrun* :

. . . on doit, notamment, présumer que le législateur n’a pas eu pour intention de priver les citoyens affectés par les actes de l’Administration d’une possibilité adéquate de faire valoir l’invalidité d’une ordonnance. La démarche interprétative doit donc viser à déterminer non pas si une personne peut ou non soulever la validité d’une ordonnance qui affecte ses droits, mais plutôt si la loi prescrit un forum particulier à cette fin. [Je souligne; par. 46; voir aussi par. 52.]

[134] Cela m’amène à la seconde préoccupation, plus fondamentale. Selon les juges majoritaires, chaque fois qu’une ordonnance administrative met en jeu la liberté physique d’une personne, il est possible d’intenter un recours en *habeas corpus*. Si l’on permet que cette avenue fasse échec à la contestation de la validité de l’ordonnance durant le procès, il est difficile, très difficile, d’imaginer

liberty-restricting administrative orders imposed on them. In my view, allowing the existence of *habeas corpus* to foreclose challenges at trial involves much too limited an approach to the *Maybrun* framework, which is aimed, in a larger and more nuanced way, at determining legislative intent. Parliament should not be taken as precluding all accused persons from challenging the liberty-restricting administrative conditions imposed on them simply because they missed an earlier opportunity to challenge their conditions through *habeas corpus* applications.

[135] Further, and relatedly, factoring *habeas corpus* into the *Maybrun* analysis in the manner suggested by the majority has the following paradoxical implication: the *less* the impugned order impacts the offender's physical liberty, the more likely the collateral attack will be *permitted*; the *more* the impugned order impacts the offender's physical liberty, the *less* likely the collateral attack will be permitted. If, for instance, Mr. Bird breached an order that did not impact his physical liberty — a prohibition on associating with specific individuals or groups, for example — and wished to challenge that order at his criminal trial for its breach, *habeas corpus* would not be available as a factor standing in the way of his challenge. Absent clear legislative direction, I am not prepared to assume that Parliament intended for those subject to orders that impose physical constraints to face a stronger barrier to challenging those orders than others.

[136] Finally, I note that the access to justice considerations discussed above (at paras. 128-29) equally undercut the suggestion that *habeas corpus* is the designated forum for challenging LTSO conditions. It is questionable whether, without access to counsel, Mr. Bird would have known of the availability of *habeas corpus*, let alone how to pursue it.

quand l'accusé pourra s'opposer, lors du procès, aux ordonnances administratives qui restreignent sa liberté. À mon avis, laisser l'existence du recours en *habeas corpus* faire obstacle aux contestations lors du procès constitue une interprétation trop restrictive du cadre d'analyse énoncé dans *Maybrun*, qui vise, d'une manière plus large et plus nuancée, à déterminer l'intention du législateur. Il ne faut pas considérer que le législateur interdit à tous les accusés de s'opposer aux conditions administratives restrictives de liberté qui leur sont imposées tout simplement parce qu'ils ont raté auparavant l'occasion de contester ces conditions par voie de demandes d'*habeas corpus*.

[135] En outre, et dans le même ordre d'idées, tenir compte de l'*habeas corpus* dans le cadre de l'analyse fondée sur l'arrêt *Maybrun* comme le suggèrent les juges majoritaires a l'effet paradoxal suivant : *moins* l'ordonnance contestée a d'incidence sur la liberté physique du délinquant, plus il y a de chances que la contestation incidente soit *permise*; *plus* l'ordonnance contestée a d'incidence sur la liberté physique du délinquant, *moins* il y a de chances que la contestation incidente soit permise. Si, par exemple, M. Bird avait contrevenu à une ordonnance n'ayant eu aucune incidence sur sa liberté physique — une interdiction de fréquenter certaines personnes ou certains groupes, par exemple — et souhaitait contester cette ordonnance lors de son procès criminel, le recours en *habeas corpus* ne pourrait pas faire obstacle à sa contestation. En l'absence d'une indication légale claire, je ne suis pas disposée à tenir pour acquis que le législateur a voulu que les personnes faisant l'objet d'ordonnances imposant des contraintes physiques aient plus de difficultés à contester ces ordonnances qu'autrui.

[136] Enfin, je note que les considérations relatives à l'accès à la justice dont il a été question précédemment (par. 128-129) militent également contre la suggestion selon laquelle l'*habeas corpus* est le recours désigné pour contester les conditions d'une OSLD. D'ailleurs, il est permis de se demander si, sans accès à un avocat, M. Bird aurait été au courant de l'existence de l'*habeas corpus*, et plus encore de la façon d'intenter ce recours.

[137] The Crown has pointed to no other viable option for Mr. Bird to challenge his residency condition. In my view, the three options offered by the majority do not indicate Parliament's intention to have Mr. Bird's *Charter* claim adjudicated exclusively outside of the criminal process. I also conclude that it is inappropriate to suggest that insufficient individual options might become effective when pursued in tandem. Even if Mr. Bird had sought internal review, applied for judicial review, and made an application for *habeas corpus*, one has no bearing on the others; the adequacy of one route is not bolstered by the existence of another.

[138] The question is not whether there were options available to Mr. Bird. There were. The question is whether it can be said that Parliament prescribed any one of them as the particular forum for raising a constitutional challenge to an LTSO condition. In my view, Parliament did not.

(3) Penalty on a Conviction (Factor (5))

[139] The majority and the courts below all recognize the severity of the penalty upon a conviction under s. 753.3 of the *Criminal Code*: up to 10 years' imprisonment. It is important to reiterate that barring Mr. Bird's attack on the constitutionality of the condition is to deny his defence at trial where he is facing a lengthy period of imprisonment.

[140] The general rule against collateral attacks flows from rule of law and administration of justice considerations — namely, that it is improper to bypass adjudicative processes established by the legislature. However, when criminal defences are barred in the face of severe sanctions, separate aspects of the rule of law and the administration of justice are clearly invoked. In particular, the rule of law instructs us to avoid outcomes predicated on legal errors and dictated purely by process, and to turn our minds to the repute of the administration of justice (*R. v.*

[137] Le ministère public n'a fait état d'aucune autre avenue viable permettant à M. Bird de contester son assignation à résidence. À mon avis, les trois avenues mentionnées par les juges majoritaires n'indiquent pas que le législateur avait l'intention de faire trancher la demande fondée sur la *Charte* de M. Bird exclusivement en dehors du processus criminel. Je conclus également qu'il ne convient pas de laisser entendre que des recours insuffisants individuellement peuvent devenir efficaces lorsqu'ils sont exercés conjointement. Même si M. Bird avait demandé un examen interne et présenté une demande de contrôle judiciaire en plus d'une demande d'*habeas corpus*, l'un n'a aucune incidence sur les autres; le caractère adéquat d'un recours n'est nullement renforcé par l'existence d'un autre.

[138] Il ne s'agit pas de savoir si M. Bird disposait de plusieurs recours. C'était bel et bien le cas. La question est de savoir si l'on peut dire que le législateur a prescrit l'un ou l'autre d'entre eux comme étant le forum particulier pour contester la constitutionnalité d'une condition prévue dans l'OSLD. À mon avis, le législateur ne l'a pas fait.

(3) Sanction imposable (facteur 5)

[139] Les juges majoritaires et les tribunaux d'instances inférieures reconnaissent tous la sévérité de la sanction prévue à l'art. 753.3 du *Code criminel* : une peine maximale de 10 ans d'emprisonnement. Il importe de rappeler qu'en empêchant M. Bird de contester la constitutionnalité de la condition, on le prive de son moyen de défense à un procès dans le cadre duquel il encourt une lourde peine d'emprisonnement.

[140] La règle générale interdisant les contestations incidentes découle de considérations relatives à la primauté du droit et à l'administration de la justice — à savoir qu'il ne convient pas de contourner les processus décisionnels établis par le législateur. Or, lorsque des moyens de défense en matière criminelle ne peuvent être présentés à l'encontre de sanctions sévères, des aspects différents de la primauté du droit et de l'administration de la justice peuvent clairement être en jeu. Plus particulièrement, le principe de la primauté du droit nous enseigne qu'il faut éviter

Litchfield, [1993] 4 S.C.R. 333, at pp. 349-50). This must be especially so where any potential error — for example convicting someone for breaching an invalid order — results in imprisonment. In my view, the trial judge’s task in a case such as this is to ask whether full answer and defence considerations and fair trial rights, which here arise in the face of serious criminal sanctions, outweigh rigid adherence to administrative structures, particularly where those structures are limited. In this vein, the words of the U.S. Supreme Court in *McKart v. United States*, 395 U.S. 185 (1969), at p. 197, are apt:

First of all, it is well to remember that use of the [rule barring challenges to administrative orders] in criminal cases can be exceedingly harsh. The defendant is often stripped of his only defense; he must go to jail without having any judicial review of an assertedly invalid order. This deprivation of judicial review occurs not when the affected person is affirmatively asking for assistance from the courts but when the Government is attempting to impose criminal sanctions on him. Such a result should not be tolerated unless the interests underlying the . . . rule clearly outweigh the severe burden imposed upon the registrant if he is denied judicial review.

[141] Mr. Bird could be sentenced to up to 10 years in prison if he is convicted. As set out above, his challenge to his residency requirement is the only defence he advanced. He could go to jail for a significant period of time without ever having the basis for that sentence — the residency condition — reviewed by a court for constitutional validity. While I ultimately conclude that Mr. Bird’s *Charter* claim is not made out in this case, in my view the prospect of someone in a situation like Mr. Bird’s mounting a meritorious *Charter* claim, yet being ineligible for a corresponding remedy because of the forum in which the claim was advanced, is an affront to both the administration of justice and the accused’s

les résultats fondés sur des erreurs de droit et dictés uniquement par le processus, et prêter attention à la considération dont jouit l’administration de la justice (*R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333, p. 349-350). Cela est d’autant plus vrai lorsque l’erreur qui peut être commise — par exemple, déclarer quelqu’un coupable d’avoir contrevenu à une ordonnance invalide — entraîne un emprisonnement. À mon avis, la tâche du juge du procès dans un cas comme celui qui nous occupe est de se demander si les considérations relatives à la défense pleine et entière et au droit à un procès équitable — qui entrent en jeu en l’espèce dans le contexte de possibles lourdes sanctions criminelles — l’emportent sur le respect rigoureux des structures administratives, surtout lorsque ces structures sont limitées. Dans le même esprit, les propos qu’a tenus la Cour suprême des États-Unis dans *McKart c. United States*, 395 U.S. 185 (1969), p. 197, sont pertinents :

[TRADUCTION] Tout d’abord, il ne faut pas oublier que l’application de la [règle interdisant la contestation des ordonnances administratives] dans les affaires criminelles peut être trop sévère. Le défendeur est souvent dépouillé de son seul moyen de défense; il doit aller en prison sans avoir eu accès au contrôle judiciaire d’une ordonnance censément invalide. Cette privation de contrôle judiciaire se produit non pas lorsque la personne visée demande affirmativement l’aide des tribunaux, mais bien lorsque le gouvernement tente de lui imposer des sanctions criminelles. Un tel résultat ne doit pas être toléré, à moins que les intérêts qui sous-tendent la [. . .] règle l’emportent clairement sur le lourd fardeau imposé à l’inscrit si on lui refuse le contrôle judiciaire.

[141] S’il est déclaré coupable, M. Bird est passible de 10 ans d’emprisonnement. Je le répète, la contestation de son assignation à résidence constitue son unique moyen de défense. Il pourrait être emprisonné pendant une longue période sans que la validité constitutionnelle du fondement de cette peine — l’assignation à résidence — n’ait jamais été examinée par un tribunal. Bien que je conclue en définitive que la prétention de M. Bird fondée sur la *Charte* n’est pas établie en l’espèce, l’idée qu’une personne se trouvant dans la même situation que lui qui présente une demande fondée sur la *Charte* méritant d’être instruite puisse quand même ne pas être admissible à une réparation correspondante en

Charter-protected right to make full answer and defence.

[142] I conclude that this factor weighs heavily in favour of finding that Parliament could not have intended a claim like Mr. Bird's to be barred in these circumstances.

(4) Conclusion on Collateral Attack

[143] I agree with the majority that the words and purpose of the relevant provisions of the *CCRA* indicate a broad and discretionary public safety mandate for the Parole Board in its supervision of long-term offenders. That purpose suggests that Parliament intended long-term offenders to be the responsibility of the Board. However, when the other *Maybrun* factors are considered, I am unable to conclude that the statute indicates legislative intent to provide an effective avenue for recourse to Mr. Bird to the extent that his defence at trial should be barred. I conclude that the *Maybrun* factors, considered together, indicate that Parliament cannot have intended to bar Mr. Bird's constitutional challenge to this LTSO condition. The Crown has not pointed to any other factors outside of the *Maybrun* framework to support its response in this appeal. Therefore, I find that Mr. Bird should be allowed to raise his defence at this time and in this forum.

B. *Charter Arguments*

(1) Preliminary Matter: New Charter Arguments Raised on Appeal

[144] At trial and in response to the Crown's appeal before the Saskatchewan Court of Appeal, Mr. Bird alleged that the residency order infringed his right to liberty under s. 7 of the *Charter*.

raison du forum dans lequel la demande a été présentée constitue, à mon avis, un affront à la fois à l'administration de la justice et au droit de l'accusé protégé par la *Charte* de présenter une défense pleine et entière.

[142] J'estime que ce facteur milite fortement pour la conclusion selon laquelle le législateur ne peut avoir eu l'intention d'interdire la présentation d'une demande comme celle de M. Bird dans les circonstances de l'espèce.

(4) Conclusion sur la contestation incidente

[143] Je conviens avec les juges majoritaires que le libellé et l'objet des dispositions pertinentes de la *LSCMLSC* indiquent qu'un vaste mandat de sécurité publique discrétionnaire a été confié à la Commission des libérations conditionnelles dans le cadre de sa surveillance des délinquants à contrôler. Cet objet permet de penser que le législateur a voulu que la Commission ait la responsabilité des délinquants à contrôler. Toutefois, en prenant en considération les autres facteurs énoncés dans *Maybrun*, je ne puis conclure que la loi indique une intention du législateur d'offrir à M. Bird une voie de recours efficace au point que l'on doive empêcher la présentation de sa défense au procès. J'estime que les facteurs énoncés dans *Maybrun*, examinés ensemble, indiquent que le législateur ne peut avoir voulu faire obstacle à la contestation constitutionnelle que M. Bird oppose à cette condition de son OSLD. Le ministère public n'a fait état d'aucun autre facteur en dehors du cadre d'analyse établi dans *Maybrun* qui puisse étayer sa prétention dans le présent pourvoi. Je conclus donc que M. Bird doit être autorisé à faire valoir son moyen de défense à ce moment-ci et devant le présent forum.

B. *Arguments fondés sur la Charte*

(1) Question préliminaire : nouveaux arguments fondés sur la Charte soulevés en appel

[144] Au procès et en réponse à l'appel interjeté par le ministère public devant la Cour d'appel de la Saskatchewan, M. Bird a fait valoir que l'ordonnance d'assignation à résidence portait atteinte au droit à la liberté que lui garantit l'art. 7 de la *Charte*.

[145] By way of a Notice of Constitutional Question before this Court, Mr. Bird additionally raised claims under both ss. 9 and 11(*h*) of the *Charter*. Under these provisions, he argued that his residency condition is unauthorized by s. 134.1(2) of the *CCRA* and therefore constitutes an arbitrary detention (s. 9) and an additional carceral sentence frustrating his expectation of liberty (s. 11(*h*)).

[146] While this Court has the discretion to hear new constitutional arguments on appeal, this discretion “should only be exercised exceptionally and never unless the challenger shows that doing so causes no prejudice to the parties” (*Guindon v. Canada*, 2015 SCC 41, [2015] 3 S.C.R. 3, at para. 23). The Court must take into account “all of the circumstances, including the state of the record, fairness to all parties, the importance of having the issue resolved by this Court, its suitability for decision and the broader interests of the administration of justice” (*Guindon*, at para. 20).

[147] Mr. Bird has not demonstrated that this is one of those “rare cases” that warrants this Court’s consideration of new constitutional arguments on appeal (*Guindon*, at para. 37). While the Crown and the Attorneys General of Canada and Ontario made submissions regarding all of Mr. Bird’s *Charter* claims, the Crown argued that it would not be proper to consider the new claims, despite any overlap between them and Mr. Bird’s original s. 7 claim. I am unable to determine whether the parties were prejudiced in the presentation of their cases by Mr. Bird’s failure to advance his ss. 9 and 11(*h*) claims at first instance. Further, I find that it would be unwise to proceed without the benefit of a record on Mr. Bird’s ss. 9 and 11(*h*) claims. As such, I consider only Mr. Bird’s s. 7 claim.

(2) Section 7

[148] Before this Court, Mr. Bird claims that his residency condition represents an arbitrary infringement of his right to liberty under s. 7 of the *Charter*.

[145] Au moyen d’un avis de question constitutionnelle déposé devant la Cour, M. Bird a en outre soulevé des prétentions fondées sur l’art. 9 et l’al. 11*h*) de la *Charte*. En se fondant sur ces dispositions, il a soutenu que son assignation à résidence n’est pas autorisée par le par. 134.1(2) de la *LSCMLSC* et qu’elle constitue par conséquent une détention arbitraire (art. 9) et une peine d’emprisonnement supplémentaire portant atteinte à son attente légitime en matière de liberté (al. 11*h*)).

[146] Bien que la Cour ait bel et bien le pouvoir discrétionnaire d’examiner de nouveaux arguments constitutionnels en appel, elle ne doit l’exercer « qu’à titre exceptionnel et jamais sans que le plaideur ne démontre que les parties n’en subiront pas un préjudice » (*Guindon c. Canada*, 2015 CSC 41, [2015] 3 R.C.S. 3, par. 23). La Cour doit tenir compte de « l’ensemble des circonstances, dont la teneur du dossier, l’équité envers toutes les parties, l’importance que la question soit résolue par la Cour, le fait que l’affaire se prête ou non à une décision et les intérêts de l’administration de la justice en général » (*Guindon*, par. 20).

[147] M. Bird n’a pas démontré qu’il s’agit de l’un des cas « rare[s] » où la Cour examine en appel des arguments nouveaux de nature constitutionnelle (*Guindon*, par. 37). Même si le ministère public et les procureurs généraux du Canada et de l’Ontario ont présenté des observations au sujet de l’ensemble des prétentions de M. Bird fondées sur la *Charte*, le ministère public soutient qu’il ne conviendrait pas d’examiner les nouvelles prétentions, malgré le chevauchement qu’il peut y avoir entre celles-ci et la prétention initiale de M. Bird fondée sur l’art. 7. Je ne suis pas en mesure de savoir si l’omission de M. Bird de faire valoir dès le départ ses prétentions fondées sur l’art. 9 et sur l’al. 11*h*) a causé un préjudice aux parties dans la présentation de leur cause. De plus, j’estime qu’il serait imprudent de procéder sans disposer d’un dossier relatif aux prétentions de M. Bird fondées sur l’art. 9 et sur l’al. 11*h*). Je me pencherai donc uniquement sur sa prétention fondée sur l’art. 7.

(2) Article 7

[148] Devant la Cour, M. Bird soutient que son assignation à résidence constitue une atteinte arbitraire au droit à la liberté que lui garantit l’art. 7

(Mr. Bird challenges only the constitutionality of his residency condition, and not the constitutionality of any applicable statutory provisions.) In essence, Mr. Bird argues that his residency condition is arbitrary because it is contrary to the purpose of the long-term offender regime: to manage the release of offenders back into the community. He places great emphasis on Oskana Centre's status as a "penitentiary" under the *CCRA*, arguing that he should not be required to serve as an inmate in a "penitentiary" after the expiry of his carceral sentence. He says that a contextual interpretation of s. 134.1 of the *CCRA* demonstrates that Parliament did not contemplate residency in "penitentiaries" for long-term offenders.

[149] The Crown concedes that Mr. Bird's residency condition engages his liberty interest under s. 7 of the *Charter*. As such, the only question is whether the residency condition is arbitrary in respect of the purpose of s. 134.1(2) of the *CCRA* and the long-term offender regime generally. An infringement of liberty will be arbitrary in a manner that infringes s. 7 of the *Charter* where it bears no rational connection to the purpose of the governing law (*Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at para. 111; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331, at para. 83). As arbitrariness requires *no connection* between the purpose of the law and its impugned effects, it will generally be difficult for a claimant to establish (*Bedford*, at para. 119).

[150] The question before us is essentially one of statutory interpretation. Accordingly, our task is to assess the scope of s. 134.1(2) in light of its text, context, and purpose (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27). We must ask whether s. 134.1(2) empowers the Board to require Mr. Bird to "[r]eside at a community correctional centre . . . approved by the Correctional Service of Canada, for a period of 180 days". Is such a requirement "reasonable and necessary in order to protect society and to facilitate . . . successful reintegration into society"?

de la *Charte*. (Il conteste seulement la constitutionnalité de cette assignation, et non la constitutionnalité des dispositions législatives applicables.) Essentiellement, il fait valoir que son assignation à résidence est arbitraire parce qu'elle est contraire à l'objectif du régime applicable aux délinquants à contrôler : veiller à la mise en liberté des délinquants dans la collectivité. Il insiste beaucoup sur le statut de « pénitencier » au sens de la *LSCMLSC* du Centre Oskana, affirmant qu'il ne devrait pas avoir à être détenu dans un « pénitencier » après l'expiration de sa peine d'emprisonnement. Pour lui, une interprétation contextuelle de l'art. 134.1 de la *LSCMLSC* démontre que le législateur n'a pas voulu que les délinquants à contrôler puissent être assignés à résidence dans des « pénitenciers ».

[149] Le ministère public reconnaît que l'assignation à résidence de M. Bird met en jeu le droit à la liberté que lui garantit l'art. 7 de la *Charte*. Il ne reste donc qu'à savoir si cette assignation est arbitraire eu égard à l'objet du par. 134.1(2) de la *LSCMLSC* et du régime des délinquants à contrôler en général. L'atteinte à la liberté est arbitraire d'une manière qui enfreint l'art. 7 de la *Charte* si elle n'a aucun lien rationnel avec l'objet de la loi applicable (*Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, par. 111; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, par. 83). Comme le caractère arbitraire n'existe qu'en l'absence de lien entre l'objet de la loi et ses effets allégués, il est généralement difficile pour le demandeur de l'établir (*Bedford*, par. 119).

[150] La question que nous sommes appelés à trancher en est essentiellement une d'interprétation des lois. En effet, nous devons apprécier la portée du par. 134.1(2) à la lumière de son libellé, de son contexte et de son objet (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27). Nous devons nous demander si le par. 134.1(2) habilite la Commission à obliger M. Bird à [TRADUCTION] « [r]ésider dans un centre correctionnel communautaire [. . .] approuvé par le Service correctionnel du Canada, pendant une période de 180 jours ». S'agit-il d'une condition « raisonnable [. . .] et nécessaire [. . .] pour protéger la société et favoriser la réinsertion sociale »?

(a) *Section 134.1(2) and the Purpose of the Long-Term Offender Regime*

[151] Long-term supervision is a form of “exceptional” sentence “reserved for individuals who pose an ongoing threat to the public and accordingly merit enhanced sentences on preventive grounds” (*R. v. Steele*, 2014 SCC 61, [2014] 3 S.C.R. 138, at para. 1). An offender is not declared a long-term offender lightly; among other things, the sentencing court must be satisfied that there is a substantial risk that the offender will reoffend (*Criminal Code*, s. 753.1(1)(b)). In *R. v. L.M.*, 2008 SCC 31, [2008] 2 S.C.R. 163, at para. 46, this Court held that the specific objective of long-term supervision is “to ensure that the offender does not reoffend and to protect the public during a period of supervised reintegration into that society” (see also *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433, at para. 48). Rehabilitation is a critical component of an offender’s reintegration (*Ipeelee*, at paras. 48 and 50).

[152] These purposes are reflected in the language of s. 134.1(2) of the *CCRA*, which states:

The Board may establish conditions for the long-term supervision of the offender that it considers reasonable and necessary in order to protect society and to facilitate the successful reintegration into society of the offender.

[153] These purposes are also reflected in s. 100 of the *CCRA*, which applies to long-term offenders by virtue of s. 99.1. Section 100 sets out the overarching purpose of conditional release — of which long-term supervision is a form:

The purpose of conditional release is to contribute to the maintenance of a just, peaceful and safe society by means of decisions on the timing and conditions of release that will best facilitate the rehabilitation of offenders and their reintegration into the community as law-abiding citizens.

[154] In light of the above, it is not accurate to say, as Mr. Bird does, that the purpose of long-term

a) *Le paragraphe 134.1(2) et l’objet du régime des délinquants à contrôler*

[151] La surveillance de longue durée est une forme de peine « exceptionnell[e] » qui est « réservé[e] aux délinquants qui font peser sur la société une menace permanente de nature à justifier, à titre préventif, une peine plus sévère » (*R. c. Steele*, 2014 CSC 61, [2014] 3 R.C.S. 138, par. 1). On ne déclare pas quelqu’un délinquant à contrôler à la légère; le tribunal chargé de la détermination de la peine doit notamment être convaincu que le délinquant risque vraisemblablement de récidiver (*Code criminel*, al. 753.1(1)b)). Au paragraphe 46 de l’arrêt *R. c. L.M.*, 2008 CSC 31, [2008] 2 R.C.S. 163, la Cour a conclu que la surveillance de longue durée vise précisément « la prévention contre la récidive et la protection du public au cours d’une période de réinsertion sociale contrôlée » (voir aussi *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433, par. 48). La réadaptation est un élément essentiel de la réinsertion du délinquant (*Ipeelee*, par. 48 et 50).

[152] Ces objectifs se reflètent dans le libellé du par. 134.1(2) de la *LSCMLSC*, qui prévoit ceci :

La Commission peut imposer au délinquant les conditions de surveillance qu’elle juge raisonnables et nécessaires pour protéger la société et favoriser la réinsertion sociale du délinquant.

[153] Ces objectifs se reflètent également dans l’art. 100 de la *LSCMLSC*, qui s’applique aux délinquants à contrôler aux termes de l’art. 99.1. L’article 100 énonce l’objectif général de la mise en liberté sous condition — qui peut notamment prendre la forme d’une surveillance de longue durée :

La mise en liberté sous condition vise à contribuer au maintien d’une société juste, paisible et sûre en favorisant, par la prise de décisions appropriées quant au moment et aux conditions de leur mise en liberté, la réadaptation et la réinsertion sociale des délinquants en tant que citoyens respectueux des lois.

[154] Compte tenu de ce qui précède, il est faux de prétendre, comme le fait M. Bird, que la surveillance

supervision is the release of offenders into the community. Rather, long-term supervision is designed to facilitate the *controlled* or *supervised community re-entry* of offenders who have been found to pose a risk to society.

[155] Although sentencing courts are responsible for declaring individuals long-term offenders under s. 753.1(3) of the *Criminal Code*, the management of those offenders and the establishment of LTSOs and attendant conditions are the responsibility of the Board (s. 753.2(1)). In this regard, the Board is governed by the relevant provisions of the *CCRA* — most notably s. 134.1.

[156] The text of s. 134.1(2), excerpted above, explicitly grants the Board broad discretion to set LTSO conditions. This discretion is limited only by the requirement that the conditions must aim at protecting society or facilitating the long-term offender's reintegration into society. It is for the Board to determine what *it* considers to be reasonable and necessary to meet those objectives. On its own, the text of the provision strongly supports the conclusion that the Board is authorized to impose residency requirements.

[157] Moreover, and more crucially, the purposes of the long-term offender regime are best achieved by interpreting s. 134.1(2) as authorizing the Board to order residency where it deems fit, including in a community-based residential facility such as Oskana Centre. It goes without saying that requiring a long-term offender to spend a transitional period within a facility like Oskana Centre enables increased supervision, which in turn contributes to protecting society and facilitating effective reintegration. An interpretation of s. 134.1(2) which limits the availability of transitional facilities would hinder the effectiveness of efforts to rehabilitate and reintegrate long-term offenders. Supervision for the purpose of protecting the public *and* facilitating reintegration into society is a careful and case-specific exercise. As stated in *Ipeelee*, at para. 43, LTSOs were designed to “supplement the all-or-nothing alternatives of definite or

de longue durée vise la mise en liberté des délinquants dans la collectivité. Elle vise plutôt à favoriser le retour contrôlé ou surveillé dans la société des délinquants dont on juge qu'ils constituent un risque pour la société.

[155] S'il incombe aux tribunaux chargés de la détermination de la peine de déclarer les individus délinquants à contrôler en application du par. 753.1(3) du *Code criminel*, l'encadrement de ces délinquants et l'établissement des OSLD ainsi que des conditions connexes relèvent de la Commission (par. 753.2(1)). À cet égard, cette dernière est régie par les dispositions pertinentes de la *LSCMLSC* — plus particulièrement l'art. 134.1.

[156] Le libellé du par. 134.1(2), reproduit précédemment, investit expressément la Commission d'un large pouvoir discrétionnaire d'établir les conditions dont sont assorties les OSLD. Ce pouvoir discrétionnaire est limité uniquement par l'exigence selon laquelle les conditions doivent viser à protéger la société ou à favoriser la réinsertion sociale du délinquant à contrôler. C'est à la Commission qu'il incombe de déterminer ce *qu'elle* juge raisonnable et nécessaire pour atteindre ces objectifs. Le libellé de la disposition étaye fortement, à lui seul, la conclusion selon laquelle la Commission est autorisée à imposer des assignations à résidence.

[157] En outre, et cet aspect est encore plus crucial, le meilleur moyen d'atteindre les objectifs du régime applicable aux délinquants à contrôler consiste à interpréter le par. 134.1(2) comme autorisant la Commission à ordonner l'assignation à résidence où bon lui semble, y compris dans un établissement résidentiel communautaire comme le Centre Oskana. Il va sans dire que le fait d'obliger un délinquant à contrôler à passer une période de transition dans un établissement comme ce centre permet une surveillance accrue, laquelle permet à son tour de protéger la société et de favoriser une réinsertion efficace. Une interprétation du par. 134.1(2) qui aurait pour effet de limiter l'éventail des établissements de transition nuirait à l'efficacité des efforts déployés pour assurer la réadaptation et la réinsertion des délinquants à contrôler. Le choix de la surveillance qui vise à protéger le public *et* à favoriser la réinsertion sociale

indefinite detention”. Section 134.1(2) must be read in a manner consistent with this intent.

(b) *The Significance of Oskana Centre Being a “Penitentiary” Under the CCRA*

[158] Mr. Bird argues that because community correctional centres like Oskana Centre fall within the definition of “penitentiary” in s. 2 of the *CCRA*, long-term offenders cannot be ordered to reside in them. Framed differently, Mr. Bird essentially submits that his mandated presence at Oskana Centre under his LTSO amounts to an impermissible (and therefore arbitrary) extension of his carceral sentence. I am unable to agree with this submission.

[159] For the purposes of the *CCRA*, “penitentiary” encompasses *all* facilities that are “operated, permanently or temporarily, by the [CSC] for the care and custody of inmates” (s. 2). In practical terms, and based on the record before us, this means that “penitentiary” captures two categories of facilities: (1) federal “institutions” operated by CSC, which includes what are colloquially known as “prisons” or “penitentiaries”, and (2) those “community-based residential facilities” that are operated by CSC. (These include what are commonly called “halfway houses” and other forms of placements.) “Community correctional centres”, like Oskana Centre, fall into the second category; accordingly, they are “penitentiaries” under the *CCRA*. Community-based residential facilities that are operated by contractors are known as “community residential facilities”; these are not “penitentiaries”.

[160] As per CSC’s *Commissioner’s Directive 706*, “Classification of Institutions”, made under

constitue un exercice au cas par cas auquel il faut se livrer avec minutie. Comme l’a affirmé la Cour au par. 43 de l’arrêt *Ipeelee*, les OSLD ont été conçus pour « compléter les solutions du tout ou rien que représentaient la détention à durée déterminée et la détention à durée indéterminée ». Il faut donc interpréter le par. 134.1(2) conformément à cette intention.

b) *L’importance de la qualité de « pénitencier » du Centre Oskana au sens de la LSCMLSC*

[158] Selon M. Bird, puisque les centres correctionnels communautaires comme le Centre Oskana sont visés par la définition de « pénitencier » énoncée à l’art. 2 de la *LSCMLSC*, on ne peut ordonner aux délinquants à contrôler d’y résider. Autrement dit, M. Bird soutient essentiellement que sa présence obligatoire au Centre Oskana en application de son OSLD équivaut à une prolongation inadmissible (et donc arbitraire) de sa peine d’emprisonnement. Je ne puis souscrire à cet argument.

[159] Pour l’application de la *LSCMLSC*, le terme « pénitencier » vise *tous* les établissements qui sont « administré[s] à titre permanent ou temporaire par le [SCC] pour la prise en charge et la garde des détenus » (art. 2). Concrètement, et compte tenu du dossier dont nous disposons, cela signifie que le terme « pénitencier » vise deux catégories d’établissements : (1) les « établissements » fédéraux administrés par le SCC, qui comprennent ce que l’on appelle familièrement les « prisons » ou les « pénitenciers », et (2) les « établissements résidentiels communautaires » qui sont administrés par le SCC. (Ces établissements comprennent ce que l’on appelle communément les « maisons de transition » et d’autres formes de placements.) Les « centres correctionnels communautaires », comme le Centre Oskana, appartiennent à la deuxième catégorie; ce sont donc des « pénitenciers » au sens de la *LSCMLSC*. Les établissements résidentiels communautaires qui sont administrés par des entrepreneurs sont connus sous le nom de « centres résidentiels communautaires » et ce ne sont pas des « pénitenciers ».

[160] Selon la *Directive du commissaire n° 706*, « Classification des établissements » du SCC,

the authority of s. 98 of the *CCRA*, community correctional centres like Oskana Centre are

federally operated community-based residential facilities that provide a structured living environment with 24-hour supervision, programs, and interventions for the purpose of safely reintegrating offenders into the community. These facilities, which may also have an enhanced programming component, accommodate offenders under federal jurisdiction who have been released to the community on unescorted temporary absences, day parole, full parole, work releases, statutory release, as well as those subject to long-term supervision orders.

[161] While Mr. Bird is correct to note that Oskana Centre falls within the definition of “penitentiary” in s. 2 of the *CCRA*, I do not accept the significance he places on this classification. As set out above, “penitentiary” is broadly defined to include facilities which do not conform with the colloquial concept of “penitentiaries”. There is nothing in the text or context of the *CCRA* to suggest that CSC-operated community-based residential facilities can *only* house inmates serving carceral sentences; indeed, as discussed further below, Parliament expressly contemplated that long-term offenders could reside at (any) community-based residential facilities where required to limit risks (s. 135.1).

[162] If long-term offenders were not permitted to live anywhere deemed a “penitentiary” under the statute, the Board’s capacity to tailor conditions to the specific needs of the long-term offender with an eye to public safety and rehabilitation would be severely limited.

[163] Finally, I do not see a principled basis for concluding that long-term offenders like Mr. Bird can be ordered to reside in community residential facilities operated by contractors, but not community-based residential facilities operated by CSC (such as community correctional centres) because of a

adoptée en vertu de l’art. 98 de la *LSCMLSC*, les centres correctionnels communautaires comme le Centre Oskana sont

[des] établissement[s] résidentiel[s] communautaire[s] qu’administre le gouvernement fédéral et qui offre[nt] un milieu de vie structuré avec surveillance 24 heures sur 24 ainsi que des programmes et des interventions en vue de réinsérer les délinquants dans la collectivité en toute sécurité. Ces établissements, qui peuvent également offrir des programmes enrichis, accueillent des délinquants sous responsabilité fédérale libérés dans la collectivité aux termes d’une permission de sortir sans escorte, d’une semi-liberté, d’une libération conditionnelle totale, d’un placement à l’extérieur ou d’une libération d’office, ainsi que des délinquants visés par une ordonnance de surveillance de longue durée.

[161] Bien que M. Bird souligne avec raison que le Centre Oskana est visé par la définition de « pénitencier » énoncée à l’art. 2 de la *LSCMLSC*, je ne puis souscrire à l’importance qu’il accorde à cette qualification. Comme je l’ai indiqué précédemment, le terme « pénitencier » est défini largement de façon à viser des établissements qui ne correspondent pas à la notion familière de « pénitenciers ». Rien dans le libellé ou le contexte de la *LSCMLSC* n’indique que les établissements résidentiels communautaires administrés par le SCC peuvent *uniquement* héberger des détenus purgeant une peine d’emprisonnement; d’ailleurs, comme nous le verrons plus loin, le législateur a expressément envisagé que les délinquants à contrôler pourraient résider dans (tout) établissement résidentiel communautaire lorsque cela s’avère nécessaire pour limiter les risques (art. 135.1).

[162] Si les délinquants à contrôler ne pouvaient pas vivre dans un endroit réputé constituer un « pénitencier » au sens de la loi, la capacité de la Commission d’élaborer des conditions adaptées aux besoins particuliers de chaque délinquant à contrôler en tenant compte de la sécurité publique et de la réadaptation serait considérablement restreinte.

[163] Enfin, je ne vois aucune raison logique de conclure que l’on peut ordonner aux délinquants à contrôler comme M. Bird de résider dans des centres résidentiels communautaires administrés par des entrepreneurs, mais pas dans des établissements résidentiels communautaires administrés

definitional distinction (the latter, unlike the former, constituting “penitentiaries” under the *CCRA*). The fact that some community-based residential facilities can technically be called “penitentiaries” under the *CCRA* has no bearing on their availability for long-term offenders at the discretion of the Board under s. 134.1(2).

(c) *Contextual Interpretation of Section 134.1(2)*

[164] Finally, Mr. Bird argues that a contextual interpretation of s. 134.1(2) demonstrates that the Board does not have the authority to order residency in community correctional centres under that provision.

[165] First, Mr. Bird distinguishes s. 134.1, which does not *expressly* contemplate residence in a community correctional centre for long-term offenders, from ss. 133(4) to 133(4.2), which do in the case of parolees, inmates on unescorted temporary absences, and those subject to statutory release. Referring to that distinction, Mr. Bird submits that Parliament chose to exempt long-term offenders from having to reside in community correctional centres. The explanation for this distinction, in Mr. Bird’s view, is that an offender governed by s. 133 has yet to complete his or her sentence, while an LTSO only begins once the offender’s carceral sentence has expired. Increased restrictions — such as a requirement to reside in a community correctional centre — are justifiable for those still serving sentences.

[166] I disagree that the distinction between ss. 134.1 and 133 sheds light on the scope of the Board’s discretion under s. 134.2(1) in the manner urged by Mr. Bird. Sections 133(4) and 133(4.1) serve a clear purpose in the context of s. 133; they clarify the circumstances in which ordinary offenders on parole, temporary absence or statutory release can be placed in community-based residential facilities, including community correctional centres

par le SCC, en raison d’une distinction d’ordre définitionnel (puisque les derniers, contrairement aux premiers, constituent des « pénitenciers » au sens de la *LSCMLSC*). Le fait que certains établissements résidentiels communautaires puissent techniquement être qualifiés de « pénitenciers » au sens de la *LSCMLSC* n’a aucune incidence sur leur capacité d’héberger des délinquants à contrôler si c’est ce type d’hébergement que prescrit la Commission en vertu du par. 134.1(2).

c) *L’interprétation contextuelle du par. 134.1(2)*

[164] Enfin, M. Bird soutient qu’une interprétation contextuelle du par. 134.1(2) démontre que la Commission n’a pas le pouvoir, en vertu de cette disposition, d’ordonner que des délinquants résident dans des centres correctionnels communautaires.

[165] D’abord, M. Bird fait une distinction entre l’art. 134.1, qui ne prévoit pas *expressément* la résidence dans un centre correctionnel communautaire pour les délinquants à contrôler, et les par. 133(4) à (4.2), qui le font dans le cas des délinquants en liberté conditionnelle, des détenus bénéficiant d’une permission de sortir sans escorte et de ceux bénéficiant d’une libération d’office. S’appuyant sur cette distinction, M. Bird soutient que le législateur a choisi de dispenser les délinquants à contrôler de l’obligation de résider dans des centres correctionnels communautaires. Selon M. Bird, cette distinction s’explique par le fait que le délinquant visé par l’art. 133 n’a pas fini de purger sa peine, tandis que l’OSLD ne s’applique qu’après l’expiration de la peine d’emprisonnement du délinquant. Des contraintes accrues — comme l’obligation de résider dans un centre correctionnel communautaire — sont justifiables pour ceux qui n’ont pas fini de purger leur peine.

[166] À mon avis, cette distinction entre les art. 134.1 et 133 ne permet pas d’interpréter la portée du pouvoir discrétionnaire que confère le par. 134.2(1) à la Commission comme le propose M. Bird. Les paragraphes 133(4) et (4.1) répondent à un objectif clair dans le contexte de l’art. 133; ils précisent les circonstances dans lesquelles les délinquants ordinaires bénéficiant d’une libération conditionnelle, d’une permission de sortir sans escorte ou

(s. 133(4.2)). In particular, they clarify that the Board (or releasing authority's) jurisdiction to impose residency is more limited for offenders on statutory release than it is for offenders on parole or unescorted temporary absence. Parliament's choice to treat different categories of offenders serving carceral sentences differently (with respect to residency) under s. 133 has no bearing on the availability of residency requirements for long-term offenders under s. 134.1.

[167] In addition, I agree with the Federal Court of Appeal's decision in *Normandin*, at paras. 33-38, that Mr. Bird's reading of ss. 133 and 134.1 would result in ordinary offenders with a low risk of recidivism being subject to residency conditions like Mr. Bird's, while those declared long-term offenders — who by definition pose a high risk of recidivism — being subject to less state control. This interpretation is at odds with the purpose of the long-term offender regime and the broad discretion afforded the Board under s. 134.1(2) to set conditions with an eye to public safety and facilitating reintegration.

[168] I add this. If Mr. Bird's interpretation of the distinction between ss. 133 and 134.1 were accepted, the implication would be that conditions which are explicitly contemplated in other parts of the statute — such as limitations on drug and alcohol use in s. 133(3) — would be impermissible under s. 134.1(2). Given the purpose of s. 134.1(2) and the long-term offender regime, it would be absurd to interpret s. 134.1(2) as prohibiting conditions related to drugs and alcohol for long-term offenders whose risk of recidivism is tied to those substances.

d'une libération d'office peuvent être placés dans des établissements résidentiels communautaires, y compris des centres correctionnels communautaires (par. 133(4.2)). Plus particulièrement, ils précisent que la compétence de la Commission (ou de l'autorité compétente) pour imposer une assignation à résidence est beaucoup plus limitée pour les délinquants bénéficiant d'une libération d'office que pour ceux bénéficiant d'une libération conditionnelle ou d'une permission de sortir sans escorte. Or, le choix du législateur d'accorder, suivant l'art. 133, un traitement distinct pour différentes catégories de délinquants purgeant une peine d'emprisonnement (en ce qui concerne la résidence) n'a aucune incidence sur la possibilité d'assigner les délinquants à contrôler à résidence sous le régime de l'art. 134.1.

[167] De plus, je souscris à la conclusion tirée par la Cour d'appel fédérale aux par. 33-38 de l'arrêt *Normandin*, selon laquelle l'interprétation que donne M. Bird aux art. 133 et 134.1 permettrait que les délinquants ordinaires présentant un faible risque de récidive fassent l'objet d'assignations à résidence comme celle de M. Bird, mais que ceux déclarés délinquants à contrôler — qui, par définition, présentent un risque de récidive élevé — fassent l'objet d'un contrôle moins strict de la part de l'État. Cette interprétation va à l'encontre de l'objectif du régime applicable aux délinquants à contrôler et du large pouvoir discrétionnaire que confère le par. 134.1(2) à la Commission d'établir des conditions en tenant compte de la sécurité publique et de la facilitation de la réinsertion.

[168] J'ajouterai ceci. S'il fallait que l'interprétation que donne M. Bird à la distinction entre l'art. 133 et l'art. 134.1 soit retenue, cela voudrait dire que les conditions qui sont expressément prévues ailleurs dans la loi — comme celles portant sur la consommation de drogues ou d'alcool prévues au par. 133(3) — ne seraient pas admissibles au titre du par. 134.1(2). Or, compte tenu de l'objet du par. 134.1(2) et de celui du régime applicable aux délinquants à contrôler, il serait absurde d'interpréter le par. 134.1(2) de telle sorte qu'il interdise les conditions relatives aux drogues et à l'alcool pour les délinquants à contrôler dont le risque de récidive est lié à la consommation de ces substances.

[169] Second, Mr. Bird points to ss. 135.1(1)(c) and 135.1(2), which give the Board the authority to commit a long-term offender to 90 days in a community-based residential facility if that offender breaches a condition of his or her LTSO or if the Board is “satisfied that it is necessary and reasonable” to prevent such a breach. He argues that this provision must be taken as outlining the only circumstances in which a long-term offender can be ordered to reside in community-based residential facilities. He adds that the prescribed 90-day period should be taken as indicative of what Parliament deems to be an appropriate tenure for a long-term offender within a community-based residential facility.

[170] This argument is unconvincing. Section 134.1 addresses the Board’s task of establishing conditions attached to an LTSO. The focus of s. 135.1(1)(c) is different. That section confers a distinct power on “[a] member of the Board or a person designated” in critical or emergency situations in which a long-term offender has breached, or is likely to breach, an LTSO condition or put society at risk. In such situations, one of the specified individuals may, by warrant, authorize the commitment of an offender to a community-based residential facility, a mental health facility, or custody. This power to *move* a long-term offender on short notice into one of these places says nothing about where the long-term offender may properly have been located under s. 134.1(2) prior to the s. 135.1(1) move.

[171] In other words, to the extent that ss. 134.1(2) and 135.1 overlap in addressing the power to place a long-term offender in a community-based residential facility, there is no conflict between these provisions. As stated in *Normandin*, at para. 61, “the limited applicability of section 135.1 contrasts with the much broader power to set conditions of supervision under subsection 134.1(2)”. Where two provisions overlap but do not conflict, it is presumed that both are to be given full effect in accordance

[169] Ensuite, M. Bird fait état de l’al. 135.1(1)c) et du par. 135.1(2), qui habilite la Commission à ordonner l’internement d’un délinquant à contrôler pendant 90 jours dans un établissement résidentiel communautaire lorsque ce délinquant enfreint une condition de son OSLD ou si la Commission est « convaincu[e] qu’il est raisonnable et nécessaire » de le faire pour empêcher une telle infraction. Il fait valoir que cette disposition doit être interprétée comme énonçant les seules circonstances où l’on peut ordonner à un délinquant à contrôler de résider dans un établissement résidentiel communautaire. Il ajoute que la période prescrite de 90 jours doit être considérée comme une indication de ce que le législateur juge approprié quant à la durée de l’assignation à résidence d’un délinquant à contrôler dans un établissement résidentiel communautaire.

[170] Cet argument n’est pas convaincant. L’article 134.1 traite de la tâche de la Commission qui consiste à établir les conditions dont est assortie une OSLD. L’objet de l’al. 135.1(1)c) est différent. En effet, cette disposition confère un pouvoir distinct à « un membre de la Commission ou [à] la personne [. . .] désign[ée] » dans des situations critiques ou urgentes où un délinquant à contrôler a enfreint, ou risque d’enfreindre, une condition de son OSLD ou présente un risque pour la société. Dans ces situations, une des personnes mentionnées peut, par mandat, ordonner l’internement du délinquant dans un établissement résidentiel communautaire ou un établissement psychiatrique, ou son incarcération. Ce pouvoir de *déplacer* avec peu de préavis le délinquant à contrôler dans l’un de ces endroits ne dit rien au sujet de l’endroit où ce dernier pouvait à juste titre se trouver selon le par. 134.1(2) avant le déplacement effectué en vertu du par. 135.1(1).

[171] En d’autres termes, dans la mesure où le par. 134.1(2) et l’art. 135.1 se chevauchent en ce qui concerne le pouvoir de placer un délinquant à contrôler dans un établissement résidentiel communautaire, il n’y a pas de conflit entre ces dispositions. Comme l’a précisé la Cour au par. 61 de l’arrêt *Normandin*, « le pouvoir d’application restreinte de l’article 135.1 s’oppose à celui beaucoup plus large de fixer des conditions de surveillance prévu au paragraphe 134.1(2) ». Lorsque deux dispositions se chevauchent sans entrer

with their terms unless there is evidence that one was intended to be an exhaustive account of the applicable law (*Thibodeau v. Air Canada*, 2014 SCC 67, [2014] 3 S.C.R. 340, at para. 98). There is no indication that s. 135.1 was intended to exhaust the circumstances in which a long-term offender can be placed in a community-based residential facility; by its own wording, s. 135.1 is limited to certain particular circumstances, which circumstances might call for placement in a community-based residential facility *or* a mental health facility or custody. The wording and apparent purpose of s. 135.1 do not detract from the Board's ability to set residency conditions under its broad s. 134.1(2) authority.

[172] I also conclude that there is nothing in s. 135.1 to suggest that Parliament intended for a long-term offender's residency in a community correctional centre to be limited to 90 days as a general matter. The 90-day period refers specifically to the period of risk or emergency contemplated by s. 135.1(1)(c) itself. It is consistent with the urgent and warrant-driven basis for the provision that the prescribed period be limited.

[173] I conclude that the text, context, and purpose of s. 134.1(2) confirm that the Board is empowered to set residency conditions like the one imposed on Mr. Bird where they are reasonable and necessary to achieve the objects of the long-term offender regime. The residency condition in this case was informed by Mr. Bird's specific circumstances, as described in his lengthy corrections record and the assessment provided by CSC. Given those circumstances — which include a significant history of failures to comply, substance abuse, and a long criminal record — and the purpose of s. 134.1(2) in the context of the long-term offender regime, Mr. Bird's residency condition is not arbitrary under s. 7 of the *Charter*.

en conflit, on présume qu'il y a lieu de donner pleinement effet aux deux dispositions conformément à leur libellé, à moins d'une preuve qu'une des dispositions visait à énoncer de manière exhaustive le droit applicable (*Thibodeau c. Air Canada*, 2014 CSC 67, [2014] 3 R.C.S. 340, par. 98). Rien n'indique que l'art. 135.1 visait à énoncer de façon exhaustive les circonstances dans lesquelles un délinquant à contrôler peut être placé dans un établissement résidentiel communautaire; de par son propre libellé, l'application de l'art. 135.1 se limite à certaines circonstances particulières, qui peuvent commander un placement dans un établissement résidentiel communautaire *ou* un établissement psychiatrique, ou une incarcération. Le libellé et l'objet manifeste de l'art. 135.1 n'altèrent en rien la capacité de la Commission d'ordonner des assignations à résidence en vertu du large pouvoir dont l'investit le par. 134.1(2).

[172] Je conclus également que rien dans l'art. 135.1 ne donne à penser que le législateur a voulu limiter à 90 jours de façon générale la durée de la résidence d'un délinquant à contrôler dans un centre correctionnel communautaire. La période de 90 jours se rapporte précisément à la situation de risque ou d'urgence que vise l'al. 135.1(1)(c) lui-même. Il convient au caractère urgent de la situation visée par la disposition et au fait qu'elle exige un mandat que la période prescrite soit limitée.

[173] Ainsi, selon moi, le libellé, le contexte et l'objet du par. 134.1(2) confirment que la Commission est habilitée à ordonner des assignations à résidence comme celle qu'elle a imposée à M. Bird lorsqu'elles sont raisonnables et nécessaires pour atteindre les objectifs du régime applicable aux délinquants à contrôler. L'assignation à résidence imposée en l'espèce reposait sur la situation particulière de M. Bird, telle qu'elle est décrite dans son lourd dossier correctionnel et dans l'évaluation fournie par le SCC. Compte tenu de cette situation — qui comporte d'importants antécédents en matière de défaut de se conformer, des problèmes de toxicomanie et un casier judiciaire chargé — et de l'objet du par. 134.1(2) dans le contexte du régime applicable aux délinquants à contrôler, l'assignation à résidence imposée à M. Bird n'est pas arbitraire au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'art. 7 de la *Charte*.

IV. Conclusion

[174] I agree with the trial judge that Mr. Bird's constitutional challenge to his LTSO residency condition should have been permitted at his trial for breach of that condition. Nevertheless, once permitted, I conclude that Mr. Bird's claim under s. 7 of the *Charter* fails. Mr. Bird admits the elements of the offence under s. 753.3. Therefore, I would dismiss Mr. Bird's appeal and uphold his conviction. The parties do not seek costs.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Community Legal Assistance for Saskatoon Inner City Inc., Saskatoon; Greenspan Humphrey Weinstein, Toronto.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Saskatchewan, Regina.

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

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

Solicitors for the intervener the Aboriginal Legal Services Inc.: Aboriginal Legal Services Inc., Toronto.

Solicitors for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights: Breese Davies Law, Toronto; David Asper Centre for Constitutional Rights, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: IMK, Montréal.

IV. Conclusion

[174] Je suis d'accord avec le juge du procès pour dire qu'on aurait dû permettre à M. Bird de contester la constitutionnalité de l'assignation à résidence prévue dans son OSLD dans le cadre du procès qu'il a subi pour avoir contrevenu à cette condition. Cela dit, une fois cette contestation permise, je conclus que la prétention de M. Bird fondée sur l'art. 7 de la *Charte* ne tient pas. M. Bird admet les éléments de l'infraction décrite à l'art. 753.3. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter son pourvoi et de confirmer la déclaration de culpabilité prononcée contre lui. Les parties ne réclament aucuns dépens.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant : Community Legal Assistance for Saskatoon Inner City Inc., Saskatoon; Greenspan Humphrey Weinstein, Toronto.

Procureur de l'intimée : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

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

Procureur de l'intervenante la procureure générale de l'Ontario : Procureure générale de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Aboriginal Legal Services Inc. : Aboriginal Legal Services Inc., Toronto.

Procureurs de l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights : Breese Davies Law, Toronto; David Asper Centre for Constitutional Rights, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : IMK, Montréal.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

C.J. *Respondent*

INDEXED AS: R. v. C.J.

2019 SCC 8

File No.: 38220.

2019: February 12.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis and Brown JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL OF MANITOBA

Criminal law — Appeals — Misapprehension of evidence — Review of trial judge’s credibility assessments — Accused convicted at trial of one count of sexual interference and one count of invitation to sexual touching — Court of Appeal ordering new trial — Dissenting judge holding that deference owed to trial judge’s credibility assessments and that appeal should be dismissed — Trial judge did not misapprehend evidence or err in credibility findings — Convictions restored.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (Beard, Monnin and Pfuetzner JJ.A.), 2018 MBCA 65, 362 C.C.C. (3d) 137, 47 C.R. (7th) 109, [2018] M.J. No. 144 (QL), 2018 CarswellMan 224 (WL Can.), setting aside the convictions of the accused for sexual interference and invitation to sexual touching and ordering a new trial. Appeal allowed.

Craig Savage, for the appellant.

Zilla Jones and *Amanda Sansregret*, for the respondent.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

C.J. *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. c. C.J.

2019 CSC 8

N° du greffe : 38220.

2019 : 12 février.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis et Brown.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU MANITOBA

Droit criminel — Appels — Mauvaise appréciation de la preuve — Contrôle des appréciations de la crédibilité effectuées par le juge du procès — Accusé déclaré coupable au procès d’un chef de contacts sexuels et d’un chef d’incitation à des attouchements sexuels — Nouveau procès ordonné par la Cour d’appel — Conclusion de la juge dissidente portant qu’il y avait lieu de faire montre de déférence envers les appréciations de la crédibilité effectuées par le juge du procès, et que l’appel devait être rejeté — Le juge du procès n’a pas mal apprécié la preuve ni commis d’erreur dans ses conclusions concernant la crédibilité — Déclarations de culpabilité rétablies.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Manitoba (les juges Beard, Monnin et Pfuetzner), 2018 MBCA 65, 362 C.C.C. (3d) 137, 47 C.R. (7th) 109, [2018] M.J. No. 144 (QL), 2018 CarswellMan 224 (WL Can.), qui a annulé les déclarations de culpabilité prononcées contre l’accusé pour contacts sexuels et incitation à des attouchements sexuels, et qui a ordonné la tenue d’un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

Craig Savage, pour l’appelante.

Zilla Jones et *Amanda Sansregret*, pour l’intimé.

The judgment of the Court was delivered orally by

Version française du jugement de la Cour rendu
oralement par

[1] THE CHIEF JUSTICE — For the reasons of Justice Pfuetzner, we would allow the appeal.

[1] LE JUGE EN CHEF — Pour les motifs exposés par la juge Pfuetzner, nous sommes d’avis d’accueillir l’appel.

[2] More particularly, we agree with the dissenting judge that the trial judge did not misapprehend the evidence or draw inferences unavailable on the evidence, nor did he err in his credibility findings.

[2] Plus précisément, nous souscrivons à l’opinion de la juge dissidente selon laquelle le juge du procès n’a pas mal apprécié la preuve ou fait des inférences inadmissibles compte tenu de celle-ci, et n’a pas non plus commis d’erreur dans ses conclusions quant à la crédibilité.

[3] The appeal is therefore allowed and the convictions are restored.

[3] L’appel est donc accueilli et les déclarations de culpabilité rétablies.

Judgment accordingly.

Jugement en conséquence.

Solicitor for the appellant: Manitoba Justice, Winnipeg.

Procureur de l’appelante : Manitoba Justice, Winnipeg.

Solicitors for the respondent: Jones Law Office, Winnipeg; Legal Aid Manitoba, Winnipeg.

Procureurs de l’intimé : Jones Law Office, Winnipeg; Legal Aid Manitoba, Winnipeg.

Kathleen Blanchard *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BLANCHARD

2019 SCC 9

File No.: 38258.

2019: February 13.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown, Rowe and Martin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Defences — Automatism — Extreme intoxication akin to automatism — Accused charged with refusing to comply with demand to provide breath sample — Crown conceding availability of defence of extreme intoxication akin to automatism at trial and during oral argument at Court of Appeal — Court of Appeal erred in raising and deciding availability of defence in view of Crown’s concession — Acquittal restored.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Doyon, Bouchard and Mainville JJ.A.), 2018 QCCA 1069, [2018] AZ-51506641, [2018] Q.J. No. 5689 (QL), 2018 CarswellQue 5523 (WL Can.), setting aside the acquittal entered by Vanchestein J.C.Q., 2016 QCCQ 9556, [2016] AZ-51324967, [2016] J.Q. n° 12000 (QL), and entering a conviction. Appeal allowed.

Giuseppe Battista, for the appellant.

Maxime Hébrard and *Kevin Mailhiot*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] BROWN J. — We would allow the appeal. At trial and during oral argument at the Court of Appeal,

Kathleen Blanchard *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. BLANCHARD

2019 CSC 9

N° du greffe : 38258.

2019 : 13 février.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Moyens de défense — Automatisme — Intoxication extrême s’apparentant à l’automatisme — Accusée inculpée d’avoir refusé d’obtempérer à un ordre lui intimant de fournir un échantillon d’haleine — Concession par le ministère public au procès et durant les plaidoiries orales en Cour d’appel portant que la défense d’intoxication extrême s’apparentant à l’automatisme pouvait être invoquée — La Cour d’appel a fait erreur en soulevant et tranchant la question de l’ouverture de ce moyen de défense vu la concession du ministère public — Acquittement rétabli.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges Doyon, Bouchard et Mainville), 2018 QCCA 1069, [2018] AZ-51506641, [2018] J.Q. n° 5689 (QL), 2018 CarswellQue 5384 (WL Can.), qui a écarté l’acquittement prononcé par le juge Vanchestein, 2016 QCCQ 9556, [2016] AZ-51324967, [2016] J.Q. n° 12000 (QL), et inscrit une déclaration de culpabilité. Pourvoi accueilli.

Giuseppe Battista, pour l’appelante.

Maxime Hébrard et *Kevin Mailhiot*, pour l’intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LE JUGE BROWN — Nous sommes d’avis d’accueillir l’appel. Au procès et durant les plaidoiries

the Crown conceded the availability of the defence of extreme intoxication akin to automatism, to a charge of failing to provide a breath sample. In light of this, and in our respectful view, the majority at the Court of Appeal erred in raising *and deciding* the availability of that defence. Having regard to the Crown's concession, we are not persuaded that the trial judge erred in law in his understanding or application of the defence of automatism. In these unusual circumstances, it would not be in the interests of justice to overturn this acquittal, and we therefore restore it. In doing so, however, we expressly refrain from deciding the availability of this defence in the absence of an adequate record on the constitutional issues, full submissions and notice to the proper parties.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Battista Turcot Israel Corbo, Montréal.

Solicitor for the respondent: Director of Criminal and Penal Prosecutions, Longueuil.

orales devant la Cour d'appel, le ministère public a concédé qu'un accusé pouvait contester une accusation d'avoir refusé de fournir un échantillon d'haleine en invoquant la défense d'intoxication extrême s'apparentant à l'automatisme. Compte tenu de cette concession, et soit dit en tout respect, nous estimons que les juges majoritaires de la Cour d'appel ont commis une erreur en soulevant la question du droit d'invoquer cette défense *et en la tranchant*. Au regard de la concession du ministère public, nous ne sommes pas convaincus que le juge du procès a commis une erreur de droit dans sa compréhension ou son application de la défense d'automatisme. Dans ces circonstances inhabituelles, il ne serait pas dans l'intérêt de la justice d'annuler le verdict d'acquiescement; nous le rétablissons donc. Ce faisant, en l'absence d'un dossier adéquat sur les questions constitutionnelles que soulève cette question, d'observations étoffées et d'un avis aux parties qui doivent en recevoir un, nous nous abstenons toutefois expressément de décider s'il est permis d'invoquer cette défense.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelante : Battista Turcot Israel Corbo, Montréal.

Procureur de l'intimée : Directeur des poursuites criminelles et pénales, Longueuil.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Ryan Jarvis *Respondent*

and

Attorney General of British Columbia, Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic, Privacy Commissioner of Canada, Canadian Civil Liberties Association, Ontario College of Teachers, Information and Privacy Commissioner of Ontario, Women’s Legal Education and Action Fund Inc. and Criminal Lawyers’ Association (Ontario)
Interveners

INDEXED AS: R. v. JARVIS

2019 SCC 10

File No.: 37833.

2018: April 20; 2019: February 14.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown, Rowe and Martin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Voyeurism — Elements of the offence — Circumstances that give rise to reasonable expectation of privacy — Accused teacher using concealed camera to make surreptitious video recordings of female high school students engaging in ordinary school-related activities in common areas of school — Most video recordings focusing on faces, upper bodies and breasts of students — Students not aware of recording — Accused charged with voyeurism — Whether students recorded by accused were in circumstances giving rise to reasonable expectation of privacy — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 162(1).

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Ryan Jarvis *Intimé*

et

Procureur général de la Colombie-Britannique, Clinique d’intérêt public et de politique d’internet du Canada Samuelson-Glushko, Commissaire à la protection de la vie privée du Canada, Association canadienne des libertés civiles, Ordre des enseignantes et des enseignants de l’Ontario, Commissaire à l’information et à la protection de la vie privée de l’Ontario, Fonds d’action et d’éducation juridique pour les femmes inc. et Criminal Lawyers’ Association (Ontario)
Intervenants

RÉPERTORIÉ : R. c. JARVIS

2019 CSC 10

N° du greffe : 37833.

2018 : 20 avril; 2019 : 14 février.

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

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

Droit criminel — Voyeurisme — Éléments de l’infraction — Circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée — Utilisation par un enseignant d’une caméra dissimulée pour enregistrer subrepticement sur vidéo des élèves de sexe féminin d’une école secondaire alors qu’elles participaient à des activités scolaires courantes dans les zones communes de l’école — Gros plan de la plupart des vidéos sur le visage, le haut du corps et les seins des élèves — Enregistrements faits à l’insu des élèves — Enseignant accusé de voyeurisme — Les élèves filmées par l’accusé se trouvaient-elles dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 162(1).

The accused was an English teacher at a high school. He used a camera concealed inside a pen to make surreptitious video recordings of female students while they were engaged in ordinary school-related activities in common areas of the school. Most of the videos focused on the faces, upper bodies and breasts of female students. The students were not aware that they were being recorded by the accused, nor did they consent to the recordings. A school board policy in effect at the relevant time prohibited the type of conduct engaged in by the accused.

The accused was charged with voyeurism under s. 162(1)(c) of the *Criminal Code*. That offence is committed where a person surreptitiously observes or makes a visual recording of another person who is in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy, if the observation or recording is done for a sexual purpose. At trial, the accused admitted he had surreptitiously made the video recordings. As a result, only two questions remained: whether the students the accused had recorded were in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy, and whether the accused made the recordings for a sexual purpose. While the trial judge answered the first question in the affirmative, he acquitted the accused because he was not satisfied that the recordings were made for a sexual purpose. The Court of Appeal unanimously concluded that the trial judge had erred in law in failing to find that the accused made the recordings for a sexual purpose. Nevertheless, a majority of the Court of Appeal upheld the accused's acquittal on the basis that the trial judge had also erred in finding that the students were in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy. The Crown appeals to the Court as of right on the issue of whether the students recorded by the accused were in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy.

Held: The appeal should be allowed and a conviction entered.

Per Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon and Martin J.J.: The students recorded by the accused were in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy for the purposes of s. 162(1) of the *Criminal Code*.

Circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy for the purposes of s. 162(1) of the *Criminal*

L'accusé enseignait l'anglais à une école secondaire. Il s'est servi d'une caméra dissimulée à l'intérieur d'un stylo pour produire des enregistrements vidéo subreptices d'élèves de sexe féminin alors qu'elles participaient à des activités scolaires courantes dans les zones communes de l'école. La plupart des vidéos mettaient à l'avant-plan le visage, le haut du corps et les seins des élèves de sexe féminin. Les élèves ne savaient pas que l'accusé les filmait et elles n'avaient pas non plus consenti à l'être. Une politique du conseil scolaire en vigueur à l'époque pertinente interdisait le comportement auquel se livrait l'accusé.

L'accusé a été inculpé de voyeurisme en vertu de l'al. 162(1)c) du *Code criminel*. Commet cette infraction quiconque, subrepticement, observe une personne — ou produit un enregistrement visuel d'une personne — se trouvant dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée, et le fait dans un but sexuel. Au procès, l'accusé a admis avoir produit subrepticement les enregistrements vidéo. Il ne restait donc plus que deux questions en litige : les élèves filmées par l'accusé se trouvaient-elles dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée, et l'accusé a-t-il produit les enregistrements dans un but sexuel? Bien que le juge du procès ait répondu par l'affirmative à la première question, il a acquitté l'accusé parce qu'il n'était pas convaincu que les enregistrements avaient été produits dans un but sexuel. La Cour d'appel a unanimement estimé que le juge du procès avait commis une erreur de droit en ne concluant pas que l'accusé avait produit les enregistrements dans un but sexuel. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont néanmoins confirmé l'acquiescement de l'accusé au motif que le juge du procès avait aussi eu tort de conclure que les élèves se trouvaient dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée. Le ministère public se pourvoit maintenant de plein droit devant la Cour sur la question de savoir si les élèves filmées par l'accusé se trouvaient dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et une déclaration de culpabilité est inscrite.

Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon et Martin : Les élèves filmées par l'accusé se trouvaient dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée pour l'application du par. 162(1) du *Code criminel*.

Les circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée pour

Code are circumstances in which a person would reasonably expect not to be the subject of the type of observation or recording that in fact occurred. The inquiry should take into account the entire context in which the impugned observation or recording took place. Relevant considerations may include (1) the location the person was in when she was observed or recorded, (2) the nature of the impugned conduct (whether it consisted of observation or recording), (3) awareness of or consent to potential observation or recording, (4) the manner in which the observation or recording was done, (5) the subject matter or content of the observation or recording, (6) any rules, regulations or policies that governed the observation or recording in question, (7) the relationship between the person who was observed or recorded and the person who did the observing or recording, (8) the purpose for which the observation or recording was done, and (9) the personal attributes of the person who was observed or recorded. This list of considerations is not exhaustive and not every consideration will be relevant in every case.

The fact that it is an element of the offence in s. 162(1)(c) that observation or recording be done for a sexual purpose does not make it inappropriate to consider the purpose of the observation or recording in assessing whether it was done in breach of a reasonable expectation of privacy. In some cases, observation or recording may not breach expectations of privacy despite having a sexual purpose. In other cases, observation or recording may be an obvious breach of privacy regardless of its purpose and it can ground a conviction under s. 162(1) if the other elements of the offence are made out. Similarly, although the surreptitiousness of the observation or recording is an element of the offence in s. 162(1), this does not mean that it can never be considered in assessing whether the person who was observed or recorded had a reasonable expectation of privacy.

“Privacy”, as ordinarily understood, is not an all-or-nothing concept, and being in a public or semi-public space does not automatically negate all expectations of privacy with respect to observation or recording. Rather, whether observation or recording would generally be regarded as an invasion of privacy depends on a variety of factors, which may include a person’s location, the form of the alleged invasion of privacy, the nature of the observation or recording, the activity in which a person is engaged when observed or recorded and the part of a

l’application du par. 162(1) du *Code criminel* sont celles où une personne s’attendrait raisonnablement à ne pas faire l’objet du type d’observation ou d’enregistrement qui est effectivement survenu. L’examen de cette question devrait tenir compte de l’ensemble du contexte dans lequel l’observation ou l’enregistrement dénoncé a eu lieu. Les facteurs pertinents comprennent : (1) l’endroit où se trouvait la personne lorsqu’elle a été observée ou filmée, (2) la nature de la conduite reprochée (s’il s’agissait d’une observation ou d’un enregistrement), (3) la connaissance ou le consentement de la personne observée ou filmée, (4) la manière dont l’observation ou l’enregistrement a été fait, (5) l’objet ou le contenu de l’observation ou de l’enregistrement, (6) l’existence de règles, règlements ou politiques qui régissaient l’observation ou l’enregistrement en question, (7) la relation entre la personne qui a fait l’objet de l’observation ou de l’enregistrement et celle qui l’a observée ou filmée, (8) l’objectif pour lequel l’observation ou l’enregistrement a été fait et (9) les attributs personnels de la personne observée ou filmée. Cette liste de facteurs n’est pas exhaustive et ce ne sont pas tous les facteurs qui sont pertinents dans tous les cas.

Ce n’est pas parce qu’un élément constitutif de l’infraction prévue à l’al. 162(1)c) requiert que l’observation ou l’enregistrement soit fait dans un but sexuel qu’il est inapproprié d’examiner l’objectif de l’observation ou de l’enregistrement pour établir s’il y a eu violation d’une attente raisonnable de protection en matière de vie privée. Dans certains cas, une observation ou un enregistrement ne viole peut-être pas les attentes en matière de vie privée malgré son but sexuel. Dans d’autres cas, peu importe son but, une observation ou un enregistrement peut donner lieu à une atteinte évidente à la vie privée et fonder une déclaration de culpabilité au titre du par. 162(1) si les autres éléments constitutifs de l’infraction sont établis. De même, bien que le caractère subreptice d’une observation ou d’un enregistrement soit un élément constitutif de l’infraction visée au par. 162(1), cela ne veut pas dire qu’on ne peut jamais en tenir compte pour décider si la personne observée ou filmée avait une attente raisonnable de protection en matière de vie privée.

Le concept de « vie privée », selon le sens qui y est habituellement donné, n’est pas absolu, et le fait de se trouver dans un lieu public ou semi-public n’entraîne pas automatiquement une renonciation à toute attente de protection en la matière au chapitre de l’observation ou de l’enregistrement. La question de savoir si une observation ou un enregistrement serait généralement considéré comme une intrusion dans la vie privée dépend plutôt d’un ensemble de facteurs, qui peuvent comprendre le lieu où se trouve la personne, la forme que prend l’intrusion

person's body that is the focus of the recording. The fact that a variety of factors may influence whether a person would expect not to be observed or recorded is also consistent with Parliament's choice to express the element of the offence by reference to the "circumstances" that give rise to a reasonable expectation of privacy. Had Parliament intended to limit the types of circumstances that can be considered, it would have done so expressly.

The immediate statutory context of the words "circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy" lends further support to the view that this element of the offence is not governed solely or primarily by a person's physical location and does not limit the commission of the offence to traditionally private spaces. Paragraph (a) of s. 162(1) expressly circumscribes the scope of the prohibited observation or recording by reference to location and it would be incongruous with that paragraph to read the requirement that the person who is observed or recorded be in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy as also being governed by location. Furthermore, the inclusion of paras. (b) and (c) in s. 162(1) indicates that Parliament understood that a person could have a reasonable expectation of privacy somewhere other than in a place where nudity or explicit sexual activity can reasonably be expected or is in fact taking place.

Parliament's object in enacting the voyeurism offence was to protect individuals' privacy and sexual integrity, particularly from new threats posed by the abuse of evolving technologies. Reading the expression "circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy" narrowly would undermine Parliament's intention that the offence prohibit surreptitious observation or visual recording that amounts to sexual exploitation or that represents the most egregious breaches of privacy.

The jurisprudence pertaining to s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is also instructive in interpreting s. 162(1). Parliament must be understood as having chosen the words "reasonable expectation of

reprochée dans la vie privée, la nature de l'observation ou de l'enregistrement, l'activité à laquelle participe la personne observée ou filmée et la partie du corps de la personne qui est mise à l'avant-plan dans l'enregistrement. Le fait que divers facteurs peuvent influencer sur la question de savoir si une personne s'attendrait ou non à être observée ou filmée concorde aussi avec le choix du législateur d'exprimer l'élément constitutif de l'infraction par renvoi aux « circonstances » pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée. Si le législateur avait eu l'intention de limiter les types de circonstances que le tribunal peut prendre en compte pour décider si l'attente pouvait raisonnablement exister, il l'aurait fait en termes exprès.

Le contexte législatif immédiat des mots « circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée » renforce l'opinion selon laquelle cet élément de l'infraction n'est pas régi uniquement ou principalement par l'endroit où la personne se trouve et ne limite pas la perpétration de l'infraction aux espaces traditionnellement privés. L'alinéa a) du par. 162(1) circonscrit expressément la portée de l'observation ou de l'enregistrement interdit en renvoyant à un lieu et il serait donc incompatible avec cet alinéa d'interpréter l'exigence que la personne observée ou filmée se trouve dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée comme comportant aussi une exigence de lieu. De plus, l'insertion des al. b) et c) au par. 162(1) indique que, dans l'esprit du législateur, une personne peut avoir une attente raisonnable de protection en matière de vie privée dans des lieux autres que ceux où il est raisonnable de s'attendre à ce qu'elle puisse être nue ou se livrer à une activité sexuelle explicite, ainsi que dans les lieux où une personne est nue ou se livre à des activités sexuelles explicites.

L'objectif qu'avait le législateur en créant l'infraction de voyeurisme était de protéger la vie privée et l'intégrité sexuelle des personnes, surtout à l'encontre des nouvelles menaces découlant de l'utilisation abusive des technologies en évolution. Interpréter de façon étroite l'expression « circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée » contrecarrait l'intention du législateur, qui voulait que l'infraction interdise l'observation ou l'enregistrement visuel subreptice qui est assimilable à de l'exploitation sexuelle ou qui représente l'atteinte la plus extrême à la vie privée.

La jurisprudence relative à l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* nous aide également à interpréter le par. 162(1). Il faut tenir pour acquis que le législateur a choisi l'expression « attente raisonnable de

privacy” in s. 162(1) purposefully and with the intention that the existing jurisprudence on this concept would inform the content and meaning of those words. In addition, the s. 8 case law represents a rich body of judicial thought on the meaning of privacy in our society. Far from being unmoored from our ordinary perceptions of when privacy can be expected, judgments about privacy expectations in the s. 8 context are informed by our fundamental shared ideals about privacy as well as our everyday experiences.

In this case, when the entire context is considered, there can be no doubt that the students’ circumstances give rise to a reasonable expectation that they would not be recorded in the manner they were. In particular, the subjects of the video recordings were teenage students at a high school. They were recorded by their teacher in breach of the relationship of trust that exists between teachers and students as well as in contravention of a formal school board policy that prohibited such recording. Significantly, the videos had as their predominant focus the bodies of students, particularly their breasts. In recording these videos, the accused acted contrary to the reasonable expectations of privacy that would be held by persons in the circumstances of the students when they were recorded.

Per Côté, Brown and Rowe JJ.: There is agreement that the students in this case were in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy for the purposes of s. 162(1) of the *Criminal Code*.

However, s. 8 *Charter* jurisprudence should not inform the interpretation of s. 162(1). First, the conceptual framework for defining *Charter* rights should remain distinct from that used to define the scope of *Criminal Code* offences. To interpret the wording in s. 162(1) by reference to the s. 8 jurisprudence would put the judiciary in the position of creating new common law offences, despite their abolition by s. 9(a) of the *Criminal Code*. Section 8 *Charter* jurisprudence evolves but the meaning in s. 162(1) is intended to remain fixed as of the time of its enactment. Second, the purpose and function of s. 8 and s. 162(1) are fundamentally at odds. The power imbalance of the police as agents of the state vis-à-vis a citizen that is at the heart of the preoccupation under s. 8 is not present under s. 162(1), as that provision protects invasions of privacy perpetrated by one individual against another. Third, the interests protected by s. 8 of the *Charter* include

protection en matière de vie privée » au par. 162(1) à dessein et en comptant sur la jurisprudence existante relative à ce concept pour apporter un éclairage sur le contenu et le sens de ces mots. En outre, la jurisprudence relative à l’art. 8 forme un riche corpus de raisonnements judiciaires sur le sens de la vie privée dans notre société. Loin d’être sans lien avec notre perception habituelle des circonstances pour lesquelles on peut s’attendre à une protection de la vie privée, les jugements portant sur les attentes de protection en matière de vie privée dans le contexte de l’art. 8 reposent sur nos idéaux fondamentaux communs en la matière ainsi que sur nos expériences de tous les jours.

En l’espèce, lorsqu’on tient compte de l’ensemble du contexte, il ne fait aucun doute que les élèves se trouvaient dans des circonstances pour lesquelles elles s’attendraient de façon raisonnable à ne pas être filmées de la façon dont elles l’ont été. Plus précisément, les sujets des enregistrements vidéo étaient des élèves adolescentes d’une école secondaire. Elles ont été filmées par leur enseignant en violation de la relation de confiance qui unit les enseignants aux élèves ainsi que d’une politique officielle du conseil scolaire qui interdisait de tels enregistrements. Fait important, les vidéos avaient pour thème principal ou mettaient à l’avant-plan le corps d’élèves, tout particulièrement leurs seins. En enregistrant ces vidéos, l’accusé n’a pas respecté les attentes raisonnables de protection en matière de vie privée de quiconque se trouvant dans la situation des élèves lorsqu’elles ont été filmées.

Les juges Côté, Brown et Rowe : Il y a accord pour dire que les élèves en l’espèce se trouvaient dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée pour l’application du par. 162(1) du *Code criminel*.

Il ne convient toutefois pas de tenir compte de la jurisprudence relative à l’art. 8 de la *Charte* pour interpréter le par. 162(1). Premièrement, le cadre conceptuel servant à définir les droits protégés par la *Charte* devrait demeurer distinct de celui auquel on recourt pour définir la portée des infractions prévues au *Code criminel*. Si on interprétait le libellé du par. 162(1) en renvoyant à la jurisprudence relative à l’art. 8, le pouvoir judiciaire aurait la possibilité de créer de nouvelles infractions en common law même si elles ont été abolies par l’al. 9a) du *Code criminel*. La jurisprudence relative à l’art. 8 de la *Charte* évolue alors que le sens du par. 162(1) est censé rester figé au jour de l’adoption de cette disposition. Deuxièmement, l’objet et la fonction de l’art. 8 de la *Charte* et ceux du par. 162(1) du *Code criminel* sont fondamentalement incompatibles. L’inégalité de pouvoir entre le citoyen et les policiers qui agissent à titre de mandataires de l’État, laquelle est au

personal privacy, territorial privacy and informational privacy, whereas the reasonable expectation of privacy under s. 162(1) relates only to the protection of one's physical image. Finally, *Charter* values are a legitimate interpretive aid only in cases of ambiguity, and in this case, s. 162(1) is not legally ambiguous.

A multi-factored test to decide whether there is a reasonable expectation of privacy in the context of s. 162(1) should not be adopted. The offence of voyeurism is an extension of the criminal law to protect well-established interests of privacy, autonomy and sexual integrity in light of threats posed by new technologies that encroach upon them. Because voyeurism is a sexual offence, a reasonable expectation of privacy in the context of s. 162(1) should be interpreted in light of the harms contemplated in related provisions in the scheme for sexual offences in Part V of the *Criminal Code*. In the context of the voyeurism offence, "privacy" should be interpreted with regard to personal autonomy and sexual integrity.

An individual's privacy interest under s. 162(1) can only be infringed if they are recorded or observed in a way that both causes them to lose control over their image and also infringes their sexual integrity. This conjunctive test accords with what Parliament sought to protect by creating the offence. The ability to maintain control over what personal visual information is shared, and with whom, is a facet of privacy linked to personal autonomy. While the surreptitiousness of the observation or recording may signal circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy, the two elements remain distinct. The surreptitiousness of the observation or recording improperly removes the individual's ability to maintain control over how they are observed, and, because of its permanence, a recording compounds the denial of the subject's autonomy by giving the voyeur repeated access to the observations.

Whether the observation or recording is sexual in nature such that it infringes the sexual integrity of the subject

cœur des préoccupations qui sous-tendent l'art. 8 de la *Charte*, n'existe pas dans le cas du par. 162(1) du *Code criminel*, car cette disposition assure une protection contre les atteintes d'une personne à la vie privée d'une autre. Troisièmement, les droits protégés par l'art. 8 de la *Charte* comprennent les aspects du droit à la vie privée qui ont trait à la personne, aux lieux et à l'information, alors que l'attente raisonnable de protection en matière de vie privée visée au par. 162(1) ne concerne que la protection de l'image physique de la personne. Enfin, les valeurs de la *Charte* constituent un outil d'interprétation légitime seulement en cas d'ambiguïté, et en l'espèce, le par. 162(1) n'est pas ambigu sur le plan juridique.

Il ne convient pas d'adopter un critère multifactoriel pour décider s'il existe une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée dans le contexte du par. 162(1). L'infraction de voyeurisme constitue une extension du droit criminel visant à protéger les droits bien établis à la vie privée, à l'autonomie et à l'intégrité sexuelle compte tenu des menaces posées par les nouvelles technologies qui empiètent sur ces droits. Puisque le voyeurisme est une infraction d'ordre sexuel, il y a lieu d'interpréter l'attente raisonnable de protection en matière de vie privée à la lumière des préjudices évoqués dans les dispositions connexes du régime des infractions sexuelles à la partie V du *Code criminel*. Dans le contexte de l'infraction de voyeurisme, il y a lieu d'interpréter la « vie privée » eu égard à l'autonomie personnelle et à l'intégrité sexuelle.

Il ne peut y avoir atteinte au droit à la vie privée d'une personne au sens du par. 162(1) que si cette personne est enregistrée ou observée d'une manière qui lui fait perdre le contrôle de son image et porte atteinte à son intégrité sexuelle. Ce test en deux étapes s'accorde avec ce que le législateur cherchait à protéger en créant l'infraction. La capacité de garder l'emprise sur les renseignements visuels personnels qui peuvent être communiqués et des personnes à qui ils le sont constitue un volet de la vie privée lié à l'autonomie personnelle. S'il est vrai que le caractère subreptice de l'observation ou de l'enregistrement peut indiquer la présence de circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée, les deux éléments demeurent distincts. Le caractère subreptice de l'observation ou de l'enregistrement retire abusivement à la personne la faculté de conserver l'emprise sur la façon dont elle est observée et, en raison de son caractère permanent, il exacerbe la négation de l'autonomie du sujet en donnant au voyeur un accès répété aux observations.

Le point de savoir si l'observation ou l'enregistrement est de nature sexuelle et porte de ce fait atteinte à

should be decided on an objective standard and considered in light of all the circumstances. While the intent of the perpetrator may be relevant, it is not determinative. The sexual purpose inquiry under para. (c) of s. 162(1) is distinct from the determination of a violation of sexual integrity under the reasonable expectation of privacy analysis. An observation or recording will be done for a sexual purpose where the subject of the observation or recording is reasonably perceived as intended to cause sexual stimulation in the observer. An interpretation of sexual purpose that includes sexual gratification is consistent with the interpretation of the same phrase in other sections of the *Criminal Code*.

In this case, the students had a reasonable expectation of privacy regarding how their bodies would be observed in the classrooms and hallways of their school. The visual information was subject to their limitation and control, and the technology used by the accused allowed him to take videos of the clothed breasts of his students — for extended periods of time — in angles and in proximity that went beyond the access that the students allowed in this setting, thus infringing their autonomy. The recordings were also objectively sexual in nature. The focus of the recordings was on the young women’s intimate body parts, at close range. In addition, and while not determinative, the recordings were made for a sexual purpose. The combination of these factors leads to the conclusion that by surreptitiously recording images of their breasts, the accused infringed the sexual integrity of the students.

Cases Cited

By Wagner C.J.

Referred to: *R. v. Rudiger*, 2011 BCSC 1397, 244 C.R.R. (2d) 69; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403; *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Srivastava v. Hindu Mission of Canada (Québec) Inc.*, [2001] R.J.Q. 1111; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34; *R. v. Marakah*, 2017 SCC 59, [2017] 2 S.C.R. 608; *R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 841; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R.

l’intégrité sexuelle du sujet doit être tranché en fonction d’une norme objective et examiné à la lumière de toutes les circonstances. L’intention de l’auteur peut être pertinente, mais elle n’est pas déterminante. L’examen du but sexuel au sens de l’al. c) du par. 162(1) se distingue de la détermination d’une atteinte à l’intégrité sexuelle au regard de l’analyse de l’attente raisonnable de protection en matière de vie privée. Une observation ou un enregistrement est fait dans un but sexuel lorsque son objet est raisonnablement perçu comme visant à stimuler sexuellement l’observateur. Considérer que le but sexuel englobe la gratification sexuelle est compatible avec l’interprétation de la même expression dans d’autres articles du *Code criminel*.

Dans la présente affaire, les élèves avaient une attente raisonnable de protection en matière de vie privée en ce qui concerne la façon dont leur corps serait observé dans les salles de classe et les corridors de leur école. Elles limitaient les renseignements visuels les concernant et exerçaient un contrôle sur ces renseignements, et la technologie à laquelle a recouru l’accusé lui permettait de faire de longues vidéos des seins couverts de ses élèves dans des angles et avec une proximité qui allaient au-delà de ce qu’auraient autorisé les élèves dans cet environnement, portant ainsi atteinte à leur autonomie. Les enregistrements étaient objectivement de nature sexuelle. Ils mettaient à l’avant-plan, à bout portant, les parties intimes des jeunes femmes. De plus, bien que cela ne soit pas déterminant, les enregistrements ont été faits dans un but sexuel. La combinaison de ces facteurs mène à la conclusion qu’en enregistrant subrepticement des images des seins des élèves, l’accusé a porté atteinte à leur intégrité sexuelle.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Wagner

Arrêts mentionnés : *R. c. Rudiger*, 2011 BCSC 1397, 244 C.R.R. (2d) 69; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403; *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Srivastava c. Hindu Mission of Canada (Québec) Inc.*, [2001] R.J.Q. 1111; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *R. c. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34; *R. c. Marakah*, 2017 CSC 59, [2017] 2 R.C.S. 608; *R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 841; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S.

668; *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212; *R. v. Quesnelle*, 2014 SCC 46, [2014] 2 S.C.R. 390; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers, Local 401*, 2013 SCC 62, [2013] 3 S.C.R. 733; *R. v. Sandhu*, 2018 ABQB 112, 404 C.R.R. (2d) 216; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45; *R. v. Gomboc*, 2010 SCC 55, [2010] 3 S.C.R. 211; *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393; *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679; *R. v. S.A.B.*, 2003 SCC 60, [2003] 2 S.C.R. 678; *R. v. Taylor*, 2015 ONCJ 449; *A.B. v. Bragg Communications Inc.*, 2012 SCC 46, [2012] 2 S.C.R. 567; *R. v. Audet*, [1996] 2 S.C.R. 171; *Toronto Star Newspaper Ltd. v. Ontario*, 2012 ONCJ 27, 255 C.R.R. (2d) 207.

By Rowe J.

Referred to: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232; *Sharpe v. Wakefield* (1888), 22 Q.B.D. 239; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *Frey v. Fedoruk*, [1950] S.C.R. 517; *R. v. D.L.W.*, 2016 SCC 22, [2016] 1 S.C.R. 402; *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *CanadianOxy Chemicals Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1999] 1 S.C.R. 743; *University Health Network v. Ontario (Minister of Finance)* (2001), 208 D.L.R. (4th) 459; *R. v. Chartrand*, [1994] 2 S.C.R. 864; *R. v. Rudiger*, 2011 BCSC 1397, 244 C.R.R. (2d) 69; *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670; *R. v. Blais*, 2003 SCC 44, [2003] 2 S.C.R. 236; *R. v. Drapeau* (1995), 96 C.C.C. (3d) 554; *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909; *R. v. V. (K.B.)*, [1993] 2 S.C.R. 857; *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333; *R. v. Hinchey*, [1996] 3 S.C.R. 1128; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. A.G.*, 2000 SCC 17, [2000] 1 S.C.R. 439; *R. v. Larue*, 2003 SCC 22, [2003] 1 S.C.R. 277; *R. v. Lutoslawski*, 2010 SCC 49, [2010] 3 S.C.R. 60; *R. v. Hutchinson*, 2014 SCC 19, [2014] 1 S.C.R. 346; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45; *R. v. Hewlett*, 2002 ABCA 179, 167 C.C.C. (3d) 425; *R. v. L.A.C.*, 2005 ABPC 217, 386 A.R. 102; *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61; *R. v. Landry*, [1986] 1 S.C.R. 145; *Semayne's Case* (1604), 5 Co. Rep. 91 a, 77 E.R. 194; *R. v. Morrissey*, 2011 ABCA 150; *R. v. Colley*, 2009 BCCA 289, 273 B.C.A.C. 107; *R. v. M.B.*, 2014 QCCA 1643.

668; *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212; *R. c. Quesnelle*, 2014 CSC 46, [2014] 2 R.C.S. 390; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 401*, 2013 CSC 62, [2013] 3 R.C.S. 733; *R. c. Sandhu*, 2018 ABQB 112, 404 C.R.R. (2d) 216; *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45; *R. c. Gomboc*, 2010 CSC 55, [2010] 3 R.C.S. 211; *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393; *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679; *R. c. S.A.B.*, 2003 CSC 60, [2003] 2 R.C.S. 678; *R. c. Taylor*, 2015 ONCJ 449; *A.B. c. Bragg Communications Inc.*, 2012 CSC 46, [2012] 2 R.C.S. 567; *R. c. Audet*, [1996] 2 R.C.S. 171; *Toronto Star Newspaper Ltd. c. Ontario*, 2012 ONCJ 27, 255 C.R.R. (2d) 207.

Citée par le juge Rowe

Arrêts mentionnés : *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232; *Sharpe c. Wakefield* (1888), 22 Q.B.D. 239; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *Frey c. Fedoruk*, [1950] R.C.S. 517; *R. c. D.L.W.*, 2016 CSC 22, [2016] 1 R.C.S. 402; *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *CanadianOxy Chemicals Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1999] 1 R.C.S. 743; *University Health Network c. Ontario (Minister of Finance)* (2001), 208 D.L.R. (4th) 459; *R. c. Chartrand*, [1994] 2 R.C.S. 864; *R. c. Rudiger*, 2011 BCSC 1397, 244 C.R.R. (2d) 69; *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670; *R. c. Blais*, 2003 CSC 44, [2003] 2 R.C.S. 236; *R. c. Drapeau* (1995), 96 C.C.C. (3d) 554; *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909; *R. c. V. (K.B.)*, [1993] 2 R.C.S. 857; *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333; *R. c. Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. A.G.*, 2000 CSC 17, [2000] 1 R.C.S. 439; *R. c. Larue*, 2003 CSC 22, [2003] 1 R.C.S. 277; *R. c. Lutoslawski*, 2010 CSC 49, [2010] 3 R.C.S. 60; *R. c. Hutchinson*, 2014 CSC 19, [2014] 1 R.C.S. 346; *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45; *R. c. Hewlett*, 2002 ABCA 179, 167 C.C.C. (3d) 425; *R. c. L.A.C.*, 2005 ABPC 217, 386 A.R. 102; *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61; *R. c. Landry*, [1986] 1 R.C.S. 145; *Semayne's Case* (1604), 5 Co. Rep. 91 a, 77 E.R. 194; *R. c. Morrissey*, 2011 ABCA 150; *R. c. Colley*, 2009 BCCA 289, 273 B.C.A.C. 107; *R. c. M.B.*, 2014 QCCA 1643.

Statutes and Regulations Cited

- An Act to amend the Criminal Code (protection of children and other vulnerable persons) and the Canada Evidence Act*, S.C. 2005, c. 32, preamble.
- Bill C-2, *An Act to amend the Criminal Code (protection of children and other vulnerable persons) and the Canada Evidence Act*, 1st Sess., 38th Parl., 2004-2005 (assented to July 20, 2005).
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 8, 24(2).
- Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, Parts V, XI, ss. 9(a), 151, 152, 153, 153.1, 162, 162.1(1), 177, 276.3, 278.1, 278.5, 430, 486, 486.4, 486.5.
- Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1, s. 110.

Authors Cited

- Canada. Department of Justice. *Voyeurism as a Criminal Offence: A Consultation Paper*. Ottawa, 2002.
- Canada. Department of Justice. *Voyeurism As A Criminal Offence: Summary of the Submissions*, October 28, 2002 (online: <http://www.justice.gc.ca/eng/cons/voy/final.html>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC10_1_eng.pdf).
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 138, No. 46, 2nd Sess., 37th Parl., January 27, 2003, p. 2692.
- Canada. Library of Parliament. Parliamentary Information and Research Service. *Bill C-2: An Act to Amend the Criminal Code (Protection of Children and Other Vulnerable Persons) and the Canada Evidence Act*, Legislative Summary LS-480E, by Robin MacKay, Law and Government Division, October 13, 2004, revised June 16, 2005.
- Craig, Elaine. *Troubling Sex: Towards a Legal Theory of Sexual Integrity*. Vancouver/Toronto: UBC Press, 2012.
- Gavison, Ruth. "Privacy and the Limits of the Law" (1980), 89 *Yale L.J.* 421.
- Gavison, Ruth. "Feminism and the Public/Private Distinction" (1992), 45 *Stan. L. Rev.* 1.
- Jones, Brock. "Jarvis: Surely Schoolchildren Have A Reasonable Expectation of Privacy Against Videotaping for a Sexual Purpose?" (2017), 41 *C.R.* (7th) 71.
- LaFave, Wayne R. and Austin W. Scott, Jr. *Substantive Criminal Law*, vol. 1, 2nd ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1986.
- Mewett, Alan W. and Morris Manning. *Mewett & Manning on Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.
- Parker, Richard B. "A Definition of Privacy" (1974), 27 *Rutgers L. Rev.* 275.
- Paton-Simpson, Elizabeth. "Privacy and the Reasonable Paranoid: The Protection of Privacy in Public Places" (2000), 50 *U.T.L.J.* 305.

Lois et règlements cités

- Charte canadienne des droits et libertés*, art. 8, 24(2).
- Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, parties V, XI, art. 9(a), 151, 152, 153, 153.1, 162, 162.1(1), 177, 276.3, 278.1, 278.5, 430, 486, 486.4, 486.5.
- Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada*, L.C. 2005, c. 32, préambule.
- Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, c. 1, art. 110.
- Projet de loi C-2, *Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada*, 1^{re} sess., 38^e lég., 2004-2005 (sanctionnée le 20 juillet 2005).

Doctrine et autres documents cités

- Canada. Bibliothèque du Parlement. Service d'information et de recherche parlementaires. *Projet de loi C-2 : Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada*. Résumé législatif LS-480F, par Robin MacKay, Division du droit et du gouvernement, 13 octobre 2004, révisé le 16 juin 2005.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 138, n°46, 2^e sess., 37^e lég., 27 janvier 2003, p. 2692.
- Canada. Ministère de la Justice. *Voyeurisme — Une infraction criminelle : Document de Consultation*. Ottawa, 2002.
- Canada. Ministère de la Justice. *Voyeurisme — Une infraction criminelle : Résumé des commentaires*, 28 octobre 2002 (en ligne : <https://www.justice.gc.ca/fra/cons/voy/final.html>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC10_1_fra.pdf).
- Craig, Elaine. *Troubling Sex : Towards a Legal Theory of Sexual Integrity*, Vancouver/Toronto, UBC Press, 2012.
- Gavison, Ruth. « Privacy and the Limits of the Law » (1980), 89 *Yale L.J.* 421.
- Gavison, Ruth. « Feminism and the Public/Private Distinction » (1992), 45 *Stan. L. Rev.* 1.
- Jones, Brock. « Jarvis : Surely Schoolchildren Have A Reasonable Expectation of Privacy Against Videotaping for a Sexual Purpose? » (2017), 41 *C.R.* (7th) 71.
- LaFave, Wayne R. and Austin W. Scott, Jr. *Substantive Criminal Law*, vol. 1, 2nd ed., St. Paul (Minn.), West Publishing Co., 1986.
- Mewett, Alan W. and Morris Manning. *Mewett & Manning on Criminal Law*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1985.
- Parker, Richard B. « A Definition of Privacy » (1974), 27 *Rutgers L. Rev.* 275.
- Paton-Simpson, Elizabeth. « Privacy and the Reasonable Paranoid : The Protection of Privacy in Public Places » (2000), 50 *U.T.L.J.* 305.

Stewart, Hamish C. *Sexual Offences in Canadian Law*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2004 (loose-leaf updated October 2018, release 31).

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

Westin, Alan F. *Privacy and Freedom*. Atheneum: New York, 1970.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Feldman, Watt and Huscroft JJ.A.), 2017 ONCA 778, 139 O.R. (3d) 754, 41 C.R. (7th) 36, 356 C.C.C. (3d) 1, 396 C.R.R. (2d) 348, [2017] O.J. No. 5261 (QL), 2017 CarswellOnt 15528 (WL Can.), affirming a decision of Goodman J., 2015 ONSC 6813, 345 C.R.R. (2d) 103, 25 C.R. (7th) 330, [2015] O.J. No. 5847 (QL), 2015 CarswellOnt 17226 (WL Can.). Appeal allowed.

Christine Bartlett-Hughes and Jennifer Epstein, for the appellant.

Zachary Kerbel, Saman Wickramasinghe and Jennifer Micallef, for the respondent.

Written submissions only by *Lara Vizsolyi*, for the intervener Attorney General of British Columbia.

Jane Bailey and David Fewer, for the intervener Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic.

Written submissions only by *Regan Morris and James Nowlan*, for the intervener Privacy Commissioner of Canada.

Jonathan C. Lisus and Zain Naqi, for the intervener Canadian Civil Liberties Association.

Caroline R. Zayid, Adam Goldenberg and Caroline H. Humphrey, for the intervener Ontario College of Teachers.

Stephen McCammon, for the intervener Information and Privacy Commissioner of Ontario.

Stewart, Hamish C. *Sexual Offences in Canadian Law*, Aurora (Ont.), Canada Law Book, 2004 (loose-leaf updated October 2018, release 31).

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

Westin, Alan F. *Privacy and Freedom*, Atheneum, New York, 1970.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Feldman, Watt et Huscroft), 2017 ONCA 778, 139 O.R. (3d) 754, 41 C.R. (7th) 36, 356 C.C.C. (3d) 1, 396 C.R.R. (2d) 348, [2017] O.J. No. 5261 (QL), 2017 CarswellOnt 15528 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Goodman, 2015 ONSC 6813, 345 C.R.R. (2d) 103, 25 C.R. (7th) 330, [2015] O.J. No. 5847 (QL), 2015 CarswellOnt 17226 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

Christine Bartlett-Hughes et Jennifer Epstein, pour l'appelante.

Zachary Kerbel, Saman Wickramasinghe et Jennifer Micallef, pour l'intimé.

Argumentation écrite seulement par *Lara Vizsolyi*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Jane Bailey et David Fewer, pour l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko.

Argumentation écrite seulement par *Regan Morris et James Nowlan*, pour l'intervenant le Commissaire à la protection de la vie privée du Canada.

Jonathan C. Lisus et Zain Naqi, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Caroline R. Zayid, Adam Goldenberg et Caroline H. Humphrey, pour l'intervenant l'Ordre des enseignantes et des enseignants de l'Ontario.

Stephen McCammon, pour l'intervenant le Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario.

Gillian Hnatiw, Karen Segal and Alex Fidler-Wener, for the intervener Women’s Legal Education and Action Fund Inc.

Matthew Gourlay and Kate Robertson, for the intervener Criminal Lawyers’ Association (Ontario).

The judgment of Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon and Martin J.J. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Overview

[1] In 2005, Parliament enacted a new criminal offence called voyeurism in s. 162(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. This offence is committed when a person surreptitiously observes or makes a visual recording of another person who is in “circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy”, if the observation or recording is done in one of the three situations described in paras. (a) through (c) of s. 162(1). Section 162(1)(c), in particular, applies when the observation or recording is done for a sexual purpose.

[2] Mr. Ryan Jarvis, the respondent in this appeal, was charged with voyeurism contrary to s. 162(1)(c) of the *Criminal Code* after he used a camera concealed inside a pen to make video recordings of female students at the high school where he was a teacher. Mr. Jarvis recorded students while they were engaged in ordinary school-related activities in common areas of the school, including classrooms and hallways. Most of the videos focused on the faces and upper bodies of female students, particularly their chests. The students did not know that they were being recorded.

[3] Mr. Jarvis was acquitted at trial because the trial judge was not satisfied beyond a reasonable doubt that he had made the recordings for a sexual purpose. The acquittal was upheld by a majority of the Ontario Court of Appeal. While the Court of Appeal was of

Gillian Hnatiw, Karen Segal et Alex Fidler-Wener, pour l’intervenant le Fonds d’action et d’éducation juridique pour les femmes inc.

Matthew Gourlay et Kate Robertson, pour l’intervenante Criminal Lawyers’ Association (Ontario).

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

LE JUGE EN CHEF —

I. Aperçu

[1] En 2005, le législateur a créé une nouvelle infraction criminelle au par. 162(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, le voyeurisme. Cette infraction est commise par quiconque, subrepticement, observe une personne — ou produit un enregistrement visuel d’une personne — se trouvant dans des « circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée », si l’observation ou l’enregistrement se fait dans l’un des trois cas décrits aux al. a) à c) du par. 162(1). Plus particulièrement, l’al. 162(1)c) s’applique lorsque l’observation ou l’enregistrement est fait dans un but sexuel.

[2] M. Ryan Jarvis, qui a qualité d’intimé dans ce pourvoi, a été accusé de voyeurisme en application de l’al. 162(1)c) du *Code criminel* à la suite de son utilisation d’une caméra dissimulée à l’intérieur d’un stylo pour produire des enregistrements vidéo d’élèves de sexe féminin à l’école secondaire où il était enseignant. M. Jarvis a filmé des élèves alors qu’elles participaient à des activités scolaires courantes dans les zones communes de l’école, y compris les salles de classe et les corridors. La plupart des vidéos mettent à l’avant-plan le visage et le haut du corps des élèves, tout particulièrement leur poitrine. Les élèves ne savaient pas qu’elles étaient filmées.

[3] M. Jarvis a été acquitté au procès parce que le juge n’était pas convaincu hors de tout doute raisonnable qu’il avait produit les enregistrements dans un but sexuel. L’acquittement de M. Jarvis a été confirmé à la majorité par la Cour d’appel de l’Ontario. Les

the unanimous opinion that Mr. Jarvis *had* made the videos for a sexual purpose, the majority held that the students recorded by him were not in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy, as required for a conviction under s. 162(1). A dissenting judge was satisfied that the students recorded by Mr. Jarvis were in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy and would have entered a conviction on that basis.

[4] The Crown now appeals to this Court as of right. The only issue in the appeal is whether the Court of Appeal erred in finding that the students recorded by Mr. Jarvis were not in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy for the purposes of s. 162(1) of the *Criminal Code*.

[5] In my view, circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy for the purposes of s. 162(1) of the *Criminal Code* are circumstances in which a person would reasonably expect not to be the subject of the type of observation or recording that in fact occurred. To determine whether a person had a reasonable expectation of privacy in this sense, a court must consider the entire context in which the observation or recording took place. The list of considerations that may be relevant to this inquiry is not closed. However, in any given case, these considerations may include the location where the observation or recording occurred; the nature of the impugned conduct, that is, whether it consisted of observation or recording; the awareness or consent of the person who was observed or recorded; the manner in which the observation or recording was done; the subject matter or content of the observation or recording; any rules, regulations or policies that governed the observation or recording in question; the relationship between the parties; the purpose for which the observation or recording was done; and the personal attributes of the person who was observed or recorded.

juges de la Cour d'appel étaient unanimement d'avis que M. Jarvis *avait* produit les enregistrements dans un but sexuel, mais les juges majoritaires ont conclu que les élèves filmées par lui ne se trouvaient pas dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée, condition nécessaire au prononcé d'une déclaration de culpabilité au titre du par. 162(1). Le juge dissident a estimé que les élèves filmées par M. Jarvis se trouvaient dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée, et il aurait inscrit une déclaration de culpabilité pour ce motif.

[4] Le ministère public se pourvoit maintenant de plein droit devant notre Cour. La seule question en litige en l'espèce est de savoir si la Cour d'appel a fait erreur en concluant que les élèves filmées par M. Jarvis ne se trouvaient pas dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée pour l'application du par. 162(1) du *Code criminel*.

[5] À mon avis, les circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée pour l'application du par. 162(1) du *Code criminel* sont celles où une personne s'attendrait raisonnablement à ne pas faire l'objet du type d'observation ou d'enregistrement qui est effectivement survenu. Pour établir s'il existe une telle attente, la cour saisie de la question doit examiner l'ensemble du contexte dans lequel l'observation ou l'enregistrement a eu lieu. La liste des facteurs qui peuvent être pertinents pour cet examen n'est pas exhaustive, mais ils pourraient comprendre les suivants dans un cas donné : l'endroit où a eu lieu l'observation ou l'enregistrement; la nature de la conduite reprochée, c'est-à-dire s'il s'agissait d'une observation ou d'un enregistrement; la connaissance ou le consentement, le cas échéant, de la personne observée ou filmée; la manière dont l'observation ou l'enregistrement a été fait; le sujet ou la teneur de l'observation ou de l'enregistrement; l'existence de règles, de règlements ou de politiques qui régissaient l'observation ou l'enregistrement en question; la relation entre les parties; le but dans lequel a été fait l'observation ou l'enregistrement; et les attributs personnels de la personne observée ou filmée.

[6] As I will explain, there can be no doubt in the case at bar that the students recorded by Mr. Jarvis were in circumstances in which they would reasonably have expected not to be the subject of videos predominantly focused on their bodies, particularly their breasts — and *a fortiori* not to be the subject of such videos recorded for a sexual purpose by a teacher. I therefore conclude that the students recorded by Mr. Jarvis were in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy for the purposes of s. 162(1) of the *Criminal Code*. I would allow the appeal and enter a conviction.

II. Background

[7] At the times relevant to the charge in the case at bar, Mr. Jarvis was an English teacher at a high school in London, Ontario. In June 2011, a fellow teacher informed the principal of the school that he believed Mr. Jarvis was surreptitiously recording female students at the school using a camera hidden inside a pen. The principal became concerned for the safety of the students. The following day, the principal twice observed Mr. Jarvis standing near a female student while holding up a pen that emitted a red light from the top, non-writing end. On the second occasion, the principal secured the pen from Mr. Jarvis and gave it to the police.

[8] The pen seized from Mr. Jarvis performs a number of functions. It can be used to write. It is also outfitted with a camera that can be used to record videos with audio. The pen does not have a screen on which the user can see what is being or has been recorded. The camera does not have the ability to zoom in and out while recording. Videos recorded with the camera can be downloaded to a computer for viewing and editing. In these reasons, I will refer to this device as a “pen camera”.

[9] The electronic contents of the pen camera, which were eventually entered into evidence,

[6] Comme je l’expliquerai, il n’y a aucun doute en l’espèce que les élèves filmées par M. Jarvis se trouvaient dans des circonstances où elles s’attendraient raisonnablement à ne pas faire l’objet de vidéos mettant principalement à l’avant-plan leur corps, tout particulièrement leurs seins, et, à plus forte raison, de ne pas apparaître sur de tels enregistrements produits par un enseignant dans un but sexuel. En conséquence, je conclus que les élèves filmées par M. Jarvis se trouvaient dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée pour l’application du par. 162(1) du *Code criminel*. J’accueillerais le pourvoi et inscrirais une déclaration de culpabilité.

II. Contexte

[7] Aux moments visés par l’accusation portée dans l’affaire qui nous occupe, M. Jarvis enseignait l’anglais à une école secondaire de London (Ontario). En juin 2011, un collègue enseignant a informé le directeur de l’école qu’il croyait que M. Jarvis filmait subrepticement des élèves de sexe féminin à l’école au moyen d’une caméra dissimulée dans un stylo. Le directeur a commencé à craindre pour la sécurité des élèves. Le lendemain, le directeur a vu à deux reprises M. Jarvis debout près d’une élève de sexe féminin, tenant un stylo qui émettait une lumière rouge à partir de l’extrémité qui ne sert pas à l’écriture. À la deuxième occasion, le directeur a saisi le stylo des mains de M. Jarvis et l’a remis à la police.

[8] Le stylo saisi des mains de M. Jarvis a plusieurs fonctions. On peut l’utiliser pour écrire, mais il est aussi muni d’une caméra qui peut servir à enregistrer des vidéos sonores. Le stylo n’a pas d’écran sur lequel son détenteur peut voir ce qu’il enregistre ou a enregistré. La caméra n’a pas la capacité de faire des zooms avant et arrière pendant l’enregistrement. Les vidéos produites au moyen de la caméra peuvent être téléchargées sur un ordinateur pour visionnement et modification. Ici, j’emploierai le terme « stylo caméra » pour désigner l’objet en question.

[9] Le contenu électronique du stylo caméra, lequel a par la suite été produit en preuve, consistait

consisted of 35 video files: 17 “active” videos, 2 deleted videos and 16 recovered video files (2 of which could not be played). Mr. Jarvis admitted that he had recorded all of these videos using the pen camera between January 2010 and June 2011, while teaching at the high school.

[10] The videos recorded by Mr. Jarvis range in length from a few seconds to several minutes. They were shot in locations in and around the school, including hallways, classrooms, the cafeteria and the school grounds. Most of the videos focus on female students at the school. At the time the videos were recorded, these students ranged in age from 14 to 18 years old. The videos show them engaged in common school activities. The videos have an audio component and, in some of them, Mr. Jarvis can be heard speaking with students on various topics. Students wearing low-cut or close-fitting tops make up the vast majority of subjects. It is also striking that a number of the videos are shot from above or beside female students who are seated in classrooms or computer labs, or who are in the hallways of the school, at angles that capture more of their breasts than would be visible if the students were recorded head on.

[11] None of the students were aware that they were being recorded, and none of them consented to being recorded. Nor did Mr. Jarvis have the school’s permission to video or audio record students. Indeed, a school board policy in effect at the time Mr. Jarvis made the videos prohibited his conduct in making the videos in the manner that he did: Agreed Statement of Facts, A.R., vol. 1, at p. 147.

[12] The police identified 27 of the individuals in the videos as female students at the high school and charged Mr. Jarvis with 27 counts of voyeurism contrary to s. 162(1)(c) of the *Criminal Code*. At the commencement of the trial, those charges were replaced with one global charge under s. 162(1)(c).

en 35 fichiers vidéo : 17 vidéos « actives », 2 vidéos supprimées et 16 fichiers vidéo récupérés (dont 2 ne peuvent être visionnés). M. Jarvis a admis avoir enregistré toutes ces vidéos au moyen du stylo caméra entre janvier 2010 et juin 2011, pendant qu’il enseignait à l’école secondaire.

[10] La durée des vidéos enregistrées par M. Jarvis varie de quelques secondes à plusieurs minutes. Elles ont été produites dans des endroits situés à l’intérieur et autour de l’école, notamment les corridors, les salles de classe, la cafétéria et le terrain de l’école. La plupart de ces vidéos mettent à l’avant-plan des élèves de sexe féminin à l’école, âgées de 14 à 18 ans au moment où ces vidéos ont été enregistrées. Les élèves participaient à des activités scolaires courantes. Les vidéos sont sonores et, dans certaines d’entre elles, on peut entendre M. Jarvis discuter avec les élèves de divers sujets. Les élèves portant des décolletés plongeants ou des hauts moulants constituaient la vaste majorité des personnes filmées. Il est aussi frappant de constater que plusieurs de ces vidéos d’élèves de sexe féminin ont été prises de haut ou de côté, pendant que ces dernières étaient en salle de classe, dans le laboratoire informatique ainsi que dans les couloirs de l’école, à des angles qui permettaient de capter une plus grande partie des seins des élèves que si les prises de vue avaient été plus directes.

[11] Aucune des élèves ne savait qu’elle était filmée et aucune n’a consenti à l’être. M. Jarvis n’avait pas non plus la permission de l’école de produire des enregistrements visuels ou sonores des élèves. En fait, une politique du conseil scolaire qui était en vigueur lorsque M. Jarvis a fait les enregistrements interdisait de produire de telles vidéos : Exposé conjoint des faits, d.a., vol. 1, p. 147.

[12] La police a identifié 27 des personnes figurant dans les vidéos comme étant des élèves de sexe féminin de l’école secondaire et a déposé, en vertu de l’al. 162(1)c) du *Code criminel*, 27 chefs d’accusation de voyeurisme à l’encontre de M. Jarvis. À l’ouverture du procès, ces accusations ont été regroupées et remplacées par une accusation globale fondée sur l’al. 162(1)c).

III. Judicial History

A. *Ontario Superior Court of Justice (Goodman J.), 2015 ONSC 6813, 345 C.R.R. (2d) 103*

[13] The evidence at trial consisted of the videos recovered from the pen camera,¹ an agreed statement of facts and a photo exhibit entered on consent. In the agreed statement of facts, Mr. Jarvis admitted that he had recorded the videos recovered from the pen camera and that he had done so surreptitiously. In light of those admissions, there remained only two questions at trial: first, whether the Crown had established that the students Mr. Jarvis recorded were in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy; and second, whether the Crown had proven that Mr. Jarvis made the recordings for a sexual purpose.

[14] The trial judge answered the first question in the affirmative. He concluded that, in the context of the offence in s. 162(1), whether a person who is observed or recorded is in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy does not depend solely on the physical location where the observation or recording occurs. Location is only one circumstance to be considered. In the case at bar, although the students captured in the videos had a lower and different expectation of privacy at the school than they would have had at home, they nonetheless had a reasonable expectation that they would not be surreptitiously recorded by Mr. Jarvis.

[15] However, the trial judge was not satisfied that Mr. Jarvis had made the recordings for a sexual purpose. Based on his review of the videos, he determined that Mr. Jarvis had positioned the pen camera

¹ Mr. Jarvis' application to have the videos excluded from evidence on the basis of ss. 8 and 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was denied by the trial judge. That ruling was upheld by the Court of Appeal and is not at issue in this Court.

III. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario (le juge Goodman), 2015 ONSC 6813, 345 C.R.R. (2d) 103*

[13] Au procès, on a produit en preuve les vidéos récupérées à partir du stylo caméra¹, un exposé conjoint des faits et une série de photographies produites sur consentement. Dans l'exposé conjoint des faits, M. Jarvis admet qu'il a enregistré subrepticement les vidéos récupérées dans le stylo caméra. Compte tenu de ces aveux, il ne restait plus que deux questions en litige au procès. Premièrement, le ministère public a-t-il établi que les élèves filmées par M. Jarvis se trouvaient dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée? Deuxièmement, le ministère public a-t-il prouvé que M. Jarvis avait produit les enregistrements dans un but sexuel?

[14] Le juge du procès a répondu par l'affirmative à la première question. Il a conclu que, dans le contexte de l'infraction prévue au par. 162(1), on ne peut répondre uniquement en fonction de l'endroit physique où survient l'observation ou l'enregistrement à la question de savoir si une personne est observée ou fait l'objet d'un enregistrement dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée. Le lieu n'est que l'une des circonstances à prendre en considération. En l'espèce, même si les élèves filmées dans les vidéos à l'école avaient une attente de protection en matière de vie privée plus faible que si elles s'étaient trouvées à leur domicile, elles s'attendaient, de façon raisonnable, à ne pas faire l'objet d'un enregistrement subreptice de la part de M. Jarvis.

[15] Le juge du procès n'était toutefois pas convaincu que M. Jarvis avait produit les enregistrements dans un but sexuel. Se fondant sur son examen des vidéos, il a conclu que M. Jarvis avait

¹ Le juge du procès a rejeté la demande que M. Jarvis a présentée, sur le fondement de l'art. 8 et du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, pour faire exclure les vidéos de la preuve. Cette décision interlocutoire, confirmée par la Cour d'appel, n'est pas en litige devant notre Cour.

to focus “for the most part, on the female students’ faces, bodies and cleavage or breasts, and on several occasions, exclusively so”: para. 72. However, in the trial judge’s view, although the “most likely” conclusion based on the evidence was that Mr. Jarvis had recorded the students for a sexual purpose, “there may be other inferences to be drawn”: para. 77. He acquitted Mr. Jarvis.

B. *Court of Appeal for Ontario (Feldman J.A., Watt J.A. Concurring; Huscroft J.A. Dissenting), 2017 ONCA 778, 139 O.R. (3d) 754*

[16] On the Crown’s appeal from the acquittal, the Court of Appeal for Ontario was unanimously of the view that the trial judge had erred in law in failing to find that Mr. Jarvis had made the recordings at issue for a sexual purpose. According to the Court of Appeal, this was an “overwhelming case of videos focused on young women’s breasts and cleavage”, and no inference other than that the videos had been made for a sexual purpose was available on the record: paras. 53-54.

[17] Nevertheless, a majority of the Court of Appeal upheld Mr. Jarvis’ acquittal on the basis that the trial judge had also erred in finding that the students recorded by Mr. Jarvis were in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy when they were recorded. The majority was of the view that a person typically expects privacy when she is in a place where she can exclude others and feel confident that she is not being observed. The majority did accept that a person could arguably retain a limited expectation of privacy in a public place in certain circumstances. However, in the majority’s opinion, no such reasonable expectations could have arisen in the case at bar because the students recorded by Mr. Jarvis were engaged in normal school activities and interactions in common areas of the school where they would expect that others could see them and where they knew they would be recorded by the school’s security cameras.

placé le stylo caméra de façon à mettre à l’avant-plan [TRADUCTION] « surtout, voire à plusieurs reprises exclusivement, le visage, le corps et le décolleté ou les seins des élèves de sexe féminin » : par. 72. Cependant, même s’il était « très probable », au vu de la preuve dont il disposait, que M. Jarvis ait filmé les élèves dans un but sexuel, il était d’avis que « d’autres inférences pouvaient être tirées » : par. 77. Il a acquitté M. Jarvis.

B. *Cour d’appel de l’Ontario (la juge Feldman, avec l’accord du juge Watt, le juge Huscroft étant dissident), 2017 ONCA 778, 139 O.R. (3d) 754*

[16] La Cour d’appel de l’Ontario, auprès de laquelle le ministère public a interjeté appel de l’acquittal, a unanimement estimé que le juge du procès avait commis une erreur de droit en ne concluant pas que M. Jarvis avait produit les enregistrements en cause dans un but sexuel. Selon la Cour d’appel, il s’agissait d’un [TRADUCTION] « cas flagrant de vidéos mettant à l’avant-plan les seins et le décolleté de jeunes femmes », et la seule inférence pouvant être tirée du dossier était que les vidéos avaient été produites dans un but sexuel : par. 53-54.

[17] Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont néanmoins confirmé l’acquittal de M. Jarvis au motif que le juge du procès avait aussi eu tort de conclure que les élèves filmées par M. Jarvis se trouvaient, lors des enregistrements, dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée. Ils se sont dits d’avis qu’une personne s’attend habituellement au respect de sa vie privée lorsqu’elle se trouve dans un endroit où elle peut exclure d’autres personnes et avoir la certitude de ne pas être observée. Les juges majoritaires ont reconnu qu’une personne pouvait avoir une attente restreinte de protection en matière de vie privée lorsqu’elle se trouve dans un lieu public dans certaines circonstances, mais, selon eux, une telle attente n’aurait pas pu exister en l’espèce parce que les élèves filmées par M. Jarvis se livraient à des activités scolaires courantes, se trouvaient dans des zones communes de l’école, zones dans lesquelles elles devaient s’attendre à être vues par d’autres personnes et où elles savaient qu’elles seraient filmées par les caméras de sécurité de l’école.

[18] Huscroft J.A. dissented. In his view, whether a person is in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy, within the meaning of s. 162(1), should not depend solely on a person's location and ability to exclude others from that location. He stated that, to ascertain whether a person is in circumstances that give rise to reasonable expectation of privacy, a court must determine whether the person's interest in privacy should be given priority over competing interests. In the case at bar, according to Huscroft J.A., the students recorded by Mr. Jarvis should be found to have had a reasonable expectation of privacy because their interest in privacy was entitled to priority over the interests "of anyone who would seek to compromise their personal and sexual integrity while they are at school": para. 133. He would have allowed the Crown's appeal on this basis.

[19] The Crown now appeals to this Court as of right on the issue of whether the majority of the Court of Appeal erred in finding that the students recorded by Mr. Jarvis were not in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy.

IV. Analysis

[20] This appeal requires the Court to consider, for the first time, the elements of the offence created by s. 162(1) of the *Criminal Code*. That provision reads as follows:

Voyeurism

162 (1) Every one commits an offence who, surreptitiously, observes — including by mechanical or electronic means — or makes a visual recording of a person who is in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy, if

- (a) the person is in a place in which a person can reasonably be expected to be nude, to expose his or her

[18] Dissident, le juge Huscroft a exprimé l'avis selon lequel la réponse à la question de savoir si une personne se trouve dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée au sens du par. 162(1) ne devrait pas dépendre uniquement du lieu où elle est ou de sa capacité à en exclure d'autres personnes. Le juge Huscroft a dit que, pour savoir si une personne se trouvait dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée, la cour saisie de la question doit déterminer si le droit de cette personne au respect de sa vie privée devrait avoir préséance sur des droits concurrents. En l'espèce, selon le juge Huscroft, il convient de conclure que les élèves filmées par M. Jarvis avaient une attente raisonnable de protection en matière de vie privée, car leur droit à cet égard doit avoir préséance sur les droits [TRADUCTION] « de quiconque cherchant à compromettre leur intégrité personnelle et sexuelle pendant qu'elles sont à l'école » : par. 133. Le juge Huscroft aurait accueilli pour ce motif l'appel du ministère public.

[19] Ce dernier se pourvoit maintenant de plein droit devant notre Cour sur la question de savoir si les juges majoritaires de la Cour d'appel ont commis une erreur en concluant que les élèves filmées par M. Jarvis ne se trouvaient pas dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée.

IV. Analyse

[20] En l'espèce, la Cour doit examiner pour la première fois les éléments constitutifs de l'infraction créée au par. 162(1) du *Code criminel*. Cette disposition est libellée comme suit :

Voyeurisme

162 (1) Commet une infraction quiconque, subrepticement, observe, notamment par des moyens mécaniques ou électroniques, une personne — ou produit un enregistrement visuel d'une personne — se trouvant dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée, dans l'un des cas suivants :

- a) la personne est dans un lieu où il est raisonnable de s'attendre à ce qu'une personne soit nue, expose ses

genital organs or anal region or her breasts, or to be engaged in explicit sexual activity;

(b) the person is nude, is exposing his or her genital organs or anal region or her breasts, or is engaged in explicit sexual activity, and the observation or recording is done for the purpose of observing or recording a person in such a state or engaged in such an activity; or

(c) the observation or recording is done for a sexual purpose.

[21] Mr. Jarvis is charged with committing the offence of voyeurism contrary to s. 162(1)(c) of the *Criminal Code*. That offence is committed where a person surreptitiously observes or makes a visual recording of another person who is in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy, if the observation or recording is done for a sexual purpose: see *R. v. Rudiger*, 2011 BCSC 1397, 244 C.R.R. (2d) 69, at para. 75. A “visual recording” is defined, for the purposes of s. 162, as including “a photographic, film or video recording made by any means”: *Criminal Code*, s. 162(2).

[22] It is no longer in dispute that Mr. Jarvis surreptitiously made video recordings of female students at the high school and that he did so for a sexual purpose. Thus, there remains a single question in this appeal: were the students recorded by Mr. Jarvis in “circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy”?

[23] In order to answer this question, I will first consider what it means for a person who is observed or recorded to be in “circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy” as that expression is used in s. 162(1) of the *Criminal Code*. I will then consider the facts of the case at bar to determine whether the Crown has proven this element of the offence beyond a reasonable doubt.

seins, ses organes génitaux ou sa région anale ou se livre à une activité sexuelle explicite;

b) la personne est nue, expose ses seins, ses organes génitaux ou sa région anale ou se livre à une activité sexuelle explicite, et l’observation ou l’enregistrement est fait dans le dessein d’ainsi observer ou enregistrer une personne;

c) l’observation ou l’enregistrement est fait dans un but sexuel.

[21] M. Jarvis est accusé d’avoir commis l’infraction de voyeurisme visée à l’al. 162(1)c) du *Code criminel*. Commet cette infraction quiconque, subrepticement, observe une personne — ou produit un enregistrement visuel d’une personne — se trouvant dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée, et le fait dans un but sexuel : voir *R. c. Rudiger*, 2011 BCSC 1397, 244 C.R.R. (2d) 69, par 75. L’« enregistrement visuel » au sens de l’art. 162 s’entend d’un « enregistrement photographique, filmé, vidéo ou autre, réalisé par tout moyen » : *Code criminel*, par. 162(2).

[22] Il est maintenant admis que M. Jarvis a subrepticement produit des enregistrements vidéo d’élèves de sexe féminin à l’école secondaire et qu’il l’a fait dans un but sexuel. En conséquence, il ne reste qu’une seule question en litige dans ce pourvoi : les élèves filmées par M. Jarvis se trouvaient-elles dans des « circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée »?

[23] Pour répondre à cette question, j’examinerai d’abord ce que peuvent constituer pour une personne observée ou filmée des « circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée » au sens où cette expression est employée au par. 162(1) du *Code criminel*. J’analyserai ensuite les faits de la présente affaire pour juger si le ministère public a établi hors de tout doute raisonnable cet élément constitutif de l’infraction.

A. *When Is a Person Who Is Observed or Recorded in “Circumstances That Give Rise to a Reasonable Expectation of Privacy” for the Purposes of Section 162(1) of the Criminal Code?*

[24] What does it mean, in the context of s. 162(1) of the *Criminal Code*, for a person who is observed or recorded to be in “circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy”? The parties agree that this question of statutory interpretation must be answered by reading the words of s. 162(1) “in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21, quoting E. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87. The parties disagree, however, on the interpretation that results from this approach.

(1) Positions of the Parties

[25] In his factum in this Court, Mr. Jarvis argued that this interpretive approach leads to the conclusion that circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy for the purposes of s. 162(1) are circumstances in which a person has a reasonable expectation that she, or a part of her body, will not be observed by others. On this understanding of s. 162(1), the offence of voyeurism would be committed when the person who is observed or recorded is in a place where she does not expect to be observed by others (such as when she is alone in her own home) or when the observation or recording is of a part of a person’s body that she does not expect to be observed by others (such as a part covered by a skirt). In oral argument, counsel for Mr. Jarvis qualified this proposed interpretation somewhat by submitting that a person may also have a reasonable expectation of privacy for the purposes of s. 162(1) when she expects to be observed by certain other persons but *not* by the person doing the observation or recording at issue.

A. *Quand peut-on considérer qu’une personne filmée ou observée se trouve dans des « circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée » pour l’application du par. 162(1) du Code criminel?*

[24] Qu’entend-on par l’observation ou l’enregistrement d’une personne se trouvant dans des « circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée » dans le contexte du par. 162(1) du *Code criminel*? Les parties conviennent qu’il faut, pour répondre à cette question d’interprétation législative, lire les termes du par. 162(1) « “dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’[économie] de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur” » : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21, citant E. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87. Toutefois, les parties ne s’entendent pas sur l’interprétation découlant de cette démarche.

(1) Les thèses des parties

[25] Dans le mémoire qu’il a présenté à notre Cour, M. Jarvis prétend que cette démarche interprétative mène à la conclusion que des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée pour l’application du par. 162(1) sont celles où il est raisonnable pour une personne de s’attendre à ce que son corps ou une partie de son corps ne soit pas observé par autrui. Selon cette conception du par. 162(1), l’infraction de voyeurisme serait commise lorsque la personne observée ou filmée se trouve dans un endroit où elle ne s’attend pas à être vue par autrui (lorsqu’elle est, par exemple, seule à son domicile) ou lorsque l’observation ou l’enregistrement vise une partie de son corps qui ne devrait normalement pas être vue par autrui (telle une partie dissimulée par une jupe). Durant sa plaidoirie, l’avocat de M. Jarvis a expliqué cette interprétation en affirmant qu’une personne peut aussi avoir une attente raisonnable de protection en matière de vie privée pour l’application du par. 162(1) lorsqu’elle s’attend à être observée par certaines autres personnes, mais *pas* par la personne qui l’observe ou produit l’enregistrement en cause.

[26] According to Mr. Jarvis, the circumstances relevant to whether a reasonable expectation of privacy arises in a particular context may include the physical features of the space in which a person is located and the degree of control the person has over who may obtain visual access to her in the space. However, considerations such as the nature of the impugned conduct, that is, whether it consists of recording as opposed to mere observation, the “sexual nature” of the parts of a person’s body that are being observed or recorded, and the relationship between the observer and the observed person are never relevant to the inquiry: R.F., at para. 19. Applying this approach to the case at bar, Mr. Jarvis submits that because the students recorded by him were in common areas of the school where they knew they could be observed by others, they could not have had a reasonable expectation of privacy and the offence in s. 162(1) is not made out.

[27] The Crown, by contrast, argues that the majority of the Court of Appeal erred by adopting an unduly narrow, location-based understanding of privacy. The Crown submits that whether a reasonable expectation of privacy arises in a given situation should be determined on the basis of the totality of the circumstances, with location being only one factor to be considered. In light of the full constellation of circumstances in the case at bar — including the fact that the impugned conduct consisted of visual recording and not merely observation, the nature of the recordings made, the trust relationship between Mr. Jarvis and the students, and the existence of a school board policy that prohibited Mr. Jarvis from recording students in the manner he did — it must be concluded that the students filmed by Mr. Jarvis had a reasonable expectation of privacy for the purposes of s. 162(1).

[26] Selon M. Jarvis, les circonstances qui sont pertinentes pour déterminer s’il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée dans un contexte particulier peuvent comprendre les caractéristiques physiques de l’endroit où la personne se trouve et le degré de contrôle qu’elle a sur l’identité des personnes qui peuvent obtenir un accès visuel à elle à cet endroit. Par contre, d’autres facteurs comme la nature de la conduite reprochée, c’est-à-dire s’il s’agit d’un enregistrement au lieu d’une simple observation, le « caractère sexuel » des parties du corps de la personne qui sont observées ou qui font l’objet d’un enregistrement, ou encore la relation entre la personne qui observe et la personne observée, ne sont jamais pertinents pour l’analyse : m.i., par. 19. Appliquant cette démarche à la présente affaire, M. Jarvis soutient que les élèves qu’il a filmées ne pouvaient pas avoir d’attente raisonnable de protection en matière de vie privée, car elles se trouvaient dans des zones communes de l’école où elles savaient qu’elles pouvaient être observées par d’autres personnes. La perpétration de l’infraction prévue au par. 162(1) n’est donc pas établie.

[27] Pour sa part, le ministère public prétend que les juges majoritaires de la Cour d’appel ont commis une erreur en adoptant une interprétation de la protection en matière de vie privée indûment étroite et tributaire d’un lieu. Il fait valoir que la question de savoir s’il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée devrait être tranchée en fonction de l’ensemble des circonstances et que le lieu est seulement l’un des facteurs à prendre en considération. À la lumière de toutes les circonstances de l’espèce — notamment le fait que le comportement reproché consistait en un enregistrement visuel et non en une simple observation, la nature des enregistrements produits, la relation de confiance qui existait entre M. Jarvis et les élèves ainsi que l’existence d’une politique du conseil scolaire qui interdisait à M. Jarvis de filmer des élèves comme il l’a fait — force est de conclure que les élèves filmées par M. Jarvis avaient une attente raisonnable de protection en matière de vie privée pour l’application du par. 162(1).

(2) Meaning of the Expression “Circumstances that Give Rise to a Reasonable Expectation of Privacy” in Section 162(1)

[28] In my view, circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy for the purposes of s. 162(1) are circumstances in which a person would reasonably expect not to be the subject of the type of observation or recording that in fact occurred. The inquiry into whether a person who was observed or recorded was in such circumstances should take into account the entire context in which the impugned observation or recording took place.

[29] The following non-exhaustive list of considerations may assist a court in determining whether a person who was observed or recorded was in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy:

(1) The location the person was in when she was observed or recorded. The fact that the location was one from which the person had sought to exclude all others, in which she felt confident that she was not being observed, or in which she expected to be observed only by a select group of people may inform whether there was a reasonable expectation of privacy in a particular case.

(2) The nature of the impugned conduct, that is, whether it consisted of observation or recording. Given that recording is more intrusive on privacy than mere observation, a person’s expectation regarding whether she will be observed may reasonably be different than her expectation regarding whether she will be recorded in any particular situation. The heightened impact of recording on privacy has been recognized by this Court in other contexts, as will be discussed further at para. 62 of these reasons.

(3) Awareness of or consent to potential observation or recording. I will discuss further

(2) Le sens de l’expression « circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée » employée au par. 162(1)

[28] À mon avis, les circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée pour l’application du par. 162(1) sont celles où une personne s’attendrait raisonnablement à ne pas faire l’objet du type d’observation ou d’enregistrement qui est effectivement survenu. Pour savoir si une personne observée ou filmée se trouvait en pareilles circonstances, la cour saisie de la question devrait tenir compte de l’ensemble du contexte dans lequel l’observation ou l’enregistrement dénoncé a eu lieu.

[29] La liste non exhaustive suivante de facteurs peut aider le tribunal à décider si la personne observée ou filmée se trouvait dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée :

(1) L’endroit où se trouvait la personne lorsqu’elle a été observée ou filmée. Pour déterminer s’il existe une attente raisonnable en matière de vie privée dans une affaire donnée, on peut notamment se demander s’il s’agissait d’un lieu d’où cette personne avait cherché à exclure toutes les autres personnes, où elle était persuadée qu’elle n’était pas observée ou dans lequel elle s’attendait à n’être observée que par un groupe déterminé de personnes.

(2) La nature de la conduite reprochée, c’est-à-dire s’il s’agissait d’une observation ou d’un enregistrement. Puisqu’un enregistrement porte plus gravement atteinte à la vie privée qu’une simple observation, les attentes d’une personne peuvent, de façon raisonnable, être différentes selon que cette dernière sait qu’elle sera observée ou qu’elle fera l’objet d’un enregistrement. Notre Cour a déjà reconnu les répercussions plus grandes de l’enregistrement sur la vie privée dans d’autres contextes, comme je l’expliquerai davantage au par. 62 des présents motifs.

(3) La connaissance ou le consentement de la personne observée ou filmée. Au paragraphe 33

how awareness of observation or recording may inform the reasonable expectation of privacy inquiry at para. 33 of these reasons.

(4) The manner in which the observation or recording was done. Relevant considerations may include whether the observation or recording was fleeting or sustained, whether it was aided or enhanced by technology and, if so, what type of technology was used. The potential impact of evolving technologies on privacy has been recognized by the courts, as I will discuss further at para. 63 of these reasons.

(5) The subject matter or content of the observation or recording. Relevant considerations may include whether the observation or recording targeted a specific person or persons, what activity the person who was observed or recorded was engaged in at the relevant time, and whether the focus of the observation or recording was on intimate parts of a person's body. This Court has recognized, in other contexts, that the nature and quality of the information at issue are relevant to assessing reasonable expectations of privacy in that information. As I will discuss further at paras. 65-67 of these reasons, this principle is relevant in the present context as well.

(6) Any rules, regulations or policies that governed the observation or recording in question. However, formal rules, regulations or policies will not necessarily be determinative, and the weight they are to be accorded will vary with the context.

(7) The relationship between the person who was observed or recorded and the person who did the observing or recording. Relevant considerations may include whether the relationship was one of trust or authority and whether the observation or recording constituted a breach or

des présents motifs, j'explique plus en détail l'incidence que peut avoir la connaissance de l'observation ou de l'enregistrement sur l'attente raisonnable de protection en matière privée.

(4) La manière dont l'observation ou l'enregistrement a été fait. Parmi les caractéristiques pertinentes, mentionnons la question de savoir s'il s'agissait d'une observation ou d'un enregistrement ponctuel ou continu, ou si l'observation ou l'enregistrement a été facilité ou affiné par un recours à la technologie; dans l'affirmative, le type de technologie utilisé. Comme je l'explique plus en détail aux par. 63 des présents motifs, les tribunaux ont déjà reconnu l'incidence que peuvent avoir les technologies en évolution sur la vie privée.

(5) L'objet ou le contenu de l'observation ou de l'enregistrement. Parmi les facteurs pertinents à cet égard, mentionnons le point de savoir si l'observation ou l'enregistrement visait une ou des personnes en particulier, l'activité à laquelle s'adonnait alors la personne qui a été l'objet de l'observation ou de l'enregistrement et la question de savoir si l'observation ou l'enregistrement mettait à l'avant-plan des parties intimes du corps de la personne visée. Notre Cour a reconnu dans d'autres contextes que la nature et la qualité des renseignements en cause sont utiles pour établir les attentes raisonnables de protection en matière de vie privée à l'égard de ces renseignements. Comme je l'explique plus à fond aux par. 65-67 des présents motifs, ces indications sont pertinentes aussi dans le contexte qui nous occupe.

(6) L'existence de règles, règlements ou politiques qui régissaient l'observation ou l'enregistrement en question. Cependant, les règles, règlements ou politiques officiels ne sont pas nécessairement déterminants et le poids qu'il convient de leur accorder varie selon le contexte.

(7) La relation entre la personne qui a fait l'objet de l'observation ou de l'enregistrement et celle qui l'a observée ou filmée. Parmi les facteurs pertinents à cet égard, mentionnons l'élément de savoir s'il s'agissait d'une relation de confiance ou d'autorité, et si l'observation ou

abuse of the trust or authority that characterized the relationship. This circumstance is relevant because it would be reasonable for a person to expect that another person who is in a position of trust or authority toward her will not abuse this position by engaging in unconsented, unauthorized, unwanted or otherwise inappropriate observation or recording.

(8) The purpose for which the observation or recording was done. I will explain why this may be a relevant consideration at paras. 31-32 of these reasons.

(9) The personal attributes of the person who was observed or recorded. Considerations such as whether the person was a child or a young person may be relevant in some contexts.

[30] I emphasize that the list of considerations that can reasonably inform the inquiry into whether a person who was observed or recorded had a reasonable expectation of privacy is not exhaustive. Nor will every consideration listed above be relevant in every case. For example, recordings made using a camera hidden inside a washroom will breach reasonable expectations of privacy regardless of the purpose for which they are made, the age of the person recorded, or the relationship between the person recorded and the person who did the recording. In another context, however, these latter considerations may play a more significant role. The inquiry is a contextual one, and the question in each case is whether there was a reasonable expectation of privacy in the totality of the circumstances.

[31] I pause here to note that there is nothing incongruous about considering the purpose of observation or recording in determining whether it was done in breach of a reasonable expectation of privacy. This Court has recognized, in other contexts, that a person's reasonable expectation of privacy with respect to information about the person will vary depending on the purpose for which the information is collected: see *R. v. Dymont*, [1988] 2

l'enregistrement constituait un abus de confiance ou de pouvoir qui caractérisait la relation. C'est une circonstance pertinente parce qu'il serait raisonnable pour une personne de s'attendre à ce qu'une autre personne en situation de confiance ou d'autorité n'abuse pas de cette situation pour se livrer à une observation ou à un enregistrement non consensuel, non autorisé ou autrement inapproprié.

(8) L'objectif pour lequel l'observation ou l'enregistrement a été fait. J'explique aux par. 31-32 des présents motifs pourquoi ce facteur peut s'avérer pertinent.

(9) Les attributs personnels de la personne observée ou filmée. Des considérations comme celle de savoir si la personne était un enfant ou une jeune personne peuvent être pertinentes dans certains contextes.

[30] Je souligne que la liste des facteurs susceptibles de nous aider raisonnablement à établir si une personne observée ou filmée avait une attente raisonnable au respect de sa vie privée n'est pas exhaustive. Ce ne sont pas non plus tous les facteurs susmentionnés qui sont pertinents dans tous les cas. À titre d'exemple, des enregistrements faits au moyen d'une caméra cachée dans une salle de bain frustreront les attentes raisonnables de protection en matière de vie privée, peu importe le but dans lequel ils ont été faits, l'âge de la personne filmée et la relation entre cette dernière et l'auteur de l'enregistrement. Dans un autre contexte, toutefois, ces dernières considérations pourraient jouer un rôle accru. L'analyse est contextuelle et la question qu'il faut se poser dans chaque cas est de savoir s'il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée dans l'ensemble des circonstances.

[31] J'ouvre ici une parenthèse pour souligner qu'il n'y a rien d'incongru à tenir compte du but dans lequel une observation ou un enregistrement a été fait pour décider si cette observation ou cet enregistrement a été fait en violation d'une attente raisonnable de protection en matière de vie privée. Dans d'autres contextes, notre Cour a reconnu que l'attente raisonnable que peut avoir une personne à la protection de sa vie privée pour ce qui est des

S.C.R. 417, at pp. 429-32, per La Forest J.; *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403, at para. 75. This conclusion also flows from a common sense understanding of privacy expectations. For example, if a patient disrobes to allow a physician to view her breasts or other sexualized parts of her body for the purpose of receiving a medical diagnosis, the patient cannot complain that the physician has breached any reasonably held expectation of privacy by performing the diagnostic procedure. However, if the diagnostic procedure turns out to be a pretext on which the physician relies in order to view the patient for a non-medical purpose — whether sexual or otherwise — the patient’s privacy will undeniably be violated.

[32] The fact that it is an element of the offence in s. 162(1)(c) that observation or recording be done for a sexual purpose does not make it inappropriate to consider the purpose of the observation or recording in assessing whether it was done in breach of a reasonable expectation of privacy, as required by s. 162(1). In the context of this latter inquiry, purpose is only one non-determinative factor to be taken into account along with other relevant circumstances. By contrast, sexual purpose, as an element of the offence in s. 162(1)(c), must be established beyond a reasonable doubt for the offence to be proven. In some cases, depending on the entire context, observation or recording may not breach expectations of privacy despite having a sexual purpose. In such cases, the offence in s. 162(1) will not be made out. In other cases, observation or recording may be an obvious breach of privacy regardless of its purpose, and it can ground a conviction under s. 162(1) if the other elements of the offence are made out.

[33] Similarly, although the surreptitiousness of the observation or recording is an element of the offence in s. 162(1), this does not mean that it can never be considered in assessing whether the person

renseignements la concernant varie selon l’objectif dans lequel ils ont été recueillis : voir *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 429-432, le juge La Forest; *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403, par. 75. Cette conclusion découle également d’une conception des attentes en matière de vie privée fondée sur le bon sens. À titre d’exemple, la patiente qui se dévêt pour permettre à un médecin d’observer ses seins ou d’autres parties sexualisées de son corps en vue d’obtenir un diagnostic médical ne peut se plaindre que le médecin qui a suivi la procédure dans ce but a violé toute attente raisonnable au respect de la vie privée. Toutefois, si la procédure de diagnostic s’est avérée être un prétexte invoqué par le médecin pour observer la patiente dans un but non médical — que ce but soit de nature sexuelle ou non —, il ne fait aucun doute que la patiente aura été victime d’une atteinte à sa vie privée.

[32] Ce n’est pas parce qu’un élément constitutif de l’infraction prévue à l’al. 162(1)c) requiert que l’observation ou l’enregistrement soit fait dans un but sexuel qu’il est inapproprié d’examiner l’objectif de l’observation ou de l’enregistrement pour établir s’il y a eu violation d’une attente raisonnable de protection en matière de vie privée, comme l’exige le par. 162(1). Dans le cadre de ce dernier examen, l’objectif n’est qu’un facteur non déterminant dont il faut tenir compte avec les autres circonstances pertinentes. À l’inverse, l’élément constitutif de l’infraction prévue à l’al. 162(1)c) que représente le but sexuel doit être établi hors de tout doute raisonnable pour que l’existence de l’infraction soit prouvée. Dans certains cas, selon le contexte global, une observation ou un enregistrement ne viole peut-être pas les attentes au respect de la vie privée malgré son but sexuel. Dans de tels cas, la perpétration de l’infraction visée au par. 162(1) ne sera pas démontrée. Dans d’autres cas, peu importe son but, une observation ou un enregistrement peut donner lieu à une atteinte évidente à la vie privée et fonder une déclaration de culpabilité au titre du par. 162(1) si les autres éléments constitutifs de l’infraction sont établis.

[33] De même, bien que le caractère subreptice d’une observation ou d’un enregistrement soit un élément constitutif de l’infraction visée au par. 162(1), cela ne veut pas dire qu’on ne peut jamais en tenir

who was observed or recorded had a reasonable expectation of privacy. For example, the fact that a person chose to be secretive about recording another person in a particular situation may support the conclusion that the recording was contrary to the norms regarding privacy and visual recording that exist in that context. However, as with the purpose of the observation or recording, surreptitiousness will only ever be one consideration, among many, to be taken into account in assessing reasonable expectations of privacy; it cannot be allowed to overwhelm the reasonable expectation of privacy analysis. It is possible under s. 162(1) for observation or recording to be done surreptitiously but not in breach of a reasonable expectation of privacy. Conversely, observation or recording that is done openly may breach reasonable expectations of privacy, though because it is not surreptitious, it will not constitute an offence under s. 162(1).

[34] As I will now explain, the above interpretation of the requirement in s. 162(1) that a person who is observed or recorded be in “circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy” is the interpretation that best accords with the language, context and purpose of that provision.

(3) This Interpretation of the Expression “Circumstances That Give Rise to a Reasonable Expectation of Privacy” Best Accords With the Language, Context and Purpose of Section 162(1)

(a) *Opening Words of Section 162(1)*

[35] I will begin by considering the words chosen by Parliament to express the element of s. 162(1) with which we are concerned in this appeal and the “ordinary” or “natural” meaning that appears when these words are read in their immediate context: see R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at p. 30. In my view, the ordinary and grammatical sense of the words “circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy”,

compte pour décider si la personne observée ou filmée avait une attente raisonnable de protection en matière de vie privée. À titre d'exemple, le fait qu'une personne ait choisi de filmer secrètement une autre personne peut appuyer la conclusion selon laquelle l'enregistrement était contraire aux normes relatives à la vie privée et aux enregistrements visuels qui existent dans ce contexte. Cependant, tout comme dans le cas du but de l'observation ou de l'enregistrement, le caractère subreptice ne sera jamais plus qu'un des facteurs dont il faut tenir compte pour évaluer le caractère raisonnable des attentes de protection en matière de vie privée; il ne peut supplanter l'analyse en question. D'après le par. 162(1), il se peut qu'une observation ou un enregistrement soit fait subrepticement mais qu'il ne contrevienne pas aux attentes raisonnables de protection en matière de vie privée. À l'inverse, une observation ou un enregistrement qui est fait ouvertement peut violer des attentes raisonnables en la matière, bien qu'il ne constitue pas une infraction visée par le par. 162(1) puisqu'il n'a pas été fait subrepticement.

[34] Comme je l'expliquerai, l'interprétation susmentionnée de l'exigence du par. 162(1) que la personne observée ou filmée se trouve dans des « circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée » est celle qui s'harmonise le mieux avec le libellé, le contexte et l'objet de cette disposition.

(3) Cette interprétation de l'expression « circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée » s'harmonise le mieux avec le libellé, le contexte et l'objet du par. 162(1)

a) *La disposition liminaire du par. 162(1)*

[35] J'examinerai d'abord les mots choisis par le législateur pour exprimer l'élément du par. 162(1) qui nous intéresse en l'espèce ainsi que le sens « ordinaire » ou « naturel » qui se dégage de la disposition lorsque ces mots sont lus dans leur contexte immédiat : voir R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), p. 30. À mon avis, le sens ordinaire et grammatical de l'expression « circonstances pour lesquelles il existe une attente

when read in the context of the opening words of s. 162(1), is consistent with the understanding of this element that I have set out above, for a number of reasons.

[36] The concept of “privacy” defies easy definition, and I do not propose to offer a comprehensive definition here. However, in a general sense and as ordinarily used, the word “privacy” includes the concept of freedom from unwanted scrutiny, intrusion or attention. Section 162(1) is specifically directed at two types of attention: observation and visual recording. The opening words of s. 162(1) therefore suggest that the “reasonable expectation of privacy” with which the provision is concerned is an expectation that one will not be observed or visually recorded.

[37] One question raised by the present appeal is whether a person can ever retain such an expectation when she knows she can be observed by others or when she is in a place from which she cannot exclude others — what may be described as a “public” place. In my view, on an ordinary understanding of the concept of privacy, this question must be answered in the affirmative. I readily accept that expectations of privacy with respect to observation or recording will generally be at their highest when a person is in a traditionally “private” place from which she has chosen to exclude all others. For example, a person alone at home, or in a washroom with the door closed, would typically expect near absolute privacy — and certainly would expect not to be observed or recorded without her knowledge. But a person does not lose all expectations of privacy, as that concept is ordinarily understood, simply because she is in a place where she knows she can be observed by others or from which she cannot exclude others.

[38] In my view, a typical or ordinary understanding of the concept of privacy recognizes that a person

raisonnable de protection en matière de vie privée », lue dans le contexte de la disposition liminaire du par. 162(1), est compatible avec l’interprétation de cet élément que j’ai donnée précédemment, et ce, pour plusieurs raisons.

[36] Le concept de « vie privée » n’est pas facile à définir et je n’en proposerai pas une définition exhaustive ici. Cependant, selon son sens général et l’usage qui en est habituellement fait, le terme « vie privée » s’entend de la liberté de ne pas être soumis à un examen, une intrusion ou une attention non désirés. Le paragraphe 162(1) cible expressément deux types d’attention : l’observation et l’enregistrement visuel. La disposition liminaire du par. 162(1) tend donc à indiquer que l’« attente raisonnable de protection en matière de vie privée » visée par la disposition est de ne pas faire l’objet d’une observation ou d’un enregistrement visuel.

[37] Une des questions que soulève ce pourvoi est de savoir si une personne peut avoir une telle attente lorsqu’elle sait qu’elle peut être observée par autrui ou lorsqu’elle se trouve dans un endroit d’où elle ne peut exclure qui que ce soit, soit un endroit que l’on pourrait appeler un lieu « public ». Me fondant sur le sens ordinaire donné au concept de protection en matière de vie privée, je suis d’avis qu’il faut répondre à cette question par l’affirmative. Je reconnais volontiers que les attentes de protection en matière de vie privée au chapitre de l’observation ou de l’enregistrement sont en général à leur paroxysme lorsqu’une personne se trouve dans un lieu traditionnellement « privé », duquel elle a choisi d’exclure toute autre personne. À titre d’exemple, une personne qui se trouve seule à son domicile, ou dans une salle de bains dont elle a fermé la porte, s’attendrait normalement à une protection quasi absolue de sa vie privée, et certainement pas à être observée ou filmée à son insu. Néanmoins, une personne ne renonce pas à toutes ses attentes de protection en matière de vie privée, selon le sens donné habituellement à ce concept, du simple fait qu’elle se trouve dans un endroit où elle sait que d’autres personnes peuvent l’observer ou duquel elle ne peut exclure qui que ce soit.

[38] Selon moi, l’interprétation habituelle ou ordinaire du concept de vie privée reconnaît qu’une

may be in circumstances where she can expect to be the subject of certain types of observation or recording but not to be the subject of other types. An obvious example is that of a person who chooses to disrobe and engage in sexual activity with another person and who necessarily expects to be observed by that other person while she is nude and engaging in that activity. Her privacy would nonetheless be violated if that other person, without her knowledge, video recorded the two of them engaging in the activity. And a couple who choose to film themselves engaged in sexual activity do not thereby waive their expectation that third parties will not secretly observe or record them engaging in that activity.

[39] Similarly, a woman changing in a communal women's change room at a public pool would expect to be observed incidentally in various states of undress by other users of the change room. However, there can be no debate that she would retain some expectation of privacy with respect to observation or recording. For one thing, she would expect to be observed *only* by the other women in the change room and not by the general public. She would also expect not to be photographed or video recorded while undressing, either by other change room users or by anyone else. If it turned out that a mirror in the change room was actually a one-way glass that allowed pool staff to view change room occupants or that someone had concealed a camera in a vent and was video recording persons while they were changing, surely this would be viewed as an invasion of "privacy", on any ordinary understanding of that word.

[40] One can think of other examples where a person would continue to expect some degree of privacy, as that concept is ordinarily understood, while knowing that she could be viewed or even recorded by others in a public place. For example, a person lying on a blanket in a public park would expect to be observed by other users of the park or to be captured incidentally in the background of other park-goers'

personne peut se trouver dans des circonstances où elle peut s'attendre à faire l'objet de certains types d'observations ou d'enregistrements, sans toutefois être visée par d'autres types d'observations ou d'enregistrements. Un exemple évident est celui d'une personne qui choisit de se dévêtir et de participer à des activités sexuelles avec une autre personne et qui s'attend nécessairement à ce que cette personne l'observe alors qu'elle est nue et se livre à ces activités. Il y aurait néanmoins atteinte à sa vie privée si l'autre personne produisait à son insu un enregistrement vidéo de l'activité à laquelle elles se livrent. De même, les membres d'un couple qui choisissent de filmer leurs activités sexuelles ne renoncent pas à leur attente à ne pas être observés ou filmés subrepticement par des tiers pendant ces activités.

[39] Dans le même ordre d'idée, une femme qui se change dans le vestiaire des femmes d'une piscine publique s'attend à être observée de façon incidente dans divers états de nudité par les autres utilisatrices du vestiaire. Il est toutefois indéniable qu'elle conserverait une certaine attente au respect de sa vie privée sur le plan de l'observation ou de l'enregistrement. Premièrement, elle s'attendrait à être observée *uniquement* par les autres femmes présentes dans le vestiaire et non par le grand public. Deuxièmement, elle s'attendrait à ne pas être photographiée ou à faire l'objet d'un enregistrement vidéo pendant qu'elle se dévêtait, que ce soit par les autres utilisatrices du vestiaire ou par qui que ce soit d'autre. Si un des miroirs du vestiaire était en fait une glace sans tain qui permettait au personnel de la piscine de voir les occupantes du vestiaire, ou que quelqu'un avait dissimulé une caméra dans une trappe d'aération et a produit un enregistrement vidéo des personnes qui se changeaient, cela serait sûrement perçu comme une intrusion dans la « vie privée », et ce, peu importe le sens ordinaire donné à ce terme.

[40] On peut songer à d'autres exemples où une personne continuerait de s'attendre à bénéficier d'un certain degré de protection en matière de vie privée, au sens généralement donné à ce concept, tout en sachant qu'elle peut être vue, ou même faire l'objet d'un enregistrement par d'autres dans un lieu public. À titre d'exemple, une femme étendue sur une couverture dans un parc public pourrait s'attendre à être

photographs, but would retain an expectation that no one would use a telephoto lens to take photos up her skirt (a hypothetical scenario discussed in *Rudiger*, at para. 91). The use of a cell phone to capture upskirt images of women on public transit, the use of a drone to take high-resolution photographs of unsuspecting sunbathers at a public swimming pool, and the surreptitious video recording of a woman breastfeeding in a quiet corner of a coffee shop would all raise similar privacy concerns.

[41] These examples illustrate that “privacy,” as ordinarily understood, is not an all-or-nothing concept. Furthermore, being in a public or semi-public space does not automatically negate all expectations of privacy with respect to observation or recording. Rather, these examples indicate that whether observation or recording would generally be regarded as an invasion of privacy depends on a variety of factors, which may include a person’s location; the form of the alleged invasion of privacy, that is, whether it involves observation or recording; the nature of the observation or recording; the activity in which a person is engaged when observed or recorded; and the part of a person’s body that is the focus of the recording.

[42] The fact that a variety of factors may influence whether a person would expect not to be observed or recorded is also consistent with Parliament’s choice to express the element of the offence in s. 162(1) with which we are concerned by reference to the “circumstances” that give rise to a reasonable expectation of privacy. The word “circumstances”, in the sense in which it is used in s. 162(1), connotes a range of factors or considerations — which are not limited to a person’s location or physical surroundings.

observée par les autres personnes présentes dans le parc, ou à apparaître de façon incidente à l’arrière-plan de photos prises par les autres personnes qui fréquentent le parc, mais elle s’attendrait toujours à ce que personne n’utilise de téléobjectif pour prendre des photos sous sa jupe (scénario hypothétique examiné dans *Rudiger*, par. 91). L’utilisation d’un téléphone cellulaire pour prendre des photos sous une jupe dans le transport en commun, l’utilisation d’un drone pour prendre des photos à haute définition de personnes qui se font bronzer autour d’une piscine publique alors qu’elles ne se doutent de rien, et une vidéo montrant subrepticement une femme qui allaite dans un coin tranquille d’un café susciteraient toutes des inquiétudes similaires en matière de protection de la vie privée.

[41] Il appert de ces exemples que le concept de « vie privée », selon le sens qui y est habituellement donné, n’est pas absolu. Qui plus est, le fait de se trouver dans un lieu public ou semi-public n’entraîne pas automatiquement une renonciation à toute attente de protection en la matière au chapitre de l’observation ou de l’enregistrement. En fait, ces exemples montrent plutôt que la question de savoir si une observation ou un enregistrement serait généralement considéré comme une intrusion dans la vie privée dépend d’un ensemble de facteurs, qui peuvent comprendre le lieu où se trouve la personne, la forme que prend l’intrusion reprochée dans la vie privée, c’est-à-dire s’il s’agit d’une observation ou d’un enregistrement, la nature de l’observation ou de l’enregistrement, l’activité à laquelle participe la personne observée ou filmée et la partie du corps de la personne qui est mise à l’avant-plan dans l’enregistrement.

[42] Le fait que divers facteurs peuvent influencer sur la question de savoir si une personne s’attendrait ou non à être observée ou filmée concorde aussi avec le choix du législateur d’exprimer l’élément constitutif de l’infraction prévue au par. 162(1) qui nous intéresse par renvoi aux « circonstances » pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée. Le mot « circonstances », au sens où il est utilisé au par. 162(1), dénote un éventail de facteurs ou de considérations qui débordent le lieu ou l’environnement physique dans lequel se trouve la personne en question.

[43] I recognize that expressing this element by reference to the circumstances in which a person is observed or recorded is also a way to make it clear that this element relates to privacy expectations that would reasonably arise from the context in which observation or recording takes place, not to the subjective, and potentially idiosyncratic, privacy expectations of the particular person who is observed or recorded. Nonetheless, had Parliament intended to limit the types of circumstances that can be considered in determining whether such an expectation may reasonably arise, it could have done so expressly in s. 162(1), for example by defining “circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy” as including only certain types of circumstances or by providing a list of circumstances or factors to be taken into account in determining whether such an expectation could reasonably arise. Indeed, if Parliament’s intention in using the phrase “circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy” was to limit the scope of the conduct prohibited by s. 162(1) to observing or recording a person who does not believe she can be observed, Parliament could have made this explicit, for example by prohibiting surreptitious recording or observation of “a person who does not believe he or she can be observed” where the elements in paras. (a), (b) or (c) of s. 162(1) are present. But Parliament did not do this; instead, it used the word “circumstances”, without limitation.

(b) *Statutory Context*

[44] The immediate statutory context of the words “circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy” lends further support to the view that this element is not governed solely or primarily by a person’s physical location and does not limit the commission of the offence to traditionally “private” spaces, such as bedrooms and bathrooms. Section 162(1) prohibits the surreptitious observation or recording of a person who is in “circumstances that give rise to a reasonable expectation of

[43] Je reconnais que le fait d’exprimer cet élément constitutif en renvoyant aux circonstances dans lesquelles se trouve la personne observée ou filmée constitue aussi un moyen de préciser que cet élément se rapporte aux attentes de protection en matière de vie privée qui découleraient raisonnablement du contexte dans lequel l’enregistrement ou l’observation se produit, et non aux attentes subjectives, et possiblement idiosyncrasiques, de la personne observée ou filmée. Cela dit, si le législateur avait eu l’intention de limiter les types de circonstances que le tribunal peut prendre en compte pour décider si l’attente pouvait raisonnablement exister, il aurait pu le faire en termes exprès au par. 162(1). Il aurait pu, par exemple, préciser que les « circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée » s’entendent uniquement de certains types de circonstances, ou en donnant une liste de circonstances ou de facteurs qui doivent être pris en compte pour déterminer si l’attente en question peut raisonnablement exister. En effet, si le législateur a utilisé l’expression « circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée » en vue de limiter la portée des comportements interdits par le par. 162(1) à l’observation ou à l’enregistrement d’une personne qui ne croit pas pouvoir être observée, le législateur aurait pu le dire explicitement, par exemple en interdisant l’enregistrement ou l’observation subreptice d’une « personne qui ne croit pas pouvoir être observée » lorsque les éléments prévus aux al. a), b) ou c) du par. 162(1) sont présents. Or, le législateur ne l’a pas fait; il a plutôt utilisé le terme « circonstances » sans restriction.

b) *Le contexte législatif*

[44] Le contexte législatif immédiat des mots « circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée » renforce l’opinion selon laquelle cet élément n’est pas régi uniquement ou principalement par l’endroit où la personne se trouve et ne limite pas la perpétration de l’infraction aux espaces traditionnellement « privés », comme les chambres à coucher et les salles de bain. Le paragraphe 162(1) interdit l’observation ou l’enregistrement subreptice d’une personne qui se trouve

privacy” in three situations, set out in paras. (a), (b) and (c) as follows:

(a) the person [who is observed or recorded] is in a place in which a person can reasonably be expected to be nude, to expose his or her genital organs or anal region or her breasts, or to be engaged in explicit sexual activity;

(b) the person [who is observed or recorded] is nude, is exposing his or her genital organs or anal region or her breasts, or is engaged in explicit sexual activity, and the observation or recording is done for the purpose of observing or recording a person in such a state or engaged in such an activity; or

(c) the observation or recording is done for a sexual purpose.

[45] Notably, para. (a) expressly circumscribes the scope of the prohibited observation or recording by reference to location — that is, it prohibits observation or recording in *places* where nudity or sexual activity may reasonably be expected. It would therefore be incongruous with para. (a) to read the requirement that the person who is observed or recorded be in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy as *also* being governed by location, because this would mean that two separate elements of the offence in s. 162(1)(a) would both be concerned primarily with the location of the observation or recording.

[46] Furthermore, if the reference to “circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy” in s. 162(1) is understood as limiting the scope of the prohibited conduct to surreptitious observation or recording in traditionally “private” places, it is difficult to conceive of situations that would fall outside the scope of s. 162(1)(a) but within the scope of s. 162(1)(b) or (c). In other words, if a reasonable expectation of privacy can arise only in traditionally “private” or “quasi-private” places from which others can be excluded — such as a home, bathroom or change room — then a person who can reasonably expect privacy will almost always be in

dans des « circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée » dans trois situations, lesquelles sont exposées en ces termes aux al. a), b), et c) :

a) la personne [qui est observée ou filmée] est dans un lieu où il est raisonnable de s’attendre à ce qu’une personne soit nue, expose ses seins, ses organes génitaux ou sa région anale ou se livre à une activité sexuelle explicite;

b) la personne [qui est observée ou filmée] est nue, expose ses seins, ses organes génitaux ou sa région anale ou se livre à une activité sexuelle explicite, et l’observation ou l’enregistrement est fait dans le dessein d’ainsi observer ou enregistrer une personne;

c) l’observation ou l’enregistrement est fait dans un but sexuel.

[45] Il convient de souligner que l’al. a) circonscrit expressément la portée de l’observation ou de l’enregistrement interdit en renvoyant à un lieu. Ainsi, il interdit l’observation ou l’enregistrement dans les *lieux* où il est raisonnable de s’attendre à ce qu’une personne soit nue ou se livre à une activité sexuelle. Il serait donc incompatible avec l’al. a) d’interpréter l’exigence que la personne observée ou filmée se trouve dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée comme comportant *aussi* une exigence de lieu, parce que cela signifierait que deux éléments distincts de l’infraction prévue à l’al. 162(1)a) porteraient principalement sur le lieu de l’observation ou de l’enregistrement.

[46] En outre, si la mention des « circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée » au par. 162(1) est interprétée comme limitant l’étendue des comportements interdits à l’observation ou à l’enregistrement subreptice dans des endroits traditionnellement « privés », il est difficile d’imaginer des situations qui ne relèvent pas de l’al. 162(1)a) mais des al. 162(1)b) ou c). En d’autres termes, si une attente raisonnable de protection en matière de vie privée peut uniquement exister dans des lieux traditionnellement « privés » ou « quasi-privés » desquels une personne peut exclure d’autres personnes — comme

a place where she can also reasonably be expected to be nude or partially nude — the type of place contemplated in para. (a) of s. 162(1). But the inclusion of paras. (b) and (c) in s. 162(1) indicates that Parliament understood that a person *could* have a reasonable expectation of privacy somewhere other than in a place where nudity or explicit sexual activity can reasonably be expected or is in fact taking place — otherwise, paras. (b) and (c) would have no application. A narrow reading of “circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy”, then, would run contrary to the principle that a legislative provision should not be interpreted so as to render it, or parts of it, “mere surplusage”: *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61, at para. 28; see generally Sullivan, at p. 211.

[47] An argument that can be made against this line of reasoning is that there are locations from which a person can exclude others but where nudity or sexual activity would not reasonably be expected — for example, a private office in a workplace — and that it is observation and recording in places such as this with which paras. (b) and (c) of s. 162(1) are concerned. However, given the limited range of locations of this type and given that there is no reason to think that sexually exploitative observation or recording in such places poses a particular concern, it is difficult to accept that these paragraphs were enacted to protect against observation or recording of nudity or sexual activity, or observation or recording for a sexual purpose, specifically in such places. Rather, it is clear that s. 162(1) contemplates that, in some circumstances, a person may retain an expectation that she will not be observed or recorded even when she is not in an exclusively or traditionally “private” space.

un domicile, une salle de bains ou un vestiaire —, une personne qui peut raisonnablement s’attendre à la protection de sa vie privée sera presque toujours dans un lieu où elle peut raisonnablement s’attendre à être nue ou partiellement nue, soit le type d’endroit envisagé à l’al. 162(1)a). Toutefois, l’insertion des al. b) et c) au par. 162(1) indique que, dans l’esprit du législateur, une personne *peut* avoir une attente raisonnable de protection en matière de vie privée dans des lieux autres que ceux où il est raisonnable de s’attendre à ce qu’elle puisse être nue ou se livrer à une activité sexuelle explicite, ainsi que dans les lieux où une personne est nue ou se livre à des activités sexuelles explicites. Sinon, les al. b) et c) n’auraient aucune application. Une interprétation étroite des « circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée » irait alors à l’encontre du principe selon lequel une disposition législative, ou une partie de cette disposition, ne devrait jamais être interprétée de façon telle qu’elle devienne « superfétatoire » : *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61, par. 28; voir, de façon générale, Sullivan, p. 211.

[47] On pourrait soutenir à l’encontre de ce raisonnement qu’il existe des lieux desquels une personne peut exclure d’autres personnes, mais où on ne s’attendrait pas raisonnablement à ce qu’il y ait de la nudité ou des activités sexuelles, comme un bureau privé dans un milieu de travail, et que c’est l’observation et l’enregistrement dans des endroits de ce genre qui sont visés par les al. 162(1)b) et c). Cependant, compte tenu de l’éventail limité des lieux de ce genre et du fait qu’il n’y a pas de raison de penser que l’existence d’observations ou d’enregistrements assimilables à de l’exploitation sexuelle dans des lieux de cette nature soit une source particulière de préoccupation, il est difficile d’admettre que ces alinéas ont été adoptés pour conférer une protection contre l’observation ou l’enregistrement de personnes nues ou d’activités sexuelles, ou l’observation ou l’enregistrement dans un but sexuel, surtout dans de tels lieux. En fait, il est évident que le par. 162(1) envisage la possibilité que, dans certaines circonstances, une personne peut toujours s’attendre à ne pas être observée ou filmée, même lorsqu’elle ne se trouve pas dans un espace exclusivement ou traditionnellement « privé ».

(c) *Purpose and Object of Section 162(1)*

[48] This understanding of when a reasonable expectation of privacy arises in this context also best accords with Parliament's object in enacting the offence in s. 162(1): to protect individuals' privacy and sexual integrity, particularly from new threats posed by the abuse of evolving technologies. As I will explain below, reading the expression "circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy" narrowly, as urged by Mr. Jarvis, would undermine Parliament's intention that s. 162(1) prohibit surreptitious observation or visual recording that amounts to sexual exploitation or that represents the most egregious breaches of privacy.

[49] Section 162(1) was introduced into the *Criminal Code* as part of Bill C-2, *An Act to amend the Criminal Code (protection of children and other vulnerable persons) and the Canada Evidence Act*, 1st Sess., 38th Parl., 2004-2005 (assented to July 20, 2005). The legislative process leading to this enactment, as well as the language of Bill C-2 itself, confirm that the purpose of s. 162 is to protect individuals' privacy and sexual integrity. A 2002 consultation paper prepared by the federal government for the purpose of a public consultation on the introduction of a new voyeurism offence sheds light on the impetus for the legislative reform that eventually resulted in the enactment of s. 162 in 2005. The paper confirms that the reform was motivated by concerns about the potential for rapidly evolving technology to be abused for the secret viewing or recording of individuals for sexual purposes and in ways that involve a serious breach of privacy: Department of Justice, *Voyeurism as a Criminal Offence: A Consultation Paper* (2002), at p. 1. At that time, there was no criminal offence that specifically addressed voyeurism or the distribution of voyeuristic materials. Although some instances of such behaviour could be caught incidentally by existing offences, the law could not deal with other instances of objectionable surreptitious recording. As an example of such behaviour, the paper referred to an incident where a person videotaped his consensual

c) *L'objet du par. 162(1)*

[48] Cette conception des circonstances dans lesquelles l'attente raisonnable de protection en matière de vie privée existe dans ce contexte est aussi celle qui s'accorde le mieux avec l'objectif qu'avait le législateur en créant l'infraction prévue au par. 162(1) : protéger la vie privée et l'intégrité sexuelle des personnes, surtout à l'encontre des nouvelles menaces découlant de l'utilisation abusive des technologies en évolution. Comme je l'expliquerai ci-dessous, interpréter de façon étroite l'expression « circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée » comme le demande avec insistance M. Jarvis contrecarrerait l'intention du législateur, qui voulait que le par. 162(1) interdise l'observation ou l'enregistrement visuel subreptice qui est assimilable à de l'exploitation sexuelle ou qui représente l'atteinte la plus extrême à la vie privée.

[49] Le paragraphe 162(1) a été intégré au *Code criminel* dans le cadre du projet de loi C-2, *Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada*, 1^{re} sess., 38^e lég., 2004-2005 (sanctionnée le 20 juillet 2005). Le processus législatif conduisant à l'adoption de cette disposition ainsi que le texte du projet de loi C-2 lui-même confirment que l'objet de l'art. 162 est de protéger la vie privée et de l'intégrité sexuelle des personnes. Un document de consultation préparé en 2002 par le gouvernement fédéral en vue d'une consultation publique au sujet de l'introduction d'une nouvelle infraction de voyeurisme jette un éclairage sur ce qui est à l'origine de la réforme législative ayant finalement conduit à l'adoption de l'art. 162 en 2005. Le document confirme que la réforme était motivée par la crainte que les technologies en effervescence soient utilisées de façon abusive pour visionner ou filmer secrètement des personnes dans un but sexuel et de manière à porter grandement atteinte à la vie privée : Ministère de la Justice, *Voyeurisme — Une infraction criminelle : Document de consultation* (2002), p. 1. Il n'existait alors aucune infraction criminelle visant expressément le voyeurisme ou la distribution de matériel issu du voyeurisme. Dans certains cas, de tels comportements pouvaient relever de façon incidente d'infractions existantes,

sex acts with a woman without her knowledge and the tapes were later shown at parties: pp. 5-6.

[50] The consultation paper explained that the harm that potential new voyeurism offences would address could be conceptualized in one of two ways: as “the breach of a right to privacy that citizens enjoy in a free and democratic society” or as the sexual exploitation of individuals: pp. 6-8. Sexual exploitation, it was suggested, would occur *either* when the observation or recording was done for a sexual purpose or when the observation or recording was of sexual subject matter, such as a person’s sexual organs or breasts. Two general versions of a voyeurism offence were therefore proposed: one concerned with observation or recording for a sexual purpose and the other with observation or recording for the purpose of capturing a person who was in a state of undress exposing sexualized parts of the body or who was engaged in sexual activity: pp. 8-10.

[51] According to a summary of the responses the government received to the consultation paper, the majority of respondents were in favour of conceptualizing voyeurism as *both* a sexual and a privacy-based offence: Department of Justice, *Voyeurism As A Criminal Offence: Summary of the Submissions*, October 28, 2002 (online). Indeed, the circumstances surrounding its enactment confirm that the voyeurism offence eventually incorporated into the *Criminal Code* was meant to deal with both of these related harms. The offence was enacted as part of Bill C-2, an overarching purpose of which was to “protect children and other vulnerable persons from sexual exploitation, violence, abuse and neglect”: Library of Parliament, Parliamentary Information and Research Service, *Bill C-2: An Act to amend the Criminal Code (protection of children and other vulnerable persons) and the Canada Evidence Act*, revised June 16, 2005, at p. 1, quoting Department of Justice, *Media*

mais le droit ne traitait pas des autres possibilités d’enregistrement subreptice répréhensible. À titre d’exemple d’un tel comportement, le document cite le cas où un individu enregistre sur vidéo ses actes sexuels consentis avec une femme à l’insu de cette dernière et l’enregistrement vidéo est par la suite projeté lors de fêtes : p. 6.

[50] Il est expliqué dans le document de consultation que le préjudice visé par d’éventuelles nouvelles infractions de voyeurisme pourrait, d’un point de vue conceptuel, être envisagé de deux façons : l’« atteinte à la vie privée, donc à un droit garanti aux citoyens dans le cadre d’une société libre et démocratique » ou l’exploitation sexuelle de personnes : p. 6-9. On laissait entendre qu’il y aurait exploitation sexuelle *soit* lorsque l’observation ou l’enregistrement serait fait dans un but sexuel, *soit* lorsque la cible de l’observation ou de l’enregistrement serait de nature sexuelle, comme les organes génitaux ou les seins d’une personne. En conséquence, deux versions générales de l’infraction de voyeurisme étaient proposées : une visant l’observation ou l’enregistrement d’une personne dans un but sexuel, et l’autre se rapportant à l’observation ou à l’enregistrement d’une personne dans le but de la filmer dévêtue lorsqu’elle expose des parties sexualisées de son corps ou se livre à une activité sexuelle : p. 8-10.

[51] Selon un résumé des réponses au document de consultation que le gouvernement a reçues, la majorité des répondants était favorable à la proposition de concevoir le voyeurisme comme étant *à la fois* une infraction d’ordre sexuel et une infraction liée au droit à la vie privée : ministère de la Justice, *Voyeurisme — Une infraction criminelle : Résumé des commentaires*, 28 octobre 2002 (en ligne). Les circonstances entourant l’adoption de la disposition confirment d’ailleurs que l’infraction de voyeurisme subséquentement incorporée au *Code criminel* avait pour objet de cibler ces deux types de préjudices connexes. L’infraction a été adoptée dans le cadre du projet de loi C-2, dont l’un des objectifs primordiaux était de « protéger les enfants et d’autres personnes vulnérables contre l’exploitation sexuelle, la violence, la maltraitance et la négligence » : Bibliothèque du Parlement, Service d’information et de recherche parlementaires, *Projet de loi C-2 : Loi*

Advisory, Ottawa, October 8, 2004. And, in relevant part, the preamble to the Bill indicates that it was meant to address concerns raised by the fact that “continuing advancements in the development of new technologies, while having social and economic benefits, facilitate sexual exploitation and breaches of privacy”: *An Act to amend the Criminal Code (protection of children and other vulnerable persons) and the Canada Evidence Act*, S.C. 2005, c. 32.

[52] The fact that an important aspect of the purpose of s. 162(1) is to protect individuals, especially vulnerable individuals, from sexual exploitation militates against the narrow reading of the phrase “circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy” urged by Mr. Jarvis, and the one adopted by the majority of the Court of Appeal. As I have explained above, concluding that a reasonable expectation of privacy can arise only when a person is in a traditionally private or quasi-private place from which she can exclude others would leave a vanishingly small role for para. (b) and entirely negate para. (c) of s. 162(1) — the paragraphs that are most explicitly concerned with behaviours that impact on sexual integrity. And if Mr. Jarvis’ reading of “reasonable expectation of privacy” — which makes no distinction between observation and recording — were accepted, s. 162 would fail to capture conduct such as the non-consensual recording of a sexual partner engaged in sexual activity and the subsequent distribution of the recording: see s. 162(1) and (4). Any person who allows her partner to *observe* her during sexual activity would, on Mr. Jarvis’ proposed interpretation, no longer hold a reasonable expectation of privacy against her partner’s surreptitious *recording* of the activity — conduct that not only has an obvious and profound impact on sexual integrity, but that is also the type of conduct that initially spurred the legislative reform leading to the enactment of s. 162: see *Voyeurism as a Criminal Offence: A Consultation Paper*, at p. 6. Furthermore, understanding expectations of privacy as arising only in places from which one can exclude others would

modifiant le Code criminel (protection des enfants et d’autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada, révisé le 16 juin 2005, p. 1, citant un communiqué du ministère de la Justice, Ottawa, 8 octobre 2004. En outre, la section pertinente du préambule du projet de loi indique que celui-ci vise à répondre aux préoccupations soulevées par le fait que « le développement constant de nouvelles techniques, tout en apportant des avantages sociaux et économiques, facilite l’exploitation sexuelle et la violation de la vie privée » : *Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d’autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada*, L.C. 2005, c. 32.

[52] Le fait qu’un important aspect de l’objectif du par. 162(1) est de protéger les personnes, et surtout les personnes vulnérables, de l’exploitation sexuelle milite à l’encontre de l’interprétation étroite de l’expression « circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée » privilégiée par M. Jarvis et de celle adoptée par les juges majoritaires de la Cour d’appel. Comme je l’ai expliqué précédemment, si on concluait qu’une attente raisonnable de protection en matière de vie privée peut uniquement exister lorsqu’une personne se trouve dans un lieu traditionnellement privé ou quasi-privé d’où elle peut exclure d’autres personnes, on ne laisserait qu’un rôle minime à l’al. b) et on évacuerait complètement l’al. c) du par. 162(1). Or, ce sont les alinéas du par. 162(1) qui traitent le plus explicitement des comportements ayant des répercussions sur l’intégrité sexuelle. Si on acceptait l’interprétation donnée par M. Jarvis à l’expression « attente raisonnable de protection en matière de vie privée », laquelle ne distingue pas l’observation de l’enregistrement, l’art. 162 ne s’appliquerait pas à des comportements comme l’enregistrement d’activités sexuelles sans le consentement du partenaire et la diffusion subséquente de l’enregistrement : voir les par. 162(1) et (4). Selon l’interprétation que propose M. Jarvis, toute personne qui permet à son partenaire de l’*observer* pendant leurs activités sexuelles ne s’attendrait plus raisonnablement au respect de sa vie privée à l’encontre des *enregistrements* de leur activité sexuelle effectués subrepticement par son partenaire, un comportement qui a non seulement des répercussions évidentes et profondes sur l’intégrité sexuelle,

undermine the protection that s. 162(1) affords to vulnerable members of society, including children, who are least likely to have absolute control over their surroundings in this sense but who are the persons Bill C-2 was principally concerned with protecting.

[53] I pause here to note that other aspects of the legislative history of s. 162(1) further support the interpretation of the expression “circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy” that I have set out above. For example, the 2002 consultation paper contemplated versions of a voyeurism offence that circumscribed the scope of the offence by reference to the place where observation or recording occurred. First, the paper referred to a 2000 Uniform Law Conference motion to create an offence that would prohibit surreptitious observation or recording for a sexual purpose “of another person in a dwelling house or business premises where there is an expectation of privacy”: p. 3 (emphasis added). Second, the paper proposed a general formulation of a voyeurism offence that would require the person being observed or recorded to be “in a place and in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy”: p. 9 (emphasis added). The fact that, by contrast, the opening words of s. 162(1), as enacted, do *not* make specific reference to the location of observation or recording indicates that Parliament did not intend these words to limit the commission of the offence to certain locations. The consultation paper, at p. 13, also discussed a public good defence (a version of which was eventually enacted in s. 162(6) of the *Criminal Code*) that could be relied on where video surveillance of public or private facilities fell afoul of the prohibition on voyeurism. This indicates that, even at that stage, it was contemplated that voyeurism could be committed in public or semi-public places — i.e., public or private facilities that were under video surveillance. And the acknowledgement in the consultation paper, at p. 11,

mais constitue aussi le type de conduite ayant inspiré au départ la réforme législative qui a conduit à l’adoption de l’art. 162 : voir *Voyeurisme — Une infraction criminelle : Document de consultation*, p. 6. En outre, considérer qu’il n’y a attente de protection en matière de vie privée que dans les lieux d’où une personne peut en exclure d’autres amenuiserait la protection que confère le par. 162(1) aux membres vulnérables de la société, dont les enfants, qui sont les moins susceptibles d’avoir le contrôle absolu sur leur environnement, mais aussi la catégorie de personnes que le projet de loi C-2 avait principalement pour objet de protéger.

[53] J’ouvre ici une parenthèse pour faire remarquer que d’autres aspects de l’historique législatif du par. 162(1) renforcent le bien-fondé de l’interprétation susmentionnée de l’expression « dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée ». À titre d’exemple, le document de consultation de 2002 envisage des versions de l’infraction de voyeurisme qui circonscrivent la portée de l’infraction en renvoyant à l’endroit où l’observation ou l’enregistrement est survenu. Premièrement, le document cite une motion présentée en 2000 lors de la Conférence pour l’harmonisation des lois. Cette motion visait à créer une infraction interdisant l’observation ou l’enregistrement subreptice dans un but sexuel d’« une autre personne, dans une maison d’habitation ou un local commercial où l’on peut s’attendre à une certaine intimité » : p. 3 (je souligne). Deuxièmement, le document de consultation propose une formulation générale de l’infraction de voyeurisme qui nécessiterait que la personne observée ou filmée se trouve « dans un endroit et dans des circonstances lui permettant de bénéficier d’une expectative raisonnable de vie privée » : p. 10 (je souligne). Le fait qu’à l’opposé, la disposition liminaire du par. 162(1) qui a été adopté ne contient *aucune* mention expresse de l’endroit où l’observation ou l’enregistrement a lieu démontre que le législateur ne voulait pas que cette disposition limite la perpétration de l’infraction à certains endroits. Le document de consultation traite aussi, aux p. 14-15, de la question du moyen de défense de l’intérêt public (qui a ultérieurement fait l’objet du par. 162(6) du *Code criminel*) qui peut être invoqué lorsque les systèmes de surveillance vidéo

of the greater threat to privacy and sexual integrity posed by recording, as opposed to mere observation, supports the view that whether the behaviour in question is observation or recording is relevant to whether it breaches reasonable expectations of privacy.

(d) *Broader Legal Context*

[54] The interpretation of a statutory provision may be informed by the broader legal context. Because Parliament chose to describe the element of the offence with which we are concerned using the expression “reasonable expectation of privacy”, one aspect of the broader legal context is of particular importance in the case at bar: the jurisprudence interpreting the right to be secure against unreasonable search and seizure guaranteed in s. 8 of the *Charter*, along with closely related jurisprudence.

[55] The concept of “reasonable expectation of privacy” has played a central role in the jurisprudence on s. 8 of the *Charter* since this Court’s earliest decisions interpreting that provision: see *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145. Since that time, the concept has also been employed by courts, including this Court, in delineating the scope of privacy rights outside the context of s. 8 of the *Charter* and has been used in other provisions of the *Criminal Code*: see *Dagg*, at paras. 71-75, per La Forest J., dissenting but not on this point; *Srivastava v. Hindu Mission of Canada (Quebec) Inc.*, [2001] R.J.Q. 1111 (C.A.), at paras. 68-69; *Criminal Code*, ss. 278.1 and 278.5.

[56] A legislature is presumed to have a mastery of existing law: Sullivan, at p. 205. When a legislature uses a common law term or concept in legislation,

d’immeubles publics ou privés enfreignent l’interdiction du voyeurisme. Cela indique que, même à ce stade-là, il était envisagé que l’infraction de voyeurisme puisse être commise dans des lieux publics ou semi-publics, à savoir des installations publiques ou privées faisant l’objet de surveillance vidéo. De plus, la reconnaissance, à la p. 12, que l’enregistrement présente une menace plus grande à la vie privée et à l’intégrité sexuelle que la simple observation appuie l’opinion selon laquelle il est utile de savoir si la conduite reprochée consiste en une observation ou un enregistrement pour juger si la conduite contrevient aux attentes raisonnables de protection en matière de vie privée.

d) *Le contexte juridique général*

[54] Le contexte juridique général peut nous aider à interpréter une disposition législative. Comme le législateur a choisi de décrire l’élément constitutif de l’infraction qui nous occupe en utilisant l’expression « attente raisonnable de protection en matière de vie privée », l’un des aspects du contexte juridique général revêt une importance particulière en l’espèce : la jurisprudence relative au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garanti par l’art. 8 de la *Charte* et la jurisprudence connexe.

[55] La notion d’« attente raisonnable de protection en matière de vie privée » occupe une place centrale dans la jurisprudence relative à l’art. 8 de la *Charte* depuis les tout premiers arrêts où notre Cour a interprété cette disposition : voir *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145. Depuis ce temps, les tribunaux, y compris notre Cour, ont eu recours à cette notion pour délimiter l’étendue du droit à la vie privée à l’extérieur du contexte de l’art. 8 de la *Charte*, et elle a été employée dans d’autres dispositions du *Code criminel* : voir *Dagg*, par. 71-75, le juge La Forest, dissident, mais non sur ce point; *Srivastava c. Hindu Mission of Canada (Québec) Inc.*, [2001] R.J.Q. 1111 (C.A.), par. 68-69; *Code criminel*, art. 278.1 et 278.5.

[56] Le législateur est présumé connaître parfaitement le droit existant : Sullivan, p. 205. Quand le législateur utilise dans une loi un terme ou concept

that term or concept is presumed to retain its common law meaning: Sullivan, at p. 543. Therefore, Parliament must be understood as having chosen the words “reasonable expectation of privacy” in s. 162(1) purposefully and with the intention that the existing jurisprudence on this concept would inform the content and meaning of these words in this section.

[57] Of course, the relevant differences between the context of s. 8 of the *Charter* and the context of the offence in s. 162(1) must be kept in mind. While one purpose of s. 162(1) of the *Criminal Code* is to protect individuals’ privacy interests from intrusions by other individuals, the purpose of s. 8 of the *Charter* is to protect individuals’ privacy interests from state intrusion: see *Hunter v. Southam*, at pp. 159-60; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, at p. 291. The s. 8 case law has developed in relation to this latter purpose. The “reasonable expectation of privacy” that is decisive in the s. 8 context is therefore an individual’s reasonable expectation of privacy vis-à-vis the state, or more specifically, vis-à-vis the instrumentality of the state that is said to have intruded on the individual’s privacy: see *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, at pp. 44-49; *Plant*, at pp. 291-93; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34, at paras. 2-3 and 66-73; *R. v. Marakah*, 2017 SCC 59, [2017] 2 S.C.R. 608, at paras. 40-41.

[58] However, the s. 8 jurisprudence recognizes that the inquiry into whether an individual has a reasonable expectation of privacy vis-à-vis the state with respect to a certain subject matter may be informed, in part, by considering the individual’s privacy expectations vis-à-vis other individuals: see *Duarte*, at p. 47; *R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631, at paras. 19-24 and 33-34; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, at paras. 32, 38-41 and 46-49. Thus, while the ultimate concern in the s. 8 context is whether there is a reasonable expectation of privacy vis-à-vis the state, the s. 8 case law contemplates that individuals may have reasonable expectations of privacy against other private individuals and that these expectations may be informed by some of the same circumstances that inform expectations of privacy in relation to state agents. This lends

issu de la common law, ce terme ou concept est présumé conserver le même sens qu’il a en common law : Sullivan, p. 543. Il faut donc tenir pour acquis que le législateur a choisi l’expression « attente raisonnable de protection en matière de vie privée » au par. 162(1) à dessein et en comptant sur la jurisprudence existante relative à ce concept pour apporter un éclairage sur le contenu et le sens des mots employés à ce paragraphe.

[57] Bien entendu, il faut garder à l’esprit les différences pertinentes entre le contexte de l’art. 8 de la *Charte* et celui de l’infraction prévue au par. 162(1). Le paragraphe 162(1) du *Code criminel* a pour objectif de protéger le droit à la vie privée des personnes des intrusions d’autres personnes, alors que l’art. 8 de la *Charte* a pour objet de protéger le droit à la vie privée des particuliers contre l’ingérence de l’État : voir *Hunter c. Southam*, p. 159-160; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, p. 291. La jurisprudence relative à l’art. 8 a été élaborée au regard de ce dernier objectif. L’« attente raisonnable de protection en matière de vie privée » qui est décisive dans le contexte de l’art. 8 est donc celle que peut avoir un particulier vis-à-vis l’État ou, plus précisément, vis-à-vis l’organe de l’État qui se serait immiscé dans la vie privée de ce particulier : voir *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, p. 44-49; *Plant*, p. 291-293; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34, par. 2-3 et 66-73; *R. c. Marakah*, 2017 CSC 59, [2017] 2 R.C.S. 608, par. 40-41.

[58] La jurisprudence relative à l’art. 8 reconnaît toutefois que, pour décider si un particulier a une attente raisonnable de protection en matière de vie privée vis-à-vis l’État quant à un certain objet, on peut notamment examiner les attentes en matière de vie privée de cet individu par rapport à d’autres personnes : voir *Duarte*, p. 47; *R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631, par. 19-24 et 33-34; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, par. 32, 38-41 et 46-49. Ainsi, bien que l’enjeu fondamental dans le contexte de l’art. 8 soit l’existence d’une attente raisonnable de protection en matière de vie privée envers l’État, selon la jurisprudence relative à l’art. 8, des personnes peuvent également avoir de telles attentes à l’égard d’autres personnes, lesquelles attentes peuvent être dégagées de certaines des mêmes circonstances qui influent sur les attentes

support to the view that the jurisprudence on s. 8 of the *Charter* may be useful in resolving the question raised in the case at bar.

[59] The s. 8 jurisprudence is instructive in interpreting s. 162(1) of the *Criminal Code* for another reason besides the fact that s. 162(1) uses the phrase “reasonable expectation of privacy”. The express terms of s. 162(1), as well as its legislative history, demonstrate that this provision is concerned with protecting individuals’ privacy interests in specific contexts. Because this Court and other courts in Canada have most frequently had occasion to consider the concept of privacy in the context of s. 8 of the *Charter*, the s. 8 case law represents a rich body of judicial thought on the meaning of privacy in our society. And far from being unmoored from our ordinary perceptions of when privacy can be expected, as Mr. Jarvis suggests, judgments about privacy expectations in the s. 8 context are informed by our fundamental shared ideals about privacy as well as our everyday experiences.

[60] I therefore turn now to a number of principles established in the jurisprudence on s. 8 of the *Charter*, and the broader privacy jurisprudence, that I consider relevant to interpreting the meaning of “reasonable expectation of privacy” in s. 162(1) of the *Criminal Code*. The first of these principles is that determining whether a person can reasonably expect privacy in a particular situation requires a contextual assessment that takes into account the totality of the circumstances: see *Plant*, at p. 293; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, at paras. 31 and 45; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 841, at para. 19; *Buhay*, at para. 18; *Tessling*, at para. 19. As I have explained above, the idea that a variety of circumstances may reasonably inform a person’s expectation of privacy is consistent with a common sense understanding of the concept of privacy. The fact that this is a well-established principle in our jurisprudence lends further support

de protection en matière de vie privée à l’endroit des agents de l’État. Cette approche tend à indiquer que la jurisprudence sur l’art. 8 de la *Charte* peut se révéler utile pour trancher la question soulevée en l’espèce.

[59] Mis à part le fait que l’expression « attente raisonnable de protection en matière de vie privée » est utilisée au par. 162(1) du *Code criminel*, la jurisprudence relative à l’art. 8 de la *Charte* nous aide à interpréter ce paragraphe. Le texte explicite et l’historique législatif du par. 162(1) démontrent que cette disposition vise la protection des droits à la vie privée des personnes dans des contextes précis. Comme notre Cour et d’autres tribunaux au Canada ont très souvent eu l’occasion d’analyser la notion de vie privée dans le contexte de l’art. 8 de la *Charte*, la jurisprudence relative à cet article forme un riche corpus de raisonnements judiciaires sur le sens de la vie privée dans notre société. Loin d’être sans lien avec notre perception habituelle des circonstances pour lesquelles on peut s’attendre à une protection de la vie privée, comme le soutient M. Jarvis, les jugements portant sur les attentes de protection en matière de vie privée dans le contexte de l’art. 8 reposent sur nos idéaux fondamentaux communs en la matière ainsi que sur nos expériences de tous les jours.

[60] Je me pencherai donc maintenant sur un certain nombre de principes établis dans la jurisprudence sur l’art. 8 de la *Charte* et la jurisprudence en général en matière de vie privée que je juge utiles pour interpréter la signification de l’expression « attente raisonnable de protection en matière de vie privée » utilisée au par. 162(1) du *Code criminel*. Le premier de ces principes est que pour déterminer si une personne peut raisonnablement s’attendre au respect de sa vie privée dans une situation en particulier, il faut procéder à une évaluation contextuelle qui prend en compte l’ensemble des circonstances : voir *Plant*, p. 293; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, par. 31 et 45; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 841, par. 19; *Buhay*, par. 18; *Tessling*, par. 19. Comme je l’ai expliqué précédemment, l’idée que diverses circonstances peuvent influencer raisonnablement sur l’attente d’une personne au respect de sa vie privée s’accorde avec une

to the view that Parliament intended it to apply in the s. 162(1) context.

[61] The second principle from the jurisprudence on s. 8 of the *Charter* and the broader privacy jurisprudence that is applicable in the s. 162(1) context is that privacy is not an “all-or-nothing” concept. In other words, simply because a person is in circumstances where she does not expect complete privacy does not mean that she waives all reasonable expectations of privacy: see *Duarte*; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, at para. 108; *Buhay*, at para. 22; see also *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212, at paras. 41-44; *R. v. Quesnelle*, 2014 SCC 46, [2014] 2 S.C.R. 390, at paras. 28-29 and 37-43; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers, Local 401*, 2013 SCC 62, [2013] 3 S.C.R. 733, at paras. 27 and 38 (“*Alberta v. UFCW, Local 401*”). Thus, the fact that a person knows she will be observed by others, including by strangers, does not in itself mean that she forfeits all reasonable expectations of privacy in relation to observation or visual recording.

[62] An example of this broader principle that is recognized in the jurisprudence is that the intrusion into our privacy that occurs when a person hears our words or observes us in passing is fundamentally different than the intrusion that occurs when the same person simultaneously makes a permanent recording of us and our activities: see *Duarte*, at p. 48; *Wong*, at pp. 44 and 48-53; see also *Alberta v. UFCW, Local 401*, at para. 27. A visual recording may be able to capture a level of detail that the human eye cannot. A visual recording can also capture this detail in a permanent form that can be accessed, edited, manipulated and studied by the person who created the recording and that can be shared with others: see *R. v. Sandhu*, 2018 ABQB 112, 404 C.R.R. (2d) 216, at para. 45; see also *Alberta v. UFCW, Local 41*, at para. 27. As this Court has recognized in the context

conception, fondée sur le bon sens, de la notion de vie privée. Le fait qu’il s’agit d’un principe bien établi dans notre jurisprudence vient étayer davantage le point de vue selon lequel le législateur avait l’intention de l’appliquer dans le contexte du par. 162(1).

[61] Le second principe qui se dégage de la jurisprudence sur l’art. 8 de la *Charte* et de la jurisprudence générale en matière de vie privée qui s’applique dans le contexte du par. 162(1) est que la vie privée n’est pas un concept de « tout ou rien ». Autrement dit, ce n’est pas simplement parce qu’une personne se trouve dans des circonstances où elle ne s’attend pas à une protection totale de sa vie privée qu’elle renonce à toute attente raisonnable à cet égard : voir *Duarte*; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 108; *Buhay*, par. 22; voir aussi *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212, par. 41-44; *R. c. Quesnelle*, 2014 CSC 46, [2014] 2 R.C.S. 390, par. 28-29 et 37-43; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l’alimentation et du commerce, section locale 401*, 2013 CSC 62, [2013] 3 R.C.S. 733, par. 27 et 38 (« *Alberta c. TUAC, section locale 401* »). Ainsi, le fait qu’une personne sait qu’elle sera observée par d’autres, notamment par des étrangers, ne veut pas dire en soi qu’elle renonce à toute attente raisonnable de protection en matière de vie privée quant à l’observation ou à l’enregistrement visuel.

[62] Un exemple de ce principe général reconnu dans la jurisprudence est que l’intrusion dans notre vie privée qui se produit lorsque quelqu’un entend nos conversations ou nous observe en passant est fondamentalement différente de l’intrusion qui survient quand la même personne fait simultanément un enregistrement permanent de nous et de nos activités : voir *Duarte*, p. 48; *Wong*, p. 44 et 48-53; voir aussi *Alberta c. TUAC, section locale 401*, par. 27. Un enregistrement visuel peut capter un degré de détails supérieur à ce que peut voir un œil humain, mais aussi capter de tels détails sous une forme permanente à laquelle l’auteur de l’enregistrement a accès et qu’il peut modifier, manipuler, étudier et diffuser à d’autres personnes : voir *R. c. Sandhu*, 2018 ABQB 112, 404 C.R.R. (2d) 216, par. 45; voir aussi *Alberta c. TUAC, section locale 401*, par. 27.

of child pornography, where a photo or video represents sexual exploitation of a person, that person may be harmed for years following its creation by the knowledge that it “may still exist, and may at any moment be being watched and enjoyed by someone”: *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45, at para. 92, per McLachlin C.J.; see also paras. 164, 189-90 and 241, per L’Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ. This is not to say that any person who appears in any public place retains a reasonable expectation that she will not be recorded by anyone for any reason: some types of visual recording in public places are to be expected. Rather, it is to emphasize that there is a fundamental difference between mere observation and recording and that this difference is part of the context that must be considered in analyzing reasonable expectations of privacy.

[63] Relatedly, the privacy jurisprudence recognizes the potential threat to privacy occasioned by new and evolving technologies more generally and the need to consider the capabilities of a technology in assessing whether reasonable expectations of privacy were breached by its use: see *Wise*, at pp. 534-35; *Tessling*, at para. 16; see also *Alberta v. UFCW, Local 401*, at paras. 20 and 27. As Voith J. observed in *Rudiger*, even where a permanent recording is not made, technology may allow a person to see or hear more acutely, thereby transforming what is “reasonably expected and intended to be a private setting” into a setting that is not: para. 98, see generally paras. 93-98. While evolving technologies may make it easier, as a matter of fact, for state agents or private individuals to glean, store and disseminate information about us, this does not necessarily mean that our reasonable expectations of privacy will correspondingly shrink.

Comme la Cour l’a reconnu dans le contexte de la pornographie juvénile, lorsqu’une photographie ou une vidéo révèle l’exploitation sexuelle d’une personne, la victime peut subir un préjudice qui durera des années après la création de l’enregistrement parce qu’elle vit en sachant que l’enregistrement « existe peut-être encore et qu’à tout moment quelqu’un peut être en train de regarder ce matériel et d’en tirer du plaisir » : *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45, par. 92, la juge en chef McLachlin, voir aussi les par. 164, 189-190 et 241, les juges L’Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache. Cela ne signifie pas que quiconque apparaît dans un espace public s’attend toujours raisonnablement à ne pas être enregistré par qui que ce soit pour aucune raison : on doit s’attendre à certains types d’enregistrement visuel dans un lieu public. Il convient plutôt de souligner qu’il y a une différence fondamentale entre une simple observation et un enregistrement, et que cette différence fait partie du contexte dont il faut tenir compte pour analyser les attentes raisonnables de protection en matière de vie privée.

[63] Dans le même ordre d’idée, la jurisprudence relative à la protection de la vie privée reconnaît la menace que peuvent représenter de façon générale les nouvelles technologies en évolution pour la vie privée et le besoin de tenir compte de la capacité de la technologie pour examiner si les attentes raisonnables de protection en matière de vie privée ont été frustrées par le recours à cette technologie : voir *Wise*, p. 534-535; *Tessling*, par. 16; voir aussi *Alberta c. TUAC, section locale 401*, par. 20 et 27. Comme le juge Voith l’a fait remarquer dans l’arrêt *Rudiger*, même si un enregistrement permanent n’est pas produit, la technologie peut permettre à une personne de voir ou d’entendre certaines choses avec plus de précision, transformant ainsi ce qui est [TRADUCTION] « raisonnablement attendu comme étant un cadre privé et destiné à l’être » en un cadre qui ne l’est pas : par. 98, voir, de façon générale, les par. 93-98. Certes, les technologies en évolution peuvent faciliter dans les faits la tâche des agents de l’État ou des particuliers qui veulent recueillir, conserver et diffuser des renseignements sur nous, mais cela ne signifie pas nécessairement que nos attentes raisonnables de protection en matière de vie privée vont diminuer au même rythme que cette évolution.

[64] The next principle established by the jurisprudence on s. 8 of the *Charter* that is instructive in the case at bar is that the concept of privacy encompasses a number of related types of privacy interests. These include not only territorial privacy interests — “involving varying expectations of privacy in the places we occupy” (*R. v. Gomboc*, 2010 SCC 55, [2010] 3 S.C.R. 211, at para. 19) — but, significant to the case at bar, personal and informational privacy interests: *Dyment*, at p. 428, per La Forest J.; *Tessling*, at paras. 20-24.

[65] As this Court has recognized, our society places a high value on personal privacy — that is, privacy with respect to our bodies, including visual access to our bodies: see *Tessling*, at para. 21; *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393, at para. 32; *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679, at paras. 83, 89-90, 98-99 and 106. While all aspects of privacy — both from the state and from other individuals — serve to foster the values of dignity, integrity and autonomy in our society, the connection between personal privacy and human dignity is especially palpable: see *Dyment*, at pp. 427-29, per La Forest J.

[66] In considering the concept of informational privacy, this Court has accepted that individuals have a valid claim “to determine for themselves when, how, and to what extent information about them is communicated to others”: *Tessling*, at para. 23, quoting A. F. Westin, *Privacy and Freedom* (1970), at p. 7; see also *Dyment*, at p. 429, per La Forest J.; *Alberta v. UFCW, Local 401*, at para. 21. The safeguarding of information about oneself, which is also closely tied to the dignity and integrity of the individual, is of paramount importance in modern society: *Dyment*, at p. 429. When a court is considering whether there is a reasonable expectation of privacy in information, the nature and quality of the information at issue are relevant: see *Plant*, at p. 293; *Tessling*, at paras. 59-62; *R. v. Gomboc*, at paras. 27-40.

[67] Section 162(1)(a) implicates territorial privacy, as it is concerned with protecting privacy in

[64] Le prochain principe établi par la jurisprudence sur l’art. 8 de la *Charte* qui est instructif dans la présente affaire veut que le concept de vie privée englobe de nombreux droits connexes à cet égard. Ceux-ci comprennent non seulement le droit à la vie privée en ce qui a trait aux lieux — « qui suscite diverses attentes en matière de vie privée dans les lieux dans lesquels nous nous trouvons » (*R. c. Gomboc*, 2010 CSC 55, [2010] 3 R.C.S. 211, par. 19) —, mais, ce qui est important en l’espèce, également en ce qui a trait à la personne et à l’information : *Dyment*, p. 428, le juge La Forest; *Tessling*, par. 20-24.

[65] Comme l’a reconnu la Cour, notre société accorde une grande valeur à la vie privée pour ce qui est de la personne, c’est-à-dire à l’égard de notre corps, notamment l’accès visuel à celui-ci : voir *Tessling*, par. 21; *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393, par. 32; *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679, par. 83, 89-90, 98-99 et 106. Tous les aspects de la protection de la vie privée — vis-à-vis tant de l’État que d’autres particuliers — servent à véhiculer les valeurs de dignité, d’intégrité et d’autonomie dans notre société, mais le lien entre la vie privée de la personne et la dignité humaine est particulièrement tangible : voir *Dyment*, p. 427-429, le juge La Forest.

[66] En examinant la notion de droit au respect du caractère privé des renseignements personnels, notre Cour a accepté que les particuliers ont le droit de [TRADUCTION] « “déterminer eux-mêmes le moment, la manière et la mesure dans lesquels des renseignements les concernant sont communiqués” » : *Tessling*, par. 23, citant A. F. Westin, *Privacy and Freedom* (1970), p. 7; voir aussi *Dyment*, p. 429, le juge La Forest; *Alberta c. TUAC, section locale 401*, par. 21. La sauvegarde des renseignements personnels, qui est aussi étroitement liée à la dignité et à l’intégrité de la personne, revêt une importance capitale dans la société contemporaine : *Dyment*, p. 429. Lorsque le tribunal se demande s’il existe une attente raisonnable de protection des renseignements personnels, la nature et la qualité des renseignements en cause sont pertinentes : voir *Plant*, p. 293; *Tessling*, par. 59-62; *R. c. Gomboc*, par. 27-40.

[67] L’alinéa 162(1)a) met en jeu le droit à la protection de la vie privée relatif aux lieux, car il

particular places. More fundamentally, however, s. 162(1) as a whole is concerned with protecting personal and informational privacy by prohibiting the observation and visual recording of persons. The jurisprudence on s. 8 of the *Charter* reminds us that we should be attentive to the ways in which these privacy interests may be affected, even where territorial privacy is not necessarily engaged. It also recognizes the particularly pernicious threat to individual dignity and autonomy that may be posed by violations of these types of privacy expectations. Bearing in mind the high value that our society places on personal — and particularly bodily and sexual — privacy and informational privacy may also be useful in determining whether observation or recording breaches reasonable expectations of privacy in a particular case.

[68] This leads me to an important point about the reasonable expectation of privacy inquiry in the contexts of s. 8 the *Charter* and s. 162(1) of the *Criminal Code*. The s. 8 jurisprudence makes it clear that “reasonable expectation of privacy” is a normative rather than a descriptive standard: see *Tessling*, at para. 42. This Court has also found that the question of whether a person claiming the protection of s. 8 had such an expectation cannot be answered by falling back on a “risk analysis” — that is, by reducing the inquiry to whether the person put themselves at risk of the intrusion they experienced: *Duarte*, at pp. 47-48; *Wong*, at p. 45. Both of these propositions apply in the s. 162(1) context. Whether a person *reasonably* expects privacy is necessarily a normative question that is to be answered in light of the norms of conduct in our society. And whether a person can *reasonably* expect not to be the subject of a particular type of observation or recording cannot be determined simply on the basis of whether there was a risk that the person would be observed or recorded. The development of new recording technology, and its increasing availability on the retail market, may mean that individuals come to fear that they are being recorded by hidden cameras in situations where such

s’attache précisément à la protection de la vie privée dans certains lieux. De manière plus fondamentale, toutefois, le par. 162(1) dans son ensemble vise à protéger les renseignements personnels et la vie privée en interdisant l’observation ou l’enregistrement visuel des personnes. La jurisprudence sur l’art. 8 de la *Charte* nous rappelle que nous devrions être attentifs aux manières avec lesquelles les droits qui précèdent en matière de vie privée peuvent être touchés, même lorsque l’intimité territoriale n’entre pas nécessairement en jeu. Elle reconnaît aussi la menace particulièrement pernicieuse que peuvent poser des violations à ce genre d’attentes de protection en matière de vie privée pour la dignité et l’autonomie de chacun. Il peut aussi être utile de garder à l’esprit la grande valeur que notre société accorde au droit à la vie privée en ce qui a trait à la personne — en particulier sur les plans corporel et sexuel — et à l’information lorsqu’on cherche à déterminer si une observation ou un enregistrement viole les attentes raisonnables de protection en matière de vie privée dans un cas donné.

[68] Cela m’amène à un élément important de l’analyse concernant l’attente raisonnable de protection en matière de vie privée dans le contexte de l’art. 8 de la *Charte* et du par. 162(1) du *Code criminel*. Il ressort de la jurisprudence sur l’art. 8 que la norme de l’« attente raisonnable de protection en matière de vie privée » est de nature normative et non descriptive : voir *Tessling*, par. 42. Notre Cour a également conclu qu’on ne peut pas répondre à la question de savoir si une personne se réclamant de la protection de l’art. 8 avait pareille attente en ayant recours à une « analyse fondée sur le risque » — c’est-à-dire en réduisant l’examen à la question de savoir si une personne s’est mise dans une situation où elle risquait de subir l’atteinte dont elle a été victime : *Duarte*, p. 47-48; *Wong*, p. 45. Ces deux propositions valent dans le contexte du par. 162(1). La question de savoir dans quelles circonstances une personne s’attend *raisonnablement* au respect de sa vie privée est nécessairement normative et on y répond à la lumière des normes de conduite de notre société. Pour ce qui est de savoir si une personne peut *raisonnablement* s’attendre à ne pas faire l’objet d’un type particulier d’observation ou d’enregistrement, on ne peut y répondre simplement en cherchant à

recording was previously impossible; however, it does not follow that individuals thereby waive expectations of privacy in relation to such recording or that retaining such an expectation becomes unreasonable: see *Tessling*, at para. 42. Indeed, to accept such an approach would make the “reasonable expectation of privacy” a “meaningless standard” and would undermine Parliament’s very purpose in enacting s. 162(1): see *Wong*, at p. 45.

[69] That being said, determining whether a reasonable expectation of privacy arises in a particular set of circumstances does *not* involve an *ad hoc* balancing of the value of the accused’s interest in observation or recording against the value of the observed or recorded person’s interest in being left alone. Accordingly, I respectfully disagree with the approach taken by the dissenting judge in the Court of Appeal. The question he posed — whether “high school students expect that their personal and sexual integrity will be protected while they are at school” — is not the appropriate question: para. 131.

[70] Parliament has already weighed society’s interests in allowing individuals to observe and record others and in protecting individuals from surreptitious observation and recording. In the result, Parliament has enacted s. 162(1), which prohibits surreptitious observation and recording that breaches reasonable expectations of privacy in the three situations described in paras. (a) through (c) of that provision. It is inherent in the public good defence in s. 162(6) that the value of observation or recording to society might, in a particular case, outweigh the value of individual privacy interests, even where the observation or recording would otherwise ground a conviction under s. 162(1) of the *Criminal Code*. Thus, the only question to be asked in determining whether a person

savoir si la personne visée courait le risque d’être observée ou filmée. L’éclosion de nouvelles technologies d’enregistrement et leur accessibilité accrue sur le marché de détail font peut-être en sorte que des personnes en viennent à craindre d’être filmées par des caméras dissimulées dans des situations où les enregistrements de ce genre étaient auparavant impossibles. Toutefois, il ne s’ensuit pas que les personnes ont ainsi renoncé à leurs attentes de protection en matière de vie privée à l’égard de tels enregistrements ou que garder de telles attentes est désormais déraisonnable : voir *Tessling*, par. 42. En fait, retenir une telle approche transformerait « l’[attente] raisonnable au respect de [la] vie privée » en une « norme dépourvue de signification » et nuirait à l’atteinte de l’objectif même qu’avait le législateur au moment d’édicter le par. 162(1) : voir *Wong*, p. 45.

[69] Cela dit, pour décider s’il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée dans certaines circonstances, il *n’est pas* nécessaire de pondérer au cas par cas la valeur de l’intérêt de la personne accusée à l’égard de l’observation ou de l’enregistrement par rapport à la valeur du droit de la personne observée ou filmée de ne pas être importunée. En conséquence, je ne puis malheureusement souscrire à la démarche prise par le juge dissident de la Cour d’appel. La question qu’il a posée — [TRADUCTION] « [I]es élèves d’une école secondaire s’attendent-ils à ce que leur intégrité personnelle et sexuelle soit protégée pendant qu’ils sont à l’école? » — n’est pas la bonne : par. 131.

[70] Le législateur a déjà pondéré les intérêts de la société à permettre aux particuliers d’observer et de filmer d’autres personnes et à protéger les particuliers contre l’observation et l’enregistrement surreptitieux. Cet exercice s’est traduit par l’adoption du par. 162(1), qui interdit l’observation et l’enregistrement surreptitieux qui violent les attentes raisonnables de protection en matière de vie privée dans les trois situations décrites aux al. a) à c) de cette disposition. Le moyen de défense fondé sur le bien public prévu au par. 162(6) indique implicitement que la valeur d’une observation ou d’un enregistrement pour la société pourrait, dans une affaire donnée, l’emporter sur la valeur du droit à la protection de la vie privée d’un particulier, même lorsque l’observation ou

who is observed or recorded was in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy is whether that person was in circumstances in which she would reasonably have expected not to be the subject of the observation or recording at issue.

B. *Were the Students Recorded by Mr. Jarvis in “Circumstances That Give Rise to a Reasonable Expectation of Privacy”?*

[71] As I have explained above, determining whether a person who was observed or recorded was in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy for the purposes of s. 162(1) of the *Criminal Code* requires determining whether the person was in circumstances in which she would have reasonably expected to be free from the type of intrusion — that is, observation or recording — that she experienced. This determination is to be made in light of the entire context in which the observation or recording took place. Because it is an element of the offence in s. 162(1) that the person who is recorded or observed be in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy, this must be proven beyond a reasonable doubt.

[72] The trial judge in the case at bar was satisfied beyond a reasonable doubt that Mr. Jarvis had recorded students who were in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy. In my view, based on the understanding of this element of the offence that I have set out above, no other finding is available on the record. When the entire context is considered, there can be no doubt that the students’ circumstances give rise to a reasonable expectation that they would *not* be recorded in the manner they were. The considerations that lead to this conclusion include the location where the videos were recorded; the fact that the impugned conduct consisted of recording rather than mere observation; the manner in

l’enregistrement fonderait par ailleurs une déclaration de culpabilité au titre du par. 162(1) du *Code criminel*. En conséquence, la seule question à laquelle on doit répondre pour décider si une personne qui est observée ou filmée se trouvait dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée est celle de savoir si cette personne se trouvait dans une situation où elle se serait raisonnablement attendue à ne pas être l’objet de l’observation ou de l’enregistrement en cause.

B. *Les élèves filmées par M. Jarvis se trouvaient-elles dans des « circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée »?*

[71] Comme je l’ai expliqué précédemment, pour décider si une personne observée ou filmée se trouvait dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée pour l’application du par. 162(1) du *Code criminel*, il faut se demander si la personne était dans une situation où elle se serait raisonnablement attendue à être à l’abri du type d’intrusion (l’observation ou l’enregistrement) dont elle a été victime. Il faut en décider eu égard à l’ensemble du contexte dans lequel l’observation ou l’enregistrement a eu lieu. Comme l’un des éléments constitutifs de l’infraction prévue au par. 162(1) est que la personne observée ou filmée se trouve dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée, cet élément doit être prouvé hors de tout doute raisonnable.

[72] En l’espèce, le juge du procès a été convaincu hors de tout doute raisonnable que M. Jarvis avait filmé des élèves qui se trouvaient dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée. À mon avis, vu la conception de l’élément constitutif de l’infraction que j’ai exposée ci-dessus, le dossier ne permet de tirer aucune autre conclusion. Lorsqu’on tient compte de l’ensemble du contexte, il ne fait aucun doute que les élèves se trouvaient dans des circonstances pour lesquelles elles s’attendraient de façon raisonnable à *ne pas* être filmées de la façon dont elles l’ont été. Au nombre des facteurs qui m’amènent à tirer cette conclusion, mentionnons :

which the videos were recorded, including the fact that the students were not aware they were being recorded; the content of the videos, particularly their focus on intimate parts of the students' bodies; the existence of a school board policy prohibiting such recording; the fact that the videos were recorded in breach of a relationship of trust between Mr. Jarvis and the students; Mr. Jarvis' purpose in making the recordings; and the fact that the persons who were recorded were young persons.

[73] I begin by considering the location where the videos were recorded. Mr. Jarvis made the recordings while the students were in various locations in and around their high school, including classrooms, hallways, the cafeteria and immediately outside the school. There is no dispute that students' expectations of privacy with respect to observation and recording are different and must be lower in the common areas of a school than when they are in traditionally private locations, such as their bedrooms. In ordinary circumstances, students in the common areas of a school cannot expect not to be observed by others and may also expect to be subject to certain types of recording. However, as I have explained above, the fact that the students were not in an exclusively or traditionally "private" location, such as a home or bathroom, does not in itself lead to the conclusion that they could not have had a reasonable expectation of privacy. I also note that a high school is not an entirely "public" place. For one thing, access to schools is usually restricted to certain persons, such as students, teachers, staff and guests: see trial reasons, at para. 34. More significantly, schools are also subject to formal rules and informal norms of behaviour, including with respect to visual recording, that may not exist in other quasi-public locations — an issue to which I will return later in these reasons.

le lieu où les vidéos ont été enregistrées; la conduite reprochée consistait à enregistrer plutôt qu'à simplement observer; la façon dont les vidéos ont été enregistrées, y compris le fait qu'elles l'ont été à l'insu des élèves; la teneur des vidéos, tout particulièrement l'accent qu'elles mettent sur les parties intimes du corps des élèves; l'existence d'une politique du conseil scolaire qui interdit de tels enregistrements; le fait que les vidéos ont été produites en violation de la relation de confiance entre M. Jarvis et les élèves; le but dans lequel M. Jarvis a fait les enregistrements; et le fait que les personnes filmées étaient des jeunes.

[73] J'examine tout d'abord le lieu où les vidéos ont été enregistrées. M. Jarvis a produit les enregistrements alors que les élèves se trouvaient à divers endroits à l'intérieur de leur école secondaire ou autour de celle-ci, y compris dans les salles de classe, les couloirs, la cafétéria et les abords de l'école. Il n'est pas contesté que les attentes de protection en matière de vie privée des élèves quant aux observations et aux enregistrements sont différentes et doivent être plus faibles dans les aires communes d'une école que quand elles se trouvent dans des endroits traditionnellement privés, comme leur chambre à coucher. Les élèves qui se trouvent dans des aires communes de l'école ne peuvent normalement pas s'attendre à ne pas être observées par d'autres personnes et elles peuvent aussi s'attendre à faire l'objet de certains types d'enregistrement. Toutefois, comme je l'ai déjà expliqué, le seul fait que les élèves n'étaient pas dans un lieu exclusivement ou traditionnellement « privé », comme une maison ou une salle de bain, ne permet pas de conclure qu'elles ne pouvaient pas avoir une attente raisonnable de protection en matière de vie privée. Je tiens aussi à souligner qu'une école secondaire n'est pas un lieu entièrement « public ». D'une part, l'accès aux écoles est généralement limité à certaines personnes comme les élèves, les enseignants, les membres du personnel et les invités : voir les motifs du jugement de première instance, par. 34. Fait plus important encore, les écoles sont aussi assujetties à des règles officielles et à des normes non officielles de comportement, notamment en ce qui concerne les enregistrements visuels, qui peuvent ne pas exister dans d'autres lieux quasi-publics. Je reviendrai sur cette question plus loin dans mes motifs.

[74] I will now consider the significance to the reasonable expectation of privacy inquiry of the fact that the impugned conduct in the case at bar consisted of recording rather than mere observation. Because the impugned conduct consisted of recording, it cannot be determinative of the reasonable expectation of privacy issue that none of the students could have expected not to be *observed* by others, or by Mr. Jarvis in particular, at the time the videos were recorded. There is no dispute that the students were unaware that they were being *recorded* by Mr. Jarvis. As discussed above, it is undeniable that a person in a particular situation may reasonably expect to be casually observed or even stared at by others but not expect to be the focus of a permanent visual recording. Recording has a greater potential impact on privacy than does mere observation, as a recording can be saved for long periods of time, replayed and studied at will, dramatically transformed with editing software, and shared with others — including others whom the subject of the recording would not have willingly allowed to observe her in the circumstances in which the recording was made. Indeed, in the case at bar, the recordings would have allowed Mr. Jarvis, by watching the videos he had made, to “observe” students in a manner that would otherwise be unimaginable. If Mr. Jarvis had attempted to stare at students’ breasts while standing directly beside them for long stretches of time, as he effectively could do by watching the recordings he made, it is inconceivable that the students would not have taken evasive action or that school authorities would not have been alerted to this behaviour earlier.

[75] The manner in which the videos were recorded — using hidden camera technology that allowed for sustained recording at close range without the subject being aware of it — is also a relevant factor in the case at bar. It undermines Mr. Jarvis’ argument that the students could not have had a reasonable expectation that he would not record them at school because they were aware that there were security cameras in various locations inside and outside

[74] J’examinerai maintenant l’importance, pour l’analyse relative à l’attente raisonnable de protection en matière de vie privée, du fait que la conduite dénoncée dans l’affaire qui nous occupe consistait à filmer plutôt qu’à simplement observer. Comme il s’agissait d’enregistrements, la conduite reprochée ne saurait être déterminante quant à l’attente raisonnable de protection en matière de vie privée selon laquelle aucune des élèves n’aurait pu s’attendre à ne pas être *observée* par d’autres, ou par M. Jarvis en particulier, au moment où les vidéos ont été enregistrées. Nul ne conteste que les élèves ignoraient que M. Jarvis les *filma*t. Comme nous l’avons vu, il est indéniable que, dans une situation donnée, une personne peut raisonnablement s’attendre à être observée de manière anodine ou même regardée par d’autres, mais elle ne s’attendrait pas à être le point de mire d’un enregistrement visuel permanent. L’enregistrement peut avoir des effets plus importants sur la vie privée qu’une simple observation, car l’enregistrement peut être sauvegardé pendant de longues périodes, rejoué et étudié à volonté, modifié de façon draconienne à l’aide de logiciels et diffusé — y compris à des individus que la personne visée par l’enregistrement n’aurait pas volontairement autorisé à l’observer dans les circonstances où l’enregistrement a été fait. En effet, dans l’affaire qui nous occupe, les enregistrements auraient permis à M. Jarvis, lorsqu’il regardait les vidéos qu’il avait produites, « d’observer » les élèves d’une manière qui aurait été autrement unimaginable. Si M. Jarvis avait tenté de regarder les seins des élèves pendant qu’il se tenait directement à côté d’elles et pendant de longues périodes, comme il pourrait effectivement le faire en regardant ses enregistrements, il est inconcevable que les élèves n’auraient pas cherché à fuir ou que le personnel de l’école n’aurait pas été mis au courant de cette conduite plus tôt.

[75] La façon dont les vidéos ont été enregistrées — à l’aide d’une technologie de caméra cachée qui permettait de faire des enregistrements prolongés de près à l’insu du sujet — constitue aussi un facteur pertinent en l’espèce. Elle sape l’argument de M. Jarvis voulant que les élèves ne pouvaient pas raisonnablement s’attendre à ne pas être filmées par lui à l’école parce qu’elles savaient que des caméras de sécurité se trouvaient à divers endroits, à l’intérieur

the school. This argument ignores the fact that not all forms of recording are equally intrusive. In particular, there are profound differences between the effect on privacy resulting from the school's security cameras and that resulting from Mr. Jarvis' recordings, and the students' expectation that they would be recorded by the school's security cameras tells us little about their privacy expectations with respect to the recording done by Mr. Jarvis.

[76] The security cameras at the school were mounted to the walls near the ceiling inside the building and also to the outside of the building. They did not record audio; the direction they pointed could not be manipulated by teachers; teachers could not access or copy the recorded footage for their personal use; and the purpose of the cameras was to contribute to a safe and secure learning environment for students. Signs at the school indicated that the school halls and grounds were under 24-hour camera surveillance: Agreed Statement of Facts, A.R., vol. 7, at p. 148. Given ordinary expectations regarding video surveillance in places such as schools, the students would have reasonably expected that they would be captured incidentally by security cameras in various locations at the school and that this footage of them could be viewed or reviewed by authorized persons for purposes related to safety and the protection of property. It does not follow from this that they would have reasonably expected that they would also be recorded at close range with a hidden camera, let alone by a teacher for the teacher's purely private purposes (an issue to which I will return later in these reasons). In part due to the technology used to make them, the videos made by Mr. Jarvis are far more intrusive than casual observation, security camera surveillance or other types of observation or recording that would reasonably be expected by people in most public places, and in particular, by students in a school environment.

[77] A closely related consideration, the content of the recordings, weighs heavily in favour of my

comme à l'extérieur de l'école. Cet argument ne tient pas compte du fait que toutes les formes d'enregistrement n'ont pas la même portée intrusive. En particulier, il y a des différences de taille entre les répercussions des caméras de sécurité de l'école sur la vie privée et celles causées par les enregistrements de M. Jarvis, et le fait que les élèves s'attendent à être filmées par les caméras de sécurité de l'école ne nous apprend pas grand-chose sur leurs attentes en matière de protection de la vie privée pour ce qui est des enregistrements produits par M. Jarvis.

[76] Les caméras de sécurité de l'école étaient fixées aux murs, près du plafond, à l'intérieur et à l'extérieur du bâtiment. Elles n'enregistraient pas les sons, leur orientation ne pouvait pas être changée par les enseignants, ces derniers ne pouvaient pas visionner ou reproduire les séquences enregistrées pour leur usage personnel, et le but de la présence des caméras était plutôt de contribuer à un environnement d'apprentissage sécuritaire pour les élèves. Des panneaux indiquaient par ailleurs que les corridors et les terrains de l'école faisaient l'objet d'une surveillance par caméra en tout temps : Exposé conjoint des faits, d.a., vol. 7, p. 148. Vu les attentes normales relatives à la vidéosurveillance dans des lieux comme les écoles, les élèves se seraient raisonnablement attendues à être accessoirement filmées par des caméras de sécurité à divers endroits de l'école et à ce que ces séquences sur lesquelles elles apparaissaient puissent être vues ou revues par des personnes autorisées à des fins de sécurité et de protection de l'immeuble. Cela ne veut toutefois pas dire qu'elles se seraient raisonnablement attendues à être aussi filmées de près, au moyen d'une caméra cachée, encore moins par un enseignant à ses propres fins personnelles (question sur laquelle je reviendrai plus loin dans les présents motifs). En raison notamment de la technologie utilisée pour les produire, les vidéos de M. Jarvis sont beaucoup plus intrusives qu'une observation anodine, qu'une surveillance par une caméra de sécurité ou que d'autres types d'observation ou d'enregistrement que les gens, et en particulier les élèves dans un milieu scolaire, s'attendraient raisonnablement à avoir dans la majorité des lieux publics.

[77] Le contenu des enregistrements, facteur intimement lié à celui que nous venons d'examiner,

conclusion that Mr. Jarvis made the recordings in breach of reasonable expectations of privacy. As noted above, the existence of a reasonable expectation of privacy in the context of s. 8 of the *Charter* may be informed by the quality and nature of the information at issue. So, too, in the s. 162(1) context, what is recorded, and how it is recorded, may inform whether the recording was made in breach of the privacy expectations that would reasonably arise.

[78] For example, in *Rudiger*, Voith J. considered the content of the video recording at issue in that case relevant to his determination that the recording was made in breach of reasonable expectations of privacy. In that case, the accused had hidden in a van and used a camera to record children in a public park. He had recorded sequential short segments of video that focused on the midsections, buttocks and genital regions of young female children and infants as they played or were changed by their caregivers. Though filming from a distance, the accused had used a zoom lens so that the video depicted the children as if they were a mere two or three feet away. In considering whether the children had been in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy for the purposes of s. 162(1) of the *Criminal Code*, Voith J. explained that the effect of the camera work and zoom feature was that the resulting video was “not about children playing in a park” but was one whose explicit focus was the depiction of the genital areas and buttocks of young girls: para. 77. This focus on the children’s bodies, particularly their genital and buttocks areas, as well as the prolonged nature of the recording and the use of the camera’s zoom function contributed to Voith J.’s conclusion that the recording breached reasonable expectations of privacy.

milite fortement en faveur de ma conclusion selon laquelle M. Jarvis a produit les enregistrements en violation des attentes raisonnables de protection en matière de vie privée. Comme je l’ai déjà mentionné, l’existence d’une attente raisonnable de protection en matière de vie privée dans le contexte de l’art. 8 de la *Charte* peut se dégager de la qualité et de la nature des renseignements en cause. Ainsi, tout comme dans le contexte du par. 162(1), ce qui est enregistré et la façon dont l’enregistrement est effectué peuvent nous aider à déterminer si l’enregistrement a été effectué en violation des attentes de protection en matière de vie privée qui seraient raisonnables.

[78] À titre d’exemple, le juge Voith a estimé dans *Rudiger* que le contenu des enregistrements vidéo en cause dans cette affaire était pertinent pour décider si les enregistrements avaient été faits en violation d’attentes raisonnables de protection en matière de vie privée. Dans cette affaire, l’accusé s’était caché dans une camionnette et avait utilisé une caméra pour filmer des enfants dans un parc public. Il a enregistré de courts segments de vidéo dans lesquels il mettait à l’avant-plan le torse, les fesses et les organes génitaux de petites filles et de nourrissons de sexe féminin pendant qu’elles jouaient dans un parc et que leurs accompagnateurs les changeaient. L’accusé se trouvait à une bonne distance des enfants, mais il a utilisé un téléobjectif de sorte que les enfants apparaissaient dans les vidéos comme si elles se trouvaient seulement à deux ou trois pieds de lui. En se demandant si les enfants se trouvaient dans des circonstances pour lesquelles il existait une attente raisonnable de protection en matière de vie privée pour l’application du par. 162(1) du *Code criminel*, le juge Voith a expliqué que l’effet combiné de l’utilisation de la caméra et du téléobjectif a donné lieu non pas à une vidéo [TRADUCTION] « d’enfants qui jouaient dans un parc », mais à une vidéo dont l’objet explicite était de montrer les organes génitaux et les fesses de petites filles : par. 77. L’accent mis sur le corps des enfants, tout particulièrement sur leurs organes génitaux et leurs fesses, ainsi que la durée prolongée de l’enregistrement et l’utilisation du téléobjectif, ont mené le juge Voith à conclure que l’enregistrement violait les attentes raisonnables de protection en matière de vie privée.

[79] The content of the recordings is a telling aspect of the contextual inquiry in the case at bar as well. In my view, the content of the videos recorded by Mr. Jarvis leaves no doubt that they were recorded in breach of the privacy expectations the students recorded would reasonably have had. The students shown in the videos are engaged in the ordinary activities of students at school during school hours: arriving in classrooms, talking to other students, silently reading, waiting in line at the cafeteria, and so on. However, the videos focus on particular students, show them in close-up and in detail, and focus on their faces and upper bodies, including their breasts. Each of these features of the videos is significant and militates in favour of a conclusion that the videos were made in breach of the reasonable expectations of privacy that would arise in such circumstances.

[80] First, it is significant that particular students were targeted for recording. Some individual students and small groups of students were the subject of multiple videos and, in one case, Mr. Jarvis recorded the same student in multiple locations around the school. This was not a case of Mr. Jarvis accidentally capturing in the frame a student who happened to walk by while he was recording a video of himself, the school building or a chemistry experiment in progress. This was not even a case of Mr. Jarvis recording, for example, a school play or a track meet — with the focus on larger groups of students rather than an individual student. As in *Rudiger*, because of Mr. Jarvis' choice of subjects and camera work, the resulting videos are not about daily life at a high school; rather, and especially when they are viewed as a whole, the explicit focus of the videos is the particular female students Mr. Jarvis targeted for recording. In other words, the videos do not show students merging into the “situational landscape”; rather, they single out these students, make them personally identifiable, and allow them to be subjected to intensive scrutiny: see *Spencer*, at para. 44, quoting *Wise*, at p. 558.

[79] Le contenu des enregistrements est aussi un aspect de l'analyse contextuelle qui en dit long lui aussi en l'espèce. À mon avis, le contenu des vidéos enregistrées par M. Jarvis ne laisse planer aucun doute sur le fait qu'elles violent les attentes de protection en matière de vie privée qu'auraient raisonnablement eues les élèves filmées. Les élèves montrées dans les vidéos se livrent à des activités normales pour des élèves à l'école pendant les heures d'ouverture de l'établissement : les élèves arrivent dans les salles de classe, parlent à d'autres élèves, lisent en silence, attendent en file à la cafétéria, etc. Toutefois, les vidéos sont axées sur des élèves en particulier, montrent les élèves en gros plan et en détail, et mettent à l'avant-plan leur visage et le haut de leur corps, y compris leurs seins. Toutes ces caractéristiques des vidéos sont importantes et penchent en faveur de la conclusion que les vidéos ont été produites en violation des attentes raisonnables de protection en matière de vie privée qui existeraient en de telles circonstances.

[80] Premièrement, il est révélateur que M. Jarvis ait ciblé des élèves en particulier dans ses enregistrements. Certaines élèves et des petits groupes d'élèves ont fait l'objet de multiples vidéos et, dans un cas, M. Jarvis a filmé la même élève dans de nombreux endroits autour de l'école. M. Jarvis n'a pas accidentellement filmé une élève qui marchait par hasard près de lui pendant qu'il enregistrerait une vidéo de lui-même, du bâtiment ou d'une expérience chimique en cours. M. Jarvis n'enregistrerait même pas non plus, à titre d'exemple, une pièce de théâtre à l'école ou une compétition d'athlétisme, où l'accent serait mis sur un grand groupe d'élèves plutôt que sur une élève en particulier. Comme dans *Rudiger*, en raison du choix des sujets de M. Jarvis et de la façon dont la caméra a été utilisée, les vidéos faites ne montraient pas la vie quotidienne dans une école secondaire. Il ressort au contraire du visionnement de l'ensemble de ces vidéos qu'elles mettent explicitement à l'avant-plan certaines élèves de sexe féminin. Autrement dit, ce que montrent ces vidéos, ce ne sont pas des élèves captées accidentellement; les vidéos ciblent plutôt ces élèves en particulier, font en sorte qu'elles soient reconnaissables et permettent qu'elles soient soumises à un examen intensif : voir *Spencer*, par. 44, citant *Wise*, p. 558.

[81] Second, and on a related point, it is also significant that, since they were recorded at close range, the videos show students in close-up. Because of this, and also because they include students' faces in some frames, the videos make the students easily identifiable and reveal more information about them than videos recorded from farther away would reveal. I note that, while the evidence in this case was that Mr. Jarvis could not zoom in and out while recording a video with the pen camera, he did not need to zoom in to create videos in which the students' faces and bodies appeared in close-up and were rendered in detail. As a teacher, he could simply walk up to the students he wished to record. In a different case, the use of technology such as a zoom function may be a relevant circumstance to be considered: see *Rudiger*, at paras. 77 and 93-95.

[82] Finally, an aspect of the content of the videos that is particularly significant to my conclusion that Mr. Jarvis breached the students' reasonable expectations of privacy in recording them is that the videos focus on the students' bodies, particularly their breasts. While our society places a high value on all forms of personal and informational privacy, privacy with respect to intimate parts of our bodies and information about our sexual selves is particularly sacrosanct. Individuals are understood to have heightened privacy expectations with respect to intimate or sexualized parts of the body, including genital areas and breasts: see *Golden*, at paras. 89-90 and 99; *R. v. S.A.B.*, 2003 SCC 60, [2003] 2 S.C.R. 678, at paras. 38-47 and 55; *Rudiger*, at para. 111; *R. v. Taylor*, 2015 ONCJ 449, at paras. 31-32 (CanLII). Our law also recognizes that intrusion, interference or unwanted attention that has a sexual aspect is particularly pernicious: see *A.B. v. Bragg Communications Inc.*, 2012 SCC 46, [2012] 2 S.C.R. 567, at para. 14. Laws prohibiting child pornography and providing for publication bans in sexual assault prosecutions are just some of the manifestations of our societal consensus that there is a sphere of privacy regarding information about our sexual selves that is particularly worthy

[81] Deuxièmement, et sur une note connexe, il est aussi révélateur que, comme les vidéos ont été enregistrées de près, elles montrent les élèves en gros plan. Pour cette raison, mais aussi parce que les vidéos montrent le visage des élèves dans certains cadres, ces dernières sont aisément reconnaissables et les enregistrements révèlent plus de renseignements à leur sujet que s'ils avaient été faits de plus loin. Je remarque que, même si la preuve présentée en l'espèce démontre que M. Jarvis ne pouvait pas faire des zooms avant ou arrière pendant ses enregistrements avec le stylo caméra, il n'avait pas besoin de faire un zoom rapproché pour enregistrer des vidéos dans lesquelles le visage des élèves et leur corps apparaissaient en gros plan et étaient révélés avec beaucoup de précision. En tant qu'enseignant, M. Jarvis pouvait simplement marcher vers les élèves qu'il souhaitait filmer. Dans une autre affaire, l'utilisation d'une technologie comme la fonction zoom pourrait être une circonstance pertinente à prendre en considération : voir *Rudiger*, par. 77 et 93-95.

[82] Enfin, un aspect du contenu des vidéos — le fait qu'elles mettent en avant-plan le corps des élèves, surtout leurs seins — est particulièrement important pour ma conclusion selon laquelle, en filmant les élèves, M. Jarvis a violé leurs attentes raisonnables de protection en matière de vie privée. Notre société accorde une grande valeur à toutes les formes de vie privée, tant celles touchant l'intimité de la personne que celles relatives aux renseignements personnels, mais la vie privée relative aux parties intimes de notre corps et aux renseignements sur notre sexualité est particulièrement sacrée. Les personnes ont des attentes de protection en matière de vie privée particulièrement élevées en ce qui concerne leur intimité et les parties sexualisées de leur corps, dont leurs parties génitales et leurs seins : voir *Golden*, par. 89-90 et 99; *R. c. S.A.B.*, 2003 CSC 60, [2003] 2 R.C.S. 678, par. 38-47 et 55; *Rudiger*, par. 111, *R. c. Taylor*, 2015 ONCJ 449, par. 31-32 (CanLII). Notre droit reconnaît aussi que l'intrusion, l'immixtion ou l'attention non sollicitée qui a un aspect sexuel est particulièrement pernicieuse : voir *A.B. c. Bragg Communications Inc.*, 2012 CSC 46, [2012] 2 R.C.S. 567, par. 14. Des dispositions législatives comme celles qui interdisent la pornographie juvénile et prévoient des interdictions de publication dans les

of respect: see *Criminal Code*, ss. 276.3, 486.4 and 486.5.

[83] It is also relevant to the students' reasonable expectations of privacy that there was a formal school board policy in effect at the time Mr. Jarvis made the video recordings at issue that "prohibited [his] conduct in making the recordings in the manner that he did": Agreed Statement of Facts, A.R. vol. 7, at p. 147. By-laws, regulations, policies or other formal rules that govern behaviour in a certain location or by certain persons may inform reasonable expectations of privacy: see *Gomboc*, at paras. 31-33; *Cole*, at paras. 52-53. The existence of formal rules or policies may not be determinative, and the weight to be accorded to them will vary with the context. Where a policy, though technically applicable, is not well known or does not align with established norms of behaviour, it may not shed much light on the reasonable expectations of privacy that would arise in the context in question. However, that is not the situation in the case at bar. While there is little detail in the record about the particular school board policy that was applicable to Mr. Jarvis, a policy that prohibits a teacher from making recordings of students of the type he made cannot be said to be at odds with the expected norms of behaviour for a teacher at school. Moreover, there can be no doubt that students at a school would reasonably expect teachers to abide by the applicable rules governing the recording of students.

[84] This brings me to another relevant circumstance surrounding the making of the recordings at issue in the case at bar: the fact that Mr. Jarvis was a teacher at the school and that his surreptitious recording betrayed the trust invested in him by his students. Teachers are presumed to be in a relationship of trust and authority with their students: *R. v. Audet*, [1996]

poursuites en matière d'agression sexuelle sont seulement quelques-unes des illustrations du consensus dans notre société selon lequel il y a une sphère de la vie privée relative aux renseignements sur notre sexualité qui mérite particulièrement le respect : voir *Code criminel*, art. 276.3, 486.4 et 486.5.

[83] Il convient aussi de mentionner, en ce qui concerne les attentes raisonnables des élèves au respect de leur vie privée, qu'il existait, lorsque M. Jarvis a produit les enregistrements vidéo en cause, une politique officielle du conseil scolaire en vigueur qui [TRADUCTION] « interdisait [sa] conduite, à savoir de faire des enregistrements de la façon dont il a procédé » : Exposé conjoint des faits, d.a., vol. 7, p. 147. Les règlements, politiques ou autres règles officielles qui régissent les comportements dans un certain lieu ou les comportements de certaines personnes peuvent jeter un éclairage sur les attentes raisonnables de protection en matière de vie privée : voir *Gomboc*, par. 31-33; *Cole*, par. 52-53. L'existence de règles ou de politiques officielles peut ne pas être déterminante, et le poids devant leur être accordé varie selon le contexte. Les politiques qui seraient applicables en principe, mais qui sont méconnues ou qui ne s'accordent pas avec les normes de conduite établies, pourraient ne pas nous enseigner grand-chose sur les attentes raisonnables de protection en matière de vie privée qui existeraient dans le contexte en question. Toutefois, tel n'est pas le cas en l'espèce. Bien qu'il y ait peu de détails dans le dossier sur la politique précise du conseil scolaire à laquelle était assujéti M. Jarvis, une politique qui interdit à un enseignant de produire des enregistrements d'élèves du type de ceux qu'a faits M. Jarvis ne peut pas être considérée comme allant à l'encontre des normes attendues quant au comportement d'un enseignant à l'école. En outre, il est indubitable que les élèves d'une école s'attendraient, de façon raisonnable, à ce que les enseignants se conforment aux règles applicables qui régissent les enregistrements d'élèves.

[84] Cela m'amène à un autre élément pertinent quant à la production des enregistrements en cause dans la présente affaire : M. Jarvis était un enseignant à l'école et ses enregistrements subreptices ont trahi la confiance que ses élèves avaient en lui. Or, les enseignants sont présumés avoir une relation de confiance avec leurs élèves et être en

2 S.C.R. 171, at paras. 41-43. Indeed, this Court has expressed the view that it is difficult to imagine a trust or duty more important than the care and education of students by teachers: *M. (M.R.)*, at para. 1. It is inherent in this relationship that students can reasonably expect teachers not to abuse their position of authority over them, and the access they have to them, by making recordings of them for personal, unauthorized purposes. *A fortiori*, students should be able to reasonably expect their teachers not to use their authority over and access to them to make recordings that objectify them for the teachers' own sexual gratification.

[85] The purpose for which Mr. Jarvis made the recordings at issue is thus also a relevant circumstance in the case at bar. Although it has been recognized that the need to ensure a safe and orderly school environment reduces students' reasonable expectations of privacy as against searches of their persons by school administrators for the purpose of maintaining such an environment (*M. (M.R.)*, at paras. 1, 33 and 35-36), it would be absurd to suggest that students consequently have a reduced expectation of privacy as against being touched or searched by administrators seeking to satisfy their idle curiosity or prurient interests. Rather, the understanding that school will be a safe environment and that teachers will work to keep it that way, while limiting students' privacy expectations with respect to safety-related searches by teachers, *enhances* students' expectations that teachers will scrupulously respect their privacy — and *a fortiori*, their bodily and sexual integrity — when invading that privacy is not necessary to maintain a safe school environment. In the case at bar, the fact that Mr. Jarvis recorded students for reasons totally unrelated to any legitimate education- or safety-related purpose contributes to my conclusion that, in making the recordings, he breached the students' reasonable expectations of privacy.

situation d'autorité par rapport à eux : *R. c. Audet*, [1996] 2 R.C.S. 171, par. 41-43. En fait, notre Cour a exprimé l'opinion qu'il est difficile d'imaginer une confiance ou une responsabilité plus importante que la garde et l'éducation des élèves par les enseignants : *M. (M.R.)*, par. 1. Cette relation suppose que les élèves puissent raisonnablement s'attendre à ce que les enseignants n'abusent pas de leur autorité sur eux ni de l'accès qu'ils ont à eux en faisant des enregistrements d'eux à des fins personnelles et non autorisées. *A fortiori*, les élèves devraient être en mesure de s'attendre raisonnablement à ce que leurs enseignants ne se servent pas de l'autorité qu'ils ont sur eux et de leur accès à eux pour produire des enregistrements où ils sont traités comme des objets pour la satisfaction sexuelle des enseignants.

[85] Le but dans lequel M. Jarvis a produit les enregistrements en cause constitue donc aussi une circonstance pertinente en l'espèce. Bien qu'il ait été reconnu que le besoin d'assurer un milieu scolaire sécuritaire et ordonné réduise les attentes raisonnables des élèves à la protection de leur vie privée contre les fouilles effectuées sur leur personne par les administrateurs scolaires en vue de maintenir un tel environnement (*M. (M.R.)*, par. 1, 33 et 35-36), il serait absurde d'affirmer que les élèves ont en conséquence une attente moindre de protection en matière de vie privée à l'égard des administrateurs scolaires qui les touchent ou les fouillent dans le but de satisfaire leur curiosité malsaine ou leurs intérêts pervers. Au contraire, s'il est vrai qu'elle contribue à ce que les élèves aient des attentes de protection en matière de vie privée plus faibles en ce qui a trait aux fouilles de sécurité effectuées par les enseignants, la reconnaissance du fait qu'une école doit être un environnement sécuritaire et que les enseignants doivent s'efforcer de le maintenir comme tel, *renforce* les attentes des élèves à ce que les enseignants respectent scrupuleusement leur vie privée — et *a fortiori* leur intégrité physique et sexuelle — quand l'atteinte n'est pas nécessaire au maintien d'un milieu scolaire sécuritaire. Dans la présente affaire, le fait que M. Jarvis a enregistré des élèves pour des raisons totalement étrangères à toute fin légitime au chapitre de l'éducation ou de la sécurité m'amène également à conclure que les enregistrements violaient les attentes raisonnables des élèves au respect de leur vie privée.

[86] The fact that all of the students were young persons, and that some of them were minors, is a circumstance that further supports the finding of a reasonable expectation of privacy. As has been acknowledged by this Court, the values that underlie privacy “apply equally if not more strongly in the case of young persons”: *A.B. v. Bragg Communications Inc.*, at para. 18, quoting *Toronto Star Newspaper Ltd. v. Ontario*, 2012 ONCJ 27, 255 C.R.R. (2d) 207, at para. 41 (emphasis deleted); see also *M. (M.R.)*, at para. 53. That Canadian law provides children with greater privacy rights than similarly situated adults in a number of contexts evidences a societal consensus on this point, and on the shared value of protecting children’s privacy: see B. Jones, “*Jarvis: Surely Schoolchildren Have A Reasonable Expectation of Privacy Against Videotaping for a Sexual Purpose?*” (2017), 41 C.R. (7th) 71; *A.B. v. Bragg Communications Inc.*, at para. 17, citing the *Criminal Code*, s. 486, and the *Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1, s. 110.

[87] Reasonable adults are particularly solicitous of the privacy interests of children and young persons in relation to observation and especially visual recording. One reason for this is that reasonable adults recognize that children and young persons are often not in a position to protect their own privacy interests against intrusion. For example, children are particularly at risk with respect to unwanted recording because they have limited choice about which spaces they occupy, limited means to exclude others from those spaces, and limited choice about what parts of their bodies may be exposed in those spaces. Children are also expected to be obedient to adults and follow their instructions, and they place a high degree of trust in adults and authority figures, such as their parents and teachers. And in a situation where an adult would be alert to the potential for intrusions on her privacy as a result of observation or recording, a child may be completely unsuspecting, putting her faith in the adults around her and failing to take evasive action, even if evasive action were otherwise possible.

[86] Le fait que toutes les élèves étaient jeunes et que certaines d’entre elles étaient mineures est une circonstance qui étaye davantage la conclusion qu’il existait une attente raisonnable de protection en matière de vie privée. Comme la Cour l’a reconnu, les valeurs qui sous-tendent la protection de la vie privée [TRADUCTION] « s’appliquent tout autant, voire davantage, dans le cas des jeunes » : *A.B. c. Bragg Communications Inc.*, par. 18, citant *Toronto Star Newspaper Ltd. c. Ontario*, 2012 ONCJ 27, 255 C.R.R. (2d) 207, par. 41 (soulignement omis); voir aussi *M. (M.R.)*, par. 53. Le fait que, dans plusieurs contextes, le droit canadien confère aux enfants des droits plus étendus au respect de la vie privée qu’aux adultes se trouvant dans des situations semblables témoigne d’un consensus dans la société à cet égard et de la valeur que nous partageons quant à la nécessité de protéger la vie privée des enfants : voir B. Jones, « *Jarvis : Surely Schoolchildren Have A Reasonable Expectation of Privacy Against Videotaping for a Sexual Purpose?* » (2017), 41 C.R. (7th) 71; *A.B. c. Bragg Communications Inc.*, par. 17, citant le *Code criminel*, art. 486, et la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, c. 1, art. 110.

[87] Les adultes raisonnables se soucient beaucoup des droits des enfants à la vie privée en ce qui concerne l’observation et, surtout, l’enregistrement visuel. Il en est notamment ainsi parce qu’ils savent que les enfants et les jeunes ne sont souvent pas en mesure de protéger leurs propres droits en la matière en cas d’atteinte. À titre d’exemple, les enfants sont particulièrement exposés au risque de faire l’objet d’enregistrements non désirés parce qu’ils ont des choix limités sur les espaces qu’ils occupent, des moyens limités d’exclure d’autres personnes de ces espaces et un choix limité en ce qui concerne les parties de leur corps qui peuvent être exposées dans ces espaces. On s’attend aussi à ce que les enfants soient obéissants envers les adultes et suivent leurs consignes, et ils ont une grande confiance en les adultes et les personnes en autorité comme leurs parents et leurs enseignants. Dans une situation où un adulte serait conscient du risque qu’une observation ou un enregistrement porte atteinte à sa vie privée, une enfant pourrait être complètement sans méfiance et s’en remettre aux adultes de son entourage sans tenter de s’enfuir, même si elle avait par ailleurs la possibilité de le faire.

[88] These considerations are applicable to our assessment of the students' expectations of privacy in the case at bar. The fact that all of the students were young persons means that they would have reasonably expected the adults around them to be particularly cautious about not intruding on their privacy, including by not targeting them for visual recording without their permission. Therefore, the fact that all of the students recorded were young persons strengthens the argument that they could reasonably expect not to be recorded in the manner they were.

[89] In today's society, the ubiquity of visual recording technology and its use for a variety of purposes mean that individuals reasonably expect that they may be incidentally photographed or video recorded in many situations in day-to-day life. For example, individuals expect that they will be captured by video surveillance in certain locations, that they may be captured incidentally in the background of someone else's photograph or video, that they may be recorded as part of a cityscape, or that they may be recorded by the news media at the scene of a developing news story. In the school context, a student would expect that she might be captured incidentally in the background of another student's video, photographed by the yearbook photographer in a class setting, or videotaped by a teammate's parent while playing on the rugby team.

[90] That being said, individuals going about their day-to-day activities — whether attending school, going to work, taking public transit or engaging in leisure pursuits — also reasonably expect not to be the subject of targeted recording focused on their intimate body parts (whether clothed or unclothed) without their consent. A student attending class, walking down a school hallway or speaking to her teacher certainly expects that she will not be singled out by the teacher and made the subject of a secretive, minutes-long recording or series of recordings focusing on her body. The explicit focus of the videos on the bodies of the students recorded, including their breasts, leaves me in no doubt that the videos were made in violation of the students' reasonable

[88] Ces considérations valent pour notre évaluation des attentes des élèves en matière de vie privée en l'espèce. Le fait que les élèves étaient toutes des jeunes signifie qu'elles se seraient raisonnablement attendues à ce que les adultes de leur entourage fassent particulièrement attention à ne pas porter atteinte à leur vie privée, par exemple en ne les ciblant pas pour faire un enregistrement visuel d'elles sans leur permission. En conséquence, le fait que toutes les élèves filmées étaient des jeunes renforce l'argument qu'elles se seraient raisonnablement attendues à ne pas être filmées comme elles l'ont été.

[89] Dans la société d'aujourd'hui, en raison de l'omniprésence de la technologie d'enregistrement visuel et de son utilisation à de nombreuses fins, les personnes peuvent raisonnablement s'attendre à être photographiées ou à faire l'objet d'un enregistrement vidéo de manière accessoire dans de nombreuses situations de la vie quotidienne. À titre d'exemple, on s'attend à être filmé par des caméras de surveillance vidéo dans certains lieux, à figurer accessoirement en arrière-plan sur des photographies ou des vidéos d'autres personnes, dans le cadre d'un paysage urbain ou sur la scène d'un reportage. Dans le contexte scolaire, un élève devrait s'attendre à être filmé accessoirement en arrière-plan de la vidéo d'un autre élève, à être photographié pour l'album scolaire de l'année dans une salle de classe ou à faire l'objet d'enregistrements vidéo des parents de camarades de classe pendant qu'ils participent, par exemple, à un match de rugby.

[90] Cela dit, les personnes qui vaquent à leurs occupations quotidiennes — que ce soit fréquenter l'école, aller au travail, emprunter les transports collectifs ou se divertir — s'attendent de façon raisonnable à ne pas faire l'objet d'enregistrements ciblés qui mettent à l'avant-plan les parties intimes de leur corps (qu'elles soient ou non couvertes) sans leur consentement. Une élève qui fréquente une école, marche dans un couloir de l'établissement scolaire ou parle à son enseignant ne s'attend certainement pas à être ciblée par ce dernier et à faire l'objet d'un enregistrement secret de plusieurs minutes ou d'une série d'enregistrements mettant à l'avant-plan son corps. L'accent explicite des vidéos sur les corps des élèves filmées, y compris leurs seins, ne laisse

expectations of privacy. Indeed, given the content of the videos recorded by Mr. Jarvis and the fact that they were recorded without the students' consent, I would likely have reached the same conclusion even if they had been made by a stranger on a public street rather than by a teacher at school in breach of a school policy.

V. Conclusion and Disposition

[91] To determine whether a person who is observed or recorded is in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy for the purposes of s. 162(1), a court must ask whether the person is in circumstances in which she would reasonably expect not to be the subject of the type of observation or recording that in fact occurred. In the case at bar, the subjects of the videos were teenage students at a high school. They were recorded by their teacher in breach of the relationship of trust that exists between teachers and students as well as in contravention of a formal school board policy that prohibited such recording. Furthermore, the videos targeted individual students or small groups of students, were shot at close range, and were of high quality. Significantly, the videos had as their predominant theme or focus the bodies of students, particularly their breasts. In my view, there is no doubt that, in recording these videos, Mr. Jarvis acted contrary to the reasonable expectations of privacy that would be held by persons in the circumstances of the students when they were recorded. I therefore conclude that the Crown has established beyond a reasonable doubt that Mr. Jarvis recorded persons who were in circumstances that gave rise to a reasonable expectation of privacy, as that expression is used in s. 162(1) of the *Criminal Code*.

[92] It is not in issue in this Court that the Crown has established the other elements of the offence with

planer aucun doute dans mon esprit que les vidéos ont été produites en contravention des attentes raisonnables des élèves en matière de protection de la vie privée. En fait, étant donné le contenu des vidéos enregistrées par M. Jarvis et le fait que les enregistrements ont été produits sans le consentement des élèves, je serais vraisemblablement parvenu à la même conclusion même si c'était un étranger qui avait réalisé les enregistrements dans une rue publique et non un enseignant qui contrevenait à une politique scolaire.

V. Conclusion et dispositif

[91] Pour établir si une personne observée ou filmée se trouvait dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée pour l'application du par. 162(1), la cour doit se demander si cette personne se trouvait dans une situation où elle s'attendrait raisonnablement à ne pas faire l'objet du type d'observation ou d'enregistrement qui est bel et bien survenu. Dans la présente affaire, les sujets des vidéos étaient des élèves adolescentes d'une école secondaire. Elles ont été filmées par leur enseignant en violation de la relation de confiance qui unit les enseignants aux élèves ainsi que d'une politique officielle du conseil scolaire qui interdisait de tels enregistrements. Qui plus est, les vidéos ciblaient des élèves de manière individuelle ou des petits groupes d'élèves, l'enregistrement était fait de près, et les vidéos étaient de grande qualité. Fait important, les vidéos avaient pour thème principal ou mettaient à l'avant-plan le corps d'élèves, tout particulièrement leurs seins. À mon avis, il n'y a aucun doute qu'en enregistrant ces vidéos, M. Jarvis n'a pas respecté les attentes raisonnables de protection en matière de vie privée de quiconque se trouvant dans la situation des élèves lorsqu'elles ont été filmées. Je conclus donc que le ministère public a établi hors de tout doute raisonnable que M. Jarvis a filmé des personnes qui se trouvaient dans des circonstances pour lesquelles il existait une attente raisonnable de protection en matière de vie privée, au sens où cette expression est utilisée au par. 162(1) du *Code criminel*.

[92] Il est acquis aux débats devant notre Cour que le ministère public a établi les autres éléments

which Mr. Jarvis was charged. Accordingly, I would allow the appeal, enter a conviction, and remit the matter for sentencing.

The reasons of Côté, Brown and Rowe JJ. were delivered by

[93] ROWE J. — I have had the benefit of reading the Chief Justice’s reasons; I rely on his summary of the facts and judicial history of the case, and I concur in the result. However, I would interpret differently “reasonable expectation of privacy” as it appears in s. 162(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. I would not have regard to s. 8 jurisprudence in order to interpret s. 162(1). The conceptual framework for defining *Charter* rights should remain distinct from that used to define the scope of *Criminal Code* offences. Courts should not expand criminal liability by reference to *Charter* jurisprudence. As well, I will address how I would interpret “reasonable expectation of privacy” in s. 162(1), having regard for autonomy and sexual integrity.

I. *Charter* Jurisprudence Should Not Inform the Interpretation of Section 162(1)

A. *Constitutional and Statutory Construction Call for Different Interpretative Principles*

[94] Different interpretive principles apply to the interpretation of constitutional and statutory provisions. It has been long held by this Court that a purposive approach should be applied when interpreting the normative language of the *Charter*: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295. As a rights-endowing constitutional document, “[t]he expressions found in the Charter are to be understood in light of their significance in the legal and philosophical origins of the Charter, their contribution to the structure of protected interests (the scheme), and their role in securing the Charter’s goals”: *R.*

constitutifs de l’infraction dont M. Jarvis a été accusé. En conséquence, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, d’inscrire une déclaration de culpabilité et de renvoyer l’affaire pour détermination de la peine.

Version française des motifs des juges Côté, Brown et Rowe rendus par

[93] LE JUGE ROWE — J’ai eu l’occasion de lire les motifs du juge en chef; je m’appuie sur son résumé des faits et son historique des procédures judiciaires, et je souscris au résultat auquel il est parvenu. Toutefois, j’interpréteraï différemment l’expression « attente raisonnable de protection en matière de vie privée » figurant au par. 162(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. Je ne tiendrais pas compte de la jurisprudence relative à l’art. 8 de la *Charte* pour interpréter le par. 162(1). Le cadre conceptuel servant à définir les droits protégés par la *Charte* devrait demeurer distinct de celui auquel on recourt pour définir la portée des infractions prévues au *Code criminel*. Les tribunaux ne devraient pas élargir la responsabilité criminelle en renvoyant à la jurisprudence relative à la *Charte*. Je traiterai aussi de l’interprétation que je donnerais à l’« attente raisonnable de protection en matière de vie privée » visée au par. 162(1) eu égard à l’autonomie et à l’intégrité sexuelle.

I. La jurisprudence relative à la *Charte* ne devrait pas guider l’interprétation du par. 162(1)

A. *L’interprétation de la Constitution et l’interprétation des lois font intervenir des principes d’interprétation différents*

[94] Des principes d’interprétation différents s’appliquent à l’interprétation de dispositions constitutionnelles et légales. Notre Cour préconise depuis longtemps le recours à une approche téléologique pour interpréter le texte normatif de la *Charte* : *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295. Puisqu’il s’agit d’un document constitutionnel attributif de droits, [TRADUCTION] « [l]es expressions figurant dans la Charte doivent être interprétées à la lumière de leur signification au regard de l’origine légale et philosophique de la Charte, de leur contribution à la structure des droits protégés (le cadre) et

Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at p. 268. Professor Sullivan states that such an approach is used when interpreting the language of the *Charter*, rather than the modern approach used for the interpretation of statutes approved by this Court in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at p. 41.

[95] The *Criminal Code* is a statute, not a constitutional document. While there is considerable interplay in the jurisprudence between the *Criminal Code* and the *Charter*, the analysis used to interpret each must be kept distinct. It would be a fundamental error to give the wording in s. 162(1) the meaning given to it in s. 8 jurisprudence. To do so would be to apply a meaning intended to substantiate a breach of an individual's fundamental rights by a state actor to the inverse context of subjecting a citizen to criminal sanction and quite possibly depriving them of their liberty. Reasonable expectation of privacy in the two contexts is based on divergent considerations; they are not to be guided by the same analytical framework.

[96] This is reinforced by reference to the original meaning rule of statutory interpretation, according to which the words of an ordinary statute are to be read in the way they were understood at the time the statute was enacted: “‘The words of a statute must be construed as they would have been the day after the statute was passed . . .’”: *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232, at pp. 264-65, quoting *Sharpe v. Wakefield* (1888), 22 Q.B.D. 239, at p. 242. While applicable to ordinary statutes, the rule has been rejected as the basis for constitutional interpretation: see generally, *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 509, and specifically with respect to s. 8 in *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, at para. 61. This is of special significance when dealing with elements of a criminal offence where an open-ended and evolving standard, of the kind used in *Charter* interpretation, would fail to give fair notice to potential offenders.

du rôle qu'elles jouent pour assurer la réalisation des objectifs de la Charte » : R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), p. 268. La professeure Sullivan affirme qu'on doit emprunter une telle approche pour interpréter le texte de la *Charte*, et non l'approche moderne utilisée pour l'interprétation des lois approuvée par notre Cour dans *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, p. 41.

[95] Le *Code criminel* est une loi et non un document constitutionnel. Dans la jurisprudence, les tribunaux ont fait abondamment interagir le *Code criminel* et la *Charte*, mais les analyses effectuées pour interpréter chacune de ces deux lois doivent demeurer distinctes. Il serait fondamentalement erroné de donner au libellé du par. 162(1) le sens que la jurisprudence lui a donné à l'art. 8. Cela reviendrait à transposer un sens dégagé pour justifier l'atteinte par un acteur étatique aux droits fondamentaux d'un individu au contexte opposé où un citoyen est passible d'une sanction pénale et d'une possible privation de liberté. L'attente raisonnable de protection en matière de vie privée dans les deux contextes repose sur des considérations divergentes. On ne peut donc recourir au même cadre analytique.

[96] Cette conclusion est renforcée par le renvoi à la règle d'interprétation législative fondée sur le sens original, selon laquelle les mots d'une loi ordinaire doivent être interprétés comme on les comprenait au moment où cette loi a été adoptée : [TRADUCTION] « “Les termes d'une loi doivent s'interpréter comme ils l'auraient été le lendemain de l'adoption de cette loi . . .” » : *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232, p. 264-265, citant *Sharpe c. Wakefield* (1888), 22 Q.B.D. 239, p. 242. Si elle s'applique aux lois ordinaires, cette règle a été rejetée comme assise de l'interprétation constitutionnelle : voir, de façon générale, *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 509, et en ce qui concerne précisément l'art. 8 dans *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, par. 61. Cette règle revêt une importance particulière en présence des éléments d'une infraction criminelle. En effet, dans une telle situation, une norme aux contours non définis et en constante évolution comme celles servant à interpréter la *Charte* ne donnerait pas un avertissement suffisant aux éventuels contrevenants.

[97] Certainty and stability are of particular importance when defining the scope of criminal offences. The fair notice principle articulated in *Frey v. Fedoruk*, [1950] S.C.R. 517 — itself a “peeping Tom” case — that “declaration[s of criminal conduct] should be made by Parliament and not by the Courts” (p. 530) is well-established and now statutorily mandated by s. 9(a) of the *Criminal Code*, which states that “no person shall be convicted . . . of an offence at common law”. As Justice Cromwell wrote in *R. v. D.L.W.*, 2016 SCC 22, [2016] 1 S.C.R. 402:

Stability and certainty are particularly important values in the criminal law and significant changes to it must be clearly intended.

...

. . . the courts have refrained from developing the common law meanings of legal terms used in the *Code* so as to extend the scope of criminal liability. Courts will only conclude that a new crime has been created if the words used to do so are certain and definitive. [Citations omitted; paras. 54 and 59.]

[98] I agree with the respondent that to interpret “reasonable expectation of privacy” in s. 162(1) by reference to the s. 8 jurisprudence would put the judiciary in the position of creating new common law offences, despite their abolition in the enactment of s. 9(a) of the *Criminal Code*: R.F., at para. 42. Of course, the factual context will change with time, notably as regards technologies to observe persons; but that is different from the nature of the reasonable expectation of privacy. Thus, even if “reasonable expectation of privacy” had the same meaning under s. 8 and s. 162(1) at the time of the enactment, the meanings would diverge over time as the s. 8 jurisprudence evolves but the meaning of s. 162(1) is intended to remain fixed as of the time of its enactment. *Criminal Code* offences are not grafted onto the living tree of the *Charter*.

[97] La certitude et la stabilité sont particulièrement importantes lorsqu’il s’agit de définir la portée d’infractions criminelles. Le principe de l’avertissement suffisant formulé dans *Frey c. Fedoruk*, [1950] R.C.S. 517 — également une affaire de voyeurisme —, selon lequel [TRADUCTION] « la tâche de déclarer criminelle une conduite [. . .] revient au Parlement et non aux tribunaux » (p. 530), est bien établi et désormais d’application obligatoire selon l’al. 9a) du *Code criminel*, qui prévoit que « nul ne peut être déclaré coupable [. . .] [d’]une infraction en *common law* ». Comme l’a écrit le juge Cromwell dans *R. c. D.L.W.*, 2016 CSC 22, [2016] 1 R.C.S. 402 :

La stabilité et la certitude sont des valeurs qui revêtent une importance particulière en droit criminel et les changements importants qui y sont apportés doivent avoir été clairement voulus.

...

. . . les tribunaux se sont abstenus de faire évoluer les définitions données en common law aux termes juridiques utilisés dans le *Code* de façon à élargir le champ de la responsabilité criminelle. Les tribunaux ne concluront à la création d’un nouveau crime que si les mots utilisés pour ce faire sont sûrs et définitifs. [Références omises; par. 54 et 59.]

[98] Je partage l’avis de l’intimé que, si on interprétait l’expression « attente raisonnable de protection en matière de vie privée » du par. 162(1) en renvoyant à la jurisprudence relative à l’art. 8, le pouvoir judiciaire aurait la possibilité de créer de nouvelles infractions en common law même si elles ont été abolies du fait de l’adoption de l’al. 9a) du *Code criminel* : m.i., par. 42. Le contexte factuel changera bien sûr au fil du temps, notamment en ce qui concerne les technologies servant à observer des personnes, mais cela n’a rien à voir avec la nature de l’attente raisonnable de protection en matière de vie privée. Par conséquent, même si l’« attente raisonnable de protection en matière de vie privée » visée à l’art. 8 et au par. 162(1) avait le même sens au moment de l’adoption de ces dispositions, il y aurait divergence après un certain temps puisque la jurisprudence relative à l’art. 8 évolue alors que le sens du par. 162(1) est censé rester figé au jour de l’adoption de cette disposition. Les infractions prévues au *Code criminel* ne se greffent pas à l’arbre vivant de la *Charte*.

B. *The Purpose and Function of Section 8 of the Charter and Section 162(1) of the Criminal Code Are Fundamentally at Odds*

[99] While s. 162(1) of the *Criminal Code* and s. 8 of the *Charter* are both in play in the criminal law context, they concern different interests. Section 8 of the *Charter* limits the powers of the state vis-à-vis its citizens. It limits the investigative powers of the state, and maintains a check on the actions of the police. The imbalance between the state and its citizens is fundamental. Protecting citizens from the abuse of authority by the state is the context that defines the interests to be safeguarded by the s. 8 “reasonable expectation of privacy”.

[100] On occasions where the term has been applied in a legal context other than s. 8, it has also been described in terms of the individual’s rights versus the interests of the state. For example, in describing a reasonable expectation of privacy in the context of the *Access to Information Act*, R.S.C. 1985, c. A-1, and the *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21, Justice La Forest wrote: “The principle ensures that, at a conceptual level, the dignity and autonomy interests at the heart of privacy rights are only compromised when there is a compelling state interest for doing so”: *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403, at para. 71.

[101] By contrast, in the context of the voyeurism offence, “reasonable expectation of privacy” defines one of the external circumstances that must be proven by the Crown beyond a reasonable doubt in order to secure a conviction. To obtain a guilty verdict, the prosecution must prove that the accused, an ordinary citizen, encroached upon the reasonable expectation of privacy of the subject of the observation, another ordinary citizen. The power imbalance of the police as agents of the state vis-à-vis a citizen that is at the heart of the preoccupations under s. 8 of the *Charter* is not present under s. 162(1) of the *Criminal Code*. As s. 162(1) protects invasions of privacy perpetrated by one individual against another, the meaning given to “reasonable expectation of privacy” in s. 8, where

B. *L’objet et la fonction de l’art. 8 de la Charte et ceux du par. 162(1) du Code criminel sont fondamentalement incompatibles*

[99] Le paragraphe 162(1) du *Code criminel* et l’art. 8 de la *Charte* entrent tous les deux en jeu dans le contexte du droit pénal, mais ils concernent des droits différents. L’article 8 de la *Charte* restreint les pouvoirs de l’État à l’égard de ses citoyens. Il limite les pouvoirs d’enquête de l’État et assure une surveillance des actes de la police. Le déséquilibre entre l’État et ses citoyens est fondamental. Protéger les citoyens contre l’abus de pouvoir de l’État est le contexte qui définit les droits qui doivent être protégés par l’« attente raisonnable de protection en matière de vie privée » visée à l’art. 8.

[100] Lorsqu’elle a été invoquée dans un contexte juridique autre que celui de l’art. 8, l’expression a aussi été décrite sous l’angle des droits de chacun par opposition aux intérêts de l’État. Par exemple, en parlant d’une attente raisonnable de protection en matière de vie privée dans le contexte de la *Loi sur l’accès à l’information*, L.R.C. 1985, c. A-1, et de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, c. P-21, le juge La Forest a dit : « Ce principe garantit que, sur le plan conceptuel, le droit à la dignité et à l’autonomie qui est au cœur du droit à la vie privée, ne puisse être compromis que si l’État a sérieusement intérêt à le faire » : *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403, par. 71.

[101] À l’inverse, dans le contexte de l’infraction de voyeurisme, l’expression « attente raisonnable de protection en matière de vie privée » définit l’une des circonstances externes que le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable pour obtenir une déclaration de culpabilité. Pour obtenir un verdict de culpabilité, la poursuite doit prouver que l’accusé — un citoyen ordinaire — a brimé l’attente raisonnable du sujet de l’observation, soit un autre citoyen ordinaire, au respect de sa vie privée. L’inégalité de pouvoir entre le citoyen et les policiers qui agissent à titre de mandataires de l’État, laquelle est au cœur des préoccupations qui sous-tendent l’art. 8 de la *Charte*, n’existe pas dans le cas du par. 162(1) du *Code criminel*. Comme

the purpose is to prevent abuse of state authority, simply has no application.

[102] Further, the scope of the circumstances giving rise to a “reasonable expectation of privacy” under s. 8 of the *Charter* is necessarily different from the scope under s. 162(1) of the *Criminal Code*. The interests protected by s. 8 of the *Charter* include personal privacy, territorial privacy and informational privacy: *Tessling*, at para. 20. Of necessity, the interests protected by the reasonable expectation of privacy under s. 8 cover a range of circumstances broader than for the same words in s. 162(1), as the latter is directed solely to observations and recordings of the person. The reasonable expectation of privacy under s. 162(1) therefore can relate only to the protection of one’s physical image, a subcategory of personal privacy, itself a subcategory of that which is protected under s. 8 as described in *Tessling*.

[103] In this I differ from the Chief Justice, who states in para. 67 that s. 162(1) implicates territorial privacy. Respectfully, I cannot agree. The interest of privacy that one has in their own person while in a particular location is different from territorial privacy in the context of s. 8. Territorial privacy refers to the privacy interest in the space itself. The reference to “place” in s. 162(1)(a) is a circumstantial factor to determine the expectation of privacy one has in one’s own image; it is not an extension of the s. 8 privacy interest to the space around an individual. The relationship between location and the reasonable expectation of privacy will be discussed below.

le par. 162(1) assure une protection contre les atteintes d’une personne à la vie privée d’une autre, le sens donné à l’« attente raisonnable de protection en matière de vie privée » dans le contexte de l’art. 8, dont l’objet est de prévenir les abus de pouvoir de l’État, ne peut tout simplement pas être retenu.

[102] En outre, l’étendue des circonstances pour lesquelles il existe une « attente raisonnable de protection en matière de vie privée » au sens de l’art. 8 de la *Charte* est nécessairement différente de celle relevant du par. 162(1) du *Code criminel*. Les droits protégés par l’art. 8 de la *Charte* comprennent les aspects du droit à la vie privée qui ont trait à la personne, aux lieux et à l’information : *Tessling*, par. 20. Ils couvrent nécessairement un plus large éventail de circonstances que celles visées par cette expression au par. 162(1), étant donné que cette dernière disposition n’a trait qu’aux observations et aux enregistrements de la personne. L’attente raisonnable de protection en matière de vie privée visée au par. 162(1) peut par conséquent ne concerner que la protection de l’image physique de la personne, sous-catégorie du droit à vie privée relatif à la personne, qui est elle-même une sous-catégorie de l’objet de la protection accordée par l’art. 8 comme l’indique l’arrêt *Tessling*.

[103] Sur cette question, je me dissocie du juge en chef, qui écrit au par. 67 que le par. 162(1) met en jeu le droit à la protection de la vie privée relatif aux lieux. Soit dit en tout respect, je ne suis pas d’accord. Le droit à la vie privée que chacun possède à l’égard de sa propre personne dans un lieu précis est différent du droit à la vie privée relatif aux lieux dans le contexte de l’art. 8. Le droit à la vie privée relatif aux lieux vise le droit à la vie privée dans l’espace en soi. La mention d’un « lieu » à l’al. 162(1)a) est un facteur circonstanciel servant à déterminer l’attente en matière de vie privée qu’une personne a quant à sa propre image; il ne s’agit pas d’une extension du droit à la vie privée reconnu par l’art. 8 quant à l’espace entourant un individu. J’examinerai plus loin la relation entre un lieu et l’attente raisonnable de protection en matière de vie privée.

C. *Charter Values Are a Legitimate Interpretive Aid Only in Cases of Ambiguity*

[104] The Chief Justice looks to the jurisprudence relating to s. 8 of the *Charter* as part of the “broader legal context”: para. 54. From this jurisprudence he identifies, at para. 59, “fundamental shared ideals”: “. . . the s. 8 case law represents a rich body of judicial thought on the meaning of privacy in our society”. As this Court held in *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, the “‘Charter values’ presumption” is applicable only where there is ambiguity as to the meaning of a provision (para. 28).

[105] What does it mean, then, for a provision to have ambiguity? This Court has held that “genuine” ambiguity only arises where there are “two or more plausible readings, each equally in accordance with the intentions of the statute”: *CanadianOxy Chemicals Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1999] 1 S.C.R. 743, at para. 14, cited in *Bell ExpressVu v. Rex*, at para. 29. Put simply, it is only if legal ambiguity persists after having analysed a provision using the modern approach to statutory interpretation as adopted by this Court (see, e.g., *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd.*) that *Charter* values should be invoked as an interpretive aid. The fact, as in this case, that different judges arrived at differing interpretations is not a basis to say that a provision is legally ambiguous. As Iacobucci J. put it:

. . . ambiguity cannot reside in the mere fact that several courts — or, for that matter, several doctrinal writers — have come to differing conclusions on the interpretation of a given provision. Just as it would be improper for one to engage in a preliminary tallying of the number of decisions supporting competing interpretations and then apply that which receives the “higher score”, it is not appropriate to take as one’s starting point the premise that differing interpretations reveal an ambiguity. [Emphasis added.]

(*Bell ExpressVu v. Rex*, at para. 30)

C. *Les valeurs de la Charte constituent un outil d’interprétation légitime seulement en cas d’ambiguïté*

[104] Le juge en chef examine la jurisprudence relative à l’art. 8 de la *Charte* au regard du « contexte juridique général » : par. 54. Il tire de cette jurisprudence au par. 59 des « idéaux fondamentaux communs » : « . . . la jurisprudence relative à [l’art. 8] forme un riche corpus de raisonnements judiciaires sur le sens du concept de vie privée dans notre société ». Comme notre Cour l’a dit dans *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, la « présomption de respect des “valeurs de la Charte” » ne s’applique que si le sens d’une disposition est ambigu (par. 28).

[105] Qu’entend-on par disposition ambiguë? Notre Cour a affirmé que l’ambiguïté « véritable » existe seulement lorsqu’on est en présence de « deux ou plusieurs interprétations plausibles, qui s’harmonisent chacune également avec l’intention du législateur » : *CanadianOxy Chemicals Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1999] 1 R.C.S. 743, par. 14, cité dans *Bell ExpressVu c. Rex*, par. 29. Autrement dit, c’est seulement si l’ambiguïté juridique persiste après l’analyse d’une disposition au moyen de la méthode moderne d’interprétation des lois retenue par notre Cour (voir, p. ex., *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd.*) qu’on peut se servir des valeurs de la *Charte* comme outil d’interprétation. Le fait que, comme en l’espèce, différents juges sont parvenus à des interprétations divergentes ne permet pas d’affirmer que la disposition est ambiguë sur le plan juridique. Pour citer le juge Iacobucci,

. . . on ne saurait conclure à l’existence d’une ambiguïté du seul fait que plusieurs tribunaux — et d’ailleurs plusieurs auteurs — ont interprété différemment une même disposition. Autant il serait inapproprié de faire le décompte des décisions appuyant les diverses interprétations divergentes et d’appliquer celle qui recueille le « plus haut total », autant il est inapproprié de partir du principe que l’existence d’interprétations divergentes révèle la présence d’une ambiguïté. [Je souligne.]

(*Bell ExpressVu c. Rex*, par. 30)

[106] Applying the rule, s. 162(1) is not legally ambiguous. At most, one can say that there has been disagreement as to what circumstances ought to be considered in deciding whether there was a reasonable expectation of privacy. This is different from there being “two . . . plausible readings, each equally in accordance with the intentions of the statute”: *CanadianOxy Chemicals Ltd.*, at para. 14. Accordingly, the application of *Charter* values as an interpretive aid is not appropriate in this case.

II. “Reasonable Expectation of Privacy” in the Context of Voyeurism

[107] Drawing on the s. 8 jurisprudence, the Chief Justice’s approach to identifying circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy requires consideration of “the entire context in which the observation or recording took place”: para. 5. One cannot disagree with his central proposition that “circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy for the purposes of s. 162(1) are circumstances in which a person would reasonably expect not to be the subject of the type of observation or recording that in fact occurred”: para. 28. Nonetheless, with respect, I would not adopt the multi-factored analysis put forward by the Chief Justice.

[108] Of the nine non-exhaustive factors that he has identified at para. 29, four are considerations required by the wording of the provision: the location of the person being observed or recorded, the subject matter of the observation or recording, the purpose for which the observation or recording was made, and any awareness of, or consent to, the observation or recording. Location (“place”) is part of the definition of the impugned conduct under para. (a); the subject matter of the observation or recording, including the activity the subject was engaged in and whether the focus was on intimate parts of their body, is a necessary consideration under para. (b); the purpose for which the observation or recording was made

[106] Après application de la règle, force est de constater que le par. 162(1) n’est pas ambigu sur le plan juridique. On pourrait dire tout au plus qu’il y a eu désaccord sur les circonstances dont il fallait tenir compte pour décider s’il existait une attente raisonnable de protection en matière de vie privée, ce qui est différent de « deux [. . .] interprétations plausibles, qui s’harmonisent chacune également avec l’intention du législateur » : *CanadianOxy Chemicals Ltd.*, par. 14. Par conséquent, il n’est pas approprié en l’espèce de recourir aux valeurs de la *Charte* comme outil d’interprétation.

II. L’expression « attente raisonnable de protection en matière de vie privée » dans le contexte du voyeurisme

[107] Inspirée de la jurisprudence relative à l’art. 8, la méthode employée par le juge en chef pour cerner les circonstances qui donnent lieu à une attente raisonnable de protection en matière de vie privée requiert que l’on examine « l’ensemble du contexte dans lequel l’observation ou l’enregistrement a eu lieu » : par. 5. On ne peut être en désaccord avec son postulat central selon lequel « les circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée pour l’application du par. 162(1) sont celles où une personne s’attendrait raisonnablement à ne pas faire l’objet du type d’observation ou d’enregistrement qui est effectivement survenu » : par. 28. Toutefois, avec égards, je ne retiendrais pas l’analyse multifactorielle préconisée par le juge en chef.

[108] Des neuf facteurs non exhaustifs qu’il a relevés au par. 29, quatre sont requis par le libellé de la disposition : le lieu où se trouve la personne observée ou filmée, l’objet de l’observation ou de l’enregistrement, le but dans lequel a été fait l’observation ou l’enregistrement, et la conscience du fait d’être observé ou filmé, ou le consentement à l’être. Le « lieu » fait partie de la définition de la conduite visée à l’al. a); il est nécessaire de savoir, en application de l’al. b), quel était l’objet de l’observation ou de l’enregistrement, y compris l’activité à laquelle se livrait le sujet et la question de savoir si l’accent était mis sur les parties intimes de son corps; il faut conclure que l’observation ou l’enregistrement a été fait dans

is necessary to a finding of sexual purpose under para. (c); and the complainant's awareness of the observation or recording is implied by the overarching requirement of surreptitiousness under subs. (1).

[109] The five other factors set out by the Chief Justice as being relevant to a reasonable expectation of privacy are: whether the conduct consisted of an observation or recording; the manner in which the observation or recording was made (including whether it was fleeting or sustained; whether it was aided by technology and the nature of that technology); the existence of any rules, regulations or policies governing the observation or recording in question; the relationship between the parties (including the existence of a relationship of trust or authority), and the "personal attributes" of the complainant. With great respect, it seems to me that these five factors are ones properly considered in the determination of a fit sentence once a conviction has been entered, rather than in the definition of the offence.

[110] A relationship of trust between the parties should not be a factor in finding a person guilty of voyeurism. While Parliament has expressly included the consideration of a relationship of trust in the language of other criminal offences, such as sexual exploitation (ss. 153 and 153.1), there is no evidence that the voyeurism offence was meant to be defined or delineated by the relationship of the complainant to the accused. The provision's silence on the relationship between the parties must be interpreted as the offence applying no less to strangers than to persons in a position of trust. As put by Laskin J.A., "legislative exclusion can be implied when an express reference is expected but absent": *University Health Network v. Ontario (Minister of Finance)* (2001), 208 D.L.R. (4th) 459 (C.A.), at para. 31.

[111] The protection of children was a priority in adopting Bill C-2, instructively entitled *An Act to amend the Criminal Code (protection of children and other vulnerable persons) and the Canada Evidence*

un but sexuel au sens de l'al. c); enfin, la conscience, de la part du plaignant, du fait d'être observé ou filmé découle implicitement de l'exigence générale du caractère « subreptice » au par. (1).

[109] Les cinq autres facteurs que le juge en chef a jugés pertinents quant à l'attente raisonnable de protection en matière de vie privée sont les suivants : s'agissait-il d'une observation ou d'un enregistrement; la manière dont l'observation ou l'enregistrement a été fait (notamment, s'agissait-il d'un comportement ponctuel ou continu; a-t-on recouru à un moyen technologique et quelle était la nature de cette technologie); l'existence de règles, de règlements ou de politiques, le cas échéant, qui régissent l'observation ou l'enregistrement en question; la relation entre les parties (y compris la présence d'une relation de confiance ou d'une situation d'autorité), et les « attributs personnels » du plaignant. Soit dit en tout respect, j'estime qu'il convient de prendre en compte ces cinq facteurs dans la détermination d'une juste peine après l'inscription d'une déclaration de culpabilité, au lieu de les utiliser pour définir l'infraction.

[110] L'existence d'une relation de confiance entre les parties ne devrait pas constituer un facteur dont il faut tenir compte pour juger si une personne est coupable de voyeurisme. Dans le libellé d'autres infractions pénales, comme l'exploitation sexuelle (art. 153 et 153.1), le législateur a expressément mentionné la considération de la relation de confiance, mais rien ne prouve que l'infraction de voyeurisme était censée être définie ou circonscrite au regard de la relation entre le plaignant et l'accusé. Il faut interpréter l'absence de mention de la relation entre les parties dans la disposition comme voulant dire que l'infraction s'applique tout autant aux étrangers qu'aux personnes en situation de confiance. Pour reprendre les propos du juge d'appel Laskin, [TRADUCTION] « une exclusion législative peut être implicite lorsqu'une mention expresse est prévue mais absente » : *University Health Network c. Ontario (Minister of Finance)* (2001), 208 D.L.R. (4th) 459 (C.A.), par. 31.

[111] La protection des enfants était une priorité lors de l'adoption du projet de loi C-2, comme en témoigne son titre éloquent, *Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables)*

Act, 1st Sess., 38th Parl., 2004 (assented to July 20, 2005). Accordingly, s. 162(1) should be applied so as to protect the integrity of children and other vulnerable persons. However, the analysis should not turn on the relationship between the viewer and the subject. Rather, where there is a relationship of trust between the accused and the complainant, this would be an aggravating factor in determining a fit sentence.

[112] Again, with respect, I would not adopt such a multi-factored test to decide whether there is a reasonable expectation of privacy in the context of the voyeurism offence. Rather, I would propose the following interpretation of that component of the offence.

A. *The Purpose and Object of Section 162(1)*

[113] I agree with the Chief Justice as to the purpose and object of s. 162(1): para. 48. The broad aim of criminal law is to prevent harm to society: W. R. LaFave and A. W. Scott, *Substantive Criminal Law* (2nd ed. 1986), vol. 1, at p. 17; A. W. Mewett and M. Manning, *Mewett & Manning on Criminal Law* (2nd ed. 1985), at p. 14, cited with approval in *R. v. Chartrand*, [1994] 2 S.C.R. 864, at p. 881. The offence of voyeurism is not conceptually unique, but rather an extension of the criminal law to protect well-established interests of privacy, autonomy and sexual integrity of all individuals, in light of threats posed by new technologies to encroach upon them.

[114] The development of the voyeurism offence addressed limitations in the criminal law. Previously, the offences that were relied on to deal with what has been historically referred to as “peeping Tom” behaviour were offences interfering with property (trespassing at night, s. 177; mischief, s. 430). The application of these offences to the behaviour in question is deficient in two ways.

[115] First, the trespassing and mischief offences require interference with property or its lawful enjoyment. Therefore, they do not adequately respond to the use of modern technology by voyeurs to spy

et la Loi sur la preuve au Canada, 1^{re} sess., 38^e lég., 2004 (sanctionnée le 20 juillet 2005). Par conséquent, le par. 162(1) devrait s’appliquer de manière à protéger l’intégrité des enfants et d’autres personnes vulnérables. Toutefois, l’analyse ne devrait pas porter sur la relation entre l’auteur et le sujet de l’observation ou de l’enregistrement. Lorsqu’il existe une relation de confiance entre l’accusé et le plaignant, celle-ci devrait plutôt constituer un facteur aggravant dans la détermination d’une juste peine.

[112] Encore une fois, avec égards, je n’adopterais pas un critère multifactoriel pour décider s’il existe une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée dans le contexte de l’infraction de voyeurisme. Je proposerai plutôt l’interprétation suivante de cette composante de l’infraction.

A. *L’objet du par. 162(1)*

[113] Je partage l’avis du juge en chef en ce qui concerne l’objet du par. 162(1) : par. 48. L’objectif général du droit criminel est de protéger la société : W. R. LaFave et A. W. Scott, *Substantive Criminal Law* (2^e éd. 1986), vol. 1, p. 17; A. W. Mewett et M. Manning, *Mewett & Manning on Criminal Law* (2^e éd. 1985), p. 14, cités avec approbation dans *R. c. Chartrand*, [1994] 2 R.C.S. 864, p. 881. L’infraction de voyeurisme n’est pas singulière sur le plan conceptuel, mais constitue une extension du droit criminel visant à protéger les droits bien établis à la vie privée, à l’autonomie et à l’intégrité sexuelle de tous compte tenu des menaces posées par les nouvelles technologies qui empiètent sur ces droits.

[114] La création de l’infraction de voyeurisme visait à corriger des lacunes du droit criminel. Auparavant, les infractions qui pouvaient être invoquées pour réprimer ce qu’on appelait jadis en anglais les comportements de « *peeping Tom* » étaient des infractions qui avaient trait à la propriété (intrusion de nuit, art. 177; méfait, art. 430). L’application de ces infractions à ce comportement est déficiente à deux égards.

[115] Premièrement, les infractions d’intrusion et de méfait exigent qu’il y ait atteinte au droit de propriété ou à la jouissance légitime de ce droit. Par conséquent, elles ne répondent pas adéquatement

surreptitiously on people from afar. Parliament's concern with the use of technology to observe and record from a distance, thus making the offences of trespassing at night and mischief ineffective to catch such liable behaviour, is plain. While the provision setting out the offence of voyeurism (s. 162) was enacted in 2005 as part of Bill C-2, the offence, almost identical in wording, had been debated in Parliament on two other occasions: once in 2003 as part of Bill C-20 and again in 2004 as part of Bill C-12 (*An Act to amend the Criminal Code (protection of children and other vulnerable persons) and the Canada Evidence Act*, 3rd Sess., 37th Parl., 2004). On second reading of Bill C-20 (*An Act to amend the Criminal Code (protection of children and other vulnerable persons) and the Canada Evidence Act*, 2nd Sess., 37th Parl., 2003), then Minister of Justice Martin Cauchon noted:

The development of new technologies has changed the situation [of surreptitious observation and recording] considerably. Nowadays, it is possible to obtain miniature cameras at a relatively reasonable cost. It is easier to be a voyeur from a distance using such cameras, and to do so in locations that would not have been accessible before.

(*House of Commons Debates*, vol. 138, No. 46, 2nd Sess., 37th Parl., January 27, 2003 (not given Royal Assent), at p. 2692)

The mischief is the ability to observe or create recordings undetected by the subject, in public as well as in private, by effectively placing the voyeur in close proximity or at invasive angles of observation to the subject.

[116] The potential for the use of technology to infringe another's privacy is great. As Professor Paton-Simpson remarked:

By transcending the limits of sensory perception, technology has almost limitless potential to contravene normal expectations of privacy in both public and private places.

à l'utilisation de la technologie moderne par les voyeurs pour espionner subrepticement des personnes de loin. Le législateur a clairement exprimé sa préoccupation quant au recours à la technologie à des fins d'observation et d'enregistrement à distance, ces comportements n'étant pas visés par les infractions d'intrusion de nuit et de méfait. Bien que la disposition énonçant l'infraction de voyeurisme (art. 162) ait été adoptée en 2005 dans le cadre du projet de loi C-2, l'infraction, dont la formulation est presque identique, avait été débattue au Parlement deux autres fois : en 2003 dans le cadre du projet de loi C-20, puis en 2004 dans le cadre du projet de loi C-12 (*Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada*, 3^e sess., 37^e lég., 2004). Lors de la deuxième lecture du projet de loi C-20 (*Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada*, 2^e sess., 37^e lég., 2003), le ministre de la Justice de l'époque, Martin Cauchon, a fait les observations suivantes :

Le développement des nouvelles technologies a changé considérablement cette situation [de l'observation et de l'enregistrement clandestins d'une personne]. De nos jours, il est possible de se procurer facilement des caméras miniatures à un prix relativement peu élevé. Il est plus facile de s'adonner au voyeurisme en utilisant des caméras à distance et de le faire dans des endroits qui n'auraient pas été accessibles auparavant.

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. 138, n^o 46, 2^e sess., 37^e lég., 27 janvier 2003 (n'a pas reçu la sanction royale), p. 2692)

Le méfait est la capacité d'un voyeur se trouvant à proximité d'une personne, ou dans des endroits lui permettant d'avoir un point de vue attentatoire sur cette personne, de l'observer ou de créer des enregistrements d'elle à son insu, en public comme en privé.

[116] Le potentiel que le recours à la technologie porte atteinte à la vie privée d'autrui est grand. Comme l'a fait remarquer la professeure Paton-Simpson :

[TRADUCTION] En transcendant les limites de la perception sensorielle, la technologie a un potentiel presque illimité de violer les attentes normales en matière de respect

For example, in the ordinary course of things, a person expects to be observed only from certain angles and distances and does not expect to be scrutinized in close-up without realizing and being able to react. [Footnotes omitted.]

(E. Paton-Simpson, “Privacy and the Reasonable Paranoid: The Protection of Privacy in Public Places” (2000), 50 *U.T.L.J.* 305, at p. 330)

An insidious characteristic of modern technology is that it allows a viewer to observe from a position where they could not, but for the technology. For example, in *R. v. Rudiger*, 2011 BCSC 1397, 244 C.R.R. (2d) 69, Voith J. held that children playing in swimwear in a park retained a reasonable expectation of privacy. The technology used to observe them allowed the accused effectively to place himself near the children’s genitals and buttocks. Though the accused may have been able to observe the children from a distance, he would not have been allowed by the children — or their caregivers — to observe from such proximity without the enablement of the technology. As a result, there was a violation of the children’s reasonable expectation of privacy by the accused, despite the fact that the children were in plain view to the public. This is a useful example of the proper interpretation of the provision.

[117] The second deficiency with the use of the trespassing at night and mischief offences is that doing so mischaracterizes the wrong targeted by the offence of voyeurism. Trespassing at night and mischief are offences against property rights. In the 2002 consultation paper *Voyeurism as a Criminal Offence*, the Department of Justice defined voyeurism as either a behaviour associated with “sexual gratification from. . . covert observation”, or “symptomatic of a sexual disorder”: p. 3. Importantly, s. 162(1) appears under Part V of the *Criminal Code* (“Sexual Offences, Public Morals and Disorderly Conduct”), and is properly categorized under the heading “Sexual Offences”.

de la vie privée tant dans les lieux publics que privés. Par exemple, dans le cours normal des choses, une personne s’attend à être observée uniquement à partir de certains angles et de certaines distances et ne s’attend pas à être examinée en gros plan à son insu et sans être capable de réagir. [Notes en bas de page omises.]

(E. Paton-Simpson, « Privacy and the Reasonable Paranoid : The Protection of Privacy in Public Places » (2000), 50 *U.T.L.J.* 305, p. 330)

La technologie moderne a comme caractéristique insidieuse de permettre à une personne d’observer des choses à partir d’un endroit où elle ne pourrait pas le faire, n’eût été cette technologie. Par exemple, dans *R. c. Rudiger*, 2011 BCSC 1397, 244 C.R.R. (2d) 69, le juge Voith a affirmé que les enfants qui jouent en maillot de bain dans un parc conservent une attente raisonnable de protection en matière de vie privée. La technologie utilisée dans cette affaire permettait à l’accusé d’observer de près les organes génitaux et les fesses des enfants. L’accusé pouvait peut-être observer les enfants à distance, mais, s’il n’avait pas recouru à la technologie, les enfants — où les personnes qui s’en occupaient — ne lui auraient pas permis de les observer de si près. Par conséquent, l’accusé a violé les attentes raisonnables de protection en matière de vie privée des enfants, malgré le fait que ces dernières étaient à la vue de tous. Il s’agit d’un exemple utile d’interprétation correcte de la disposition.

[117] La deuxième faille des infractions d’intrusion de nuit et de méfait au regard du comportement répréhensible visé par l’infraction de voyeurisme est qu’elles le dénaturent. L’intrusion de nuit et le méfait sont des infractions contre des droits de propriété. Dans le document de consultation de 2002 intitulé *Voyeurisme — Une infraction criminelle*, le ministère de la Justice a défini le voyeurisme comme un comportement associé au fait pour une personne de chercher « à assister, pour sa satisfaction et sans être vue » ou comme « le symptôme d’un trouble de la sexualité » : p. 3. Fait important, le par. 162(1) figure à la partie V du *Code criminel* (« Infractions d’ordre sexuel, actes contraires aux bonnes mœurs, inconduite ») et est à bon droit placé sous la rubrique « Infractions d’ordre sexuel ».

[118] The offences created by ss. 162(1) and 162.1(1) are the first in the *Criminal Code* to include a complainant’s reasonable expectation of privacy as an element of the offence. As such, the phrase must be interpreted with due consideration given to its function within the offence itself and within the scheme of offences in which it is located. Voyeurism is a sexual offence and should be interpreted in light of the harms contemplated in related provisions under the same heading in Part V of the *Criminal Code* (“Sexual Offences”). As will be discussed below, this calls for an interpretation of “privacy” that has regard to personal autonomy and sexual integrity.

B. *Placing Section 162(1) in the Sexual Offences Scheme*

[119] The provision in question ought to be situated in the overall statutory scheme so as to ensure that the scheme functions consistently and harmoniously as a whole: “the objective is to interpret statutory provisions to harmonize the components of legislation inasmuch as is possible, in order to minimize internal inconsistency”: *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670, at p. 689. Professor Sullivan describes the presumption of consistency:

It is presumed that the provisions of legislation are meant to work together, both logically and teleologically, as parts of a functioning whole. The parts are presumed to fit together logically to form a rational, internally consistent framework; and because the framework has a purpose, the parts are also presumed to work together dynamically, each contributing something towards accomplishing the intended goal. [Footnote omitted; p. 337.]

[120] As a principle of statutory interpretation, consideration of the legislative scheme has been employed by this Court in the interpretation of the *Criminal Code*. For example, regarding the interpretation of the offence of child abduction in *Chartrand*,

[118] Les infractions créées par les par. 162(1) et 162.1(1) sont les premières du *Code criminel* dont l’attente raisonnable de protection en matière de vie privée du plaignant est un élément constitutif. Par conséquent, il faut interpréter l’expression en tenant dûment compte de sa fonction au sein de la disposition prévoyant l’infraction où elle est employée et dans le cadre du régime d’infractions dans lequel elle se trouve. Le voyeurisme est une infraction d’ordre sexuel et il y a lieu de l’interpréter à la lumière des préjudices évoqués dans les dispositions connexes figurant sous la même rubrique de la partie V du *Code criminel* (« Infractions d’ordre sexuel »). Comme on le verra, cette tâche nécessitera une interprétation de la « vie privée » qui tienne compte de l’autonomie personnelle et de l’intégrité sexuelle.

B. *Replacer le par. 162(1) dans le régime des infractions d’ordre sexuel*

[119] La disposition en cause doit être replacée dans l’ensemble de son régime législatif de manière à ce que le régime fonctionne comme un tout cohérent et harmonieux : « [la méthode contextuelle] vise à interpréter les dispositions législatives de façon à en harmoniser le plus possible les éléments et à éviter les incohérences internes » : *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670, p. 689. La professeure Sullivan décrit comme suit la présomption de cohérence :

[TRADUCTION] Les dispositions d’une loi sont présumées fonctionner ensemble, tant logiquement que téléologiquement, comme les diverses parties d’un tout. Les parties sont présumées s’assembler logiquement pour former un cadre rationnel, intrinsèquement cohérent; et parce que ce cadre a un objet, ses éléments sont aussi présumés s’appliquer ensemble de façon dynamique, chacun contribuant à la réalisation de l’objectif visé. [Note en bas de page omise; p. 337.]

[120] Notre Cour a recouru à l’examen du régime législatif — principe d’interprétation législative — pour interpréter le *Code criminel*. Par exemple, en ce qui concerne l’interprétation donnée à l’infraction d’enlèvement d’enfant dans *Chartrand*, la juge

Justice L'Heureux-Dubé wrote for a unanimous Court:

In this examination of the purpose of s. 281, it is necessary to look at the whole scheme designed by Parliament to deal with such related offences as kidnapping, hostage taking and abduction, more precisely, ss. 279 to 286 of the *Code*. Those sections deal with the whole range of related offences. [p. 879]

Following an examination of the related offences, the Court found the purpose of the child abduction provision to be “to secure the right and ability of parents (guardians, etc.) to exercise control over their children (those children for whom they act as guardians, etc.) for the protection of those children, and at the same time to prevent the risk of harm to children by diminishing their vulnerability”: p. 880.

[121] Similarly, this Court has relied on the grouping of provisions to assist in interpretation: see, e.g., *R. v. Blais*, 2003 SCC 44, [2003] 2 S.C.R. 236. As Professor Sullivan notes, “[w]hen provisions are grouped together under a heading it is presumed that they are related to one another in some particular way, that there is a shared subject or object or a common feature to the provisions”: p. 463. In *R. v. Drapeau* (1995), 96 C.C.C. (3d) 554, Fish J.A. (as he then was), in interpreting the offence of mischief, considered its placement within Part XI of the *Criminal Code* (“Wilful and Forbidden Acts in Respect of Certain Property”) and found that mischief dealt primarily with “the integrity of the property itself and not with conduct affecting the exercise of property rights”: p. 561.

[122] In this case, one should look to the scheme for sexual offences as a whole so as to inform the interpretation of s. 162(1). Sexual offences are designed to protect the personal autonomy and sexual integrity of the individual. In the introduction to his treatise on sexual offences in Canada, Professor Stewart states, “We believe that the principal purpose of the law of sexual offences is to protect sexual autonomy, though we recognize that the protection

L'Heureux-Dubé, s'exprimant au nom de la Cour à l'unanimité, a écrit ceci :

L'analyse de l'objectif de l'art. 281 exige l'examen de l'ensemble du régime conçu par le législateur à l'égard d'infractions connexes comme l'enlèvement, la prise d'otages et le rapt, plus précisément les art. 279 à 286 du *Code*. Ces articles visent toute une gamme d'infractions connexes. [p. 879]

Après examen des infractions connexes, la Cour a conclu que l'objectif de la disposition relative à l'enlèvement d'enfant consistait « tant à garantir le droit et la faculté des parents (tuteurs, etc.) d'exercer leur autorité sur leurs enfants (dont ils sont les tuteurs, etc.) afin de protéger ces derniers, qu'à prévenir le risque de préjudice aux enfants, en réduisant leur vulnérabilité » : p. 880.

[121] De même, notre Cour s'est fondée sur le regroupement de dispositions pour la guider dans son interprétation : voir, p. ex., *R. c. Blais*, 2003 CSC 44, [2003] 2 R.C.S. 236. Comme le fait remarquer la professeure Sullivan, [TRADUCTION] « [l]es dispositions réunies sous une même rubrique sont présumées être liées entre elles d'une façon particulière, porter sur un même sujet ou avoir le même objet, ou encore, partager une même caractéristique » : p. 463. Dans *R. c. Drapeau* (1995), 96 C.C.C. (3d) 554, le juge d'appel Fish (plus tard juge de notre Cour) a tenu compte, pour interpréter l'infraction de méfait, du fait qu'elle se trouvait dans la partie XI du *Code* (« Actes volontaires et prohibés concernant certains biens ») et a conclu qu'elle visait avant tout [TRADUCTION] « l'intégrité des biens mêmes et non la conduite portant atteinte à l'exercice de droits de propriété » : p. 561.

[122] En l'espèce, il y a lieu d'examiner l'ensemble du régime des infractions d'ordre sexuel pour éclairer l'interprétation du par. 162(1). Les infractions d'ordre sexuel visent à protéger l'autonomie personnelle et l'intégrité sexuelle de la personne. Dans l'introduction de son traité sur les infractions sexuelles au Canada, le professeur Stewart déclare ceci : [TRADUCTION] « Nous croyons que l'objectif principal du droit relatif aux infractions sexuelles

of sexual autonomy will often overlap with the harm principle”: H. C. Stewart, *Sexual Offences in Canadian Law*, (loose-leaf), at p. 1-7.

[123] I pause to note briefly that while the trespassing at night and mischief offences could be considered related, as discussed above, the use of these offences to address criminally voyeuristic behaviour was an incidental application of the criminal law. Section 162(1) is properly categorized as a sexual offence, and as such its wording bears no resemblance to the property offences of trespassing at night and mischief. Therefore, those provisions do not provide a useful basis for the interpretation of s. 162(1).

[124] There is extensive jurisprudence from this Court that defines sexual offences in terms of violation of one’s autonomy and integrity. Sexual assault is an assault “committed in circumstances of a sexual nature, such that the sexual integrity of the victim is violated”: *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293, at p. 302, affirmed by this Court in *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909; *R. v. V. (K.B.)*, [1993] 2 S.C.R. 857; *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333; *R. v. Hinchey*, [1996] 3 S.C.R. 1128; *R. v. Ewanuchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. A.G.*, 2000 SCC 17, [2000] 1 S.C.R. 439; *R. v. Larue*, 2003 SCC 22, [2003] 1 S.C.R. 277; *R. v. Lutoslawski*, 2010 SCC 49, [2010] 3 S.C.R. 60; *R. v. Hutchinson*, 2014 SCC 19, [2014] 1 S.C.R. 346.

[125] Describing the interests that the criminal law seeks to protect with respect to sexual assault, this Court stated in *Ewanuchuk* that “[t]he law must afford women and men alike the peace of mind of knowing that their bodily integrity and autonomy in deciding when and whether to participate in sexual activity will be respected”: para. 66. As observed by Professor Stewart, this Court “has put the sexual autonomy and sexual integrity of the complainant, rather than the motivation of the accused, at the centre of the distinction between sexual and non-sexual assault”: p. 1-7 (footnote omitted). This Court

est de protéger l’autonomie sexuelle, bien que nous reconnaissons que la protection de l’autonomie sexuelle chevauche souvent le principe du préjudice » : H. C. Stewart, *Sexual Offences in Canadian Law* (feuilles mobiles), p. 1-7.

[123] J’ouvre une courte parenthèse pour faire remarquer que si, comme on l’a vu précédemment, les infractions d’intrusion de nuit et de méfait pourraient être considérées comme connexes, le recours à ces infractions pour les cas de voyeurisme criminel constitue une application accessoire du droit criminel. Or, l’infraction prévue au par. 162(1) est classée à juste titre comme une infraction d’ordre sexuel et, à ce titre, son libellé ne ressemble pas à celui des infractions liées à la propriété que sont l’intrusion de nuit et le méfait. Par conséquent, ces dispositions ne nous aident pas à interpréter le par. 162(1).

[124] Il existe une jurisprudence abondante de notre Cour dans laquelle les infractions sexuelles sont décrites comme une atteinte à l’autonomie et à l’intégrité de la personne. L’agression sexuelle est une agression qui est « commise dans des circonstances de nature sexuelle, de manière à porter atteinte à l’intégrité sexuelle de la victime » : *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293, p. 302, confirmé par notre Cour dans *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909; *R. c. V. (K.B.)*, [1993] 2 R.C.S. 857; *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333; *R. c. Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128; *R. c. Ewanuchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. A.G.*, 2000 CSC 17, [2000] 1 R.C.S. 439; *R. c. Larue*, 2003 CSC 22, [2003] 1 R.C.S. 277; *R. c. Lutoslawski*, 2010 CSC 49, [2010] 3 R.C.S. 60; *R. c. Hutchinson*, 2014 CSC 19, [2014] 1 R.C.S. 346.

[125] Décrivant les droits que les règles de droit pénales cherchent à protéger en matière d’agression sexuelle, notre Cour a déclaré dans *Ewanuchuk* que « [l]e droit doit permettre aux femmes comme aux hommes d’avoir l’esprit tranquille et de savoir que leur intégrité physique et leur autonomie seront respectées lorsqu’ils décident de participer ou non à une activité sexuelle et du moment où ils entendent le faire » : par. 66. Comme l’a fait observer le professeur Stewart, notre Cour [TRADUCTION] « a jugé que ce sont l’autonomie et l’intégrité sexuelles du plaignant, et non la motivation de l’accusé, qui

recognized in *Hutchinson* that creation of the offence of sexual assault protects the “values of personal autonomy and physical integrity”: para. 91.

[126] The child pornography jurisprudence provides additional guidance on the interests underlying the sexual offences scheme as a whole. Chief Justice McLachlin held that child pornography “denies children their autonomy and dignity”, and that the “violation of dignity may stay with the child as long as he or she lives”: *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45, at paras. 185 and 92; see also *R. v. Hewlett*, 2002 ABCA 179, 167 C.C.C. (3d) 425, at para. 22; *R. v. L.A.C.*, 2005 ABPC 217, 386 A.R. 102, at para. 54. While child pornography falls under the heading “Offences Tending to Corrupt Morals” in Part V of the *Criminal Code*, the interests at stake are closely tied to those contemplated by the voyeurism offence and other sexual offences.

[127] The interests protected under s. 162(1) accord with those described in *Ewanchuk*, *Hutchinson*, and *Sharpe*. They represent a shift in the conception of sexual offences away from sexual propriety and towards a focus on sexual integrity. As noted by Professor Craig, “[t]his shift from focusing on sexual propriety to sexual integrity enables greater emphasis on violations of trust, humiliation, objectification, exploitation, shame, and loss of self-esteem rather than simply, or only, on deprivations of honour, chastity, or bodily integrity (as was more the case when the law’s concern had a greater focus on sexual propriety)”: E. Craig, *Troubling Sex: Towards a Legal Theory of Sexual Integrity* (2012), at p. 68.

[128] “Privacy” defies a singular definition. It is a protean concept given content from the circumstances to which it is applied. But the privacy interest engaged by s. 162(1) is not so amorphous as to defy sufficient certainty and stability to meet the requirements of the criminal law. The phrase

permettent de distinguer les agressions sexuelles des agressions de nature non sexuelle » : p. 1-7 (note en bas de page omise). Dans *Hutchinson*, notre Cour a reconnu que la création de l’infraction d’agression sexuelle protège les « valeurs d’autonomie personnelle et d’intégrité physique » : par. 91.

[126] La jurisprudence relative à la pornographie juvénile fournit d’autres indications sur les droits qui sous-tendent le régime d’infractions d’ordre sexuel dans son ensemble. La juge en chef McLachlin a affirmé que ce type de pornographie « prive les enfants de leur autonomie et de leur dignité » et que « l’atteinte à la dignité peu[t] marquer l’enfant pour la vie » : *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45, par. 185 et 92; voir aussi *R. c. Hewlett*, 2002 ABCA 179, 167 C.C.C. (3d) 425, par. 22; *R. c. L.A.C.*, 2005 ABPC 217, 386 A.R. 102, par. 54. Bien que la pornographie juvénile figure sous la rubrique « Infractions tendant à corrompre les mœurs », à la partie V du *Code criminel*, les droits en jeu sont intimement liés à ceux visés par l’infraction de voyeurisme et d’autres infractions d’ordre sexuel.

[127] Les droits protégés par le par. 162(1) correspondent à ceux décrits dans *Ewanchuk*, *Hutchinson* et *Sharpe*. Ils représentent un changement dans la façon de concevoir les infractions sexuelles, qui ne sont plus considérées sous l’angle de la bienséance sexuelle mais de l’intégrité sexuelle. Comme l’a noté la professeure Craig, [TRADUCTION] « [c]e changement d’éclairage, qui passe de la bienséance sexuelle à l’intégrité sexuelle, permet de mettre un accent accru sur les abus de confiance, l’humiliation, l’objectification, l’exploitation, la honte et la perte d’estime de soi plutôt que sur simplement, ou seulement, l’atteinte à l’honneur, à la chasteté et à l’intégrité physique (comme c’était davantage le cas quand le droit se préoccupait davantage de la bienséance sexuelle) » : E. Craig, *Troubling Sex : Towards a Legal Theory of Sexual Integrity* (2012), p. 68.

[128] La « vie privée » ne peut être réduite à une définition unique : il s’agit d’une notion protéiforme dont le contenu varie selon les circonstances dans lesquelles on l’utilise. Le droit à la vie privée mis en jeu par le par. 162(1) n’est toutefois pas flou au point d’écarter la certitude et la stabilité requises

“circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy” in the context of the sexual offence of voyeurism is meant to protect a privacy interest in one’s image against observations or recordings that are, first, surreptitious and, second, objectively sexual in content or purpose. This privacy interest itself, where it is substantially and not trivially engaged (e.g. by merely uncouth or ill-mannered behavior), is founded on the twin interests of the protection of sexual integrity and the autonomy to control one’s personal visual information.

III. Circumstances that Give Rise to a Reasonable Expectation of Privacy in One’s Image

[129] With respect to the scope of the privacy interest engaged by s. 162(1), I agree with the Chief Justice that the wording of the provision supports the view that a reasonable expectation of privacy does not turn solely on the location of the person being observed or recorded. The explicit reference to location in para. (a) suggests that “circumstances” must mean something beyond places that are traditionally private. In order for para. (b) to be operative, Parliament must have understood that a person could have a reasonable expectation of privacy in places other than where one would be expected to be nude or engaged in sexual activity. Similarly, para. (c) would be “mere surplusage” if it did not recognize an essential privacy interest maintained by the individual *regardless of their location*: *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61, at para. 28. The recognition of this essential privacy interest, separate and apart from the privacy interest tied to “traditionally private” places, is aligned with an interpretation of the provision that centres the protection of personal autonomy and sexual integrity.

[130] Of course, location can be relevant when determining whether a reasonable expectation of privacy exists. Privacy’s roots are embedded in the

pour satisfaire aux exigences du droit criminel. L’expression « circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée » dans le contexte de l’infraction sexuelle de voyeurisme vise à protéger le droit à la vie privée pour ce qui est de l’image personnelle de l’intéressé contre les observations ou les enregistrements qui, premièrement, sont subreptices et, deuxièmement, ont objectivement un contenu ou un objet sexuel. Ce droit à la vie privée, lorsqu’il est en jeu de façon importante et non anodine (par ex. par une conduite malséante), repose sur les droits jumeaux que sont la protection de l’intégrité sexuelle et la faculté de maîtriser les renseignements visuels personnels sur soi.

III. Circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée quant à son image personnelle

[129] En ce qui concerne l’étendue du droit à la vie privée mis en jeu par le par. 162(1), je conviens avec le juge en chef que le libellé de cette disposition étaye le point de vue selon lequel une attente raisonnable au respect de la vie privée ne dépend pas uniquement de l’endroit où se trouve la personne qui est observée ou filmée. La mention explicite du lieu à l’al. a) donne à penser que les « circonstances » doivent aussi englober des endroits qui ne sont pas traditionnellement privés. Pour que l’al. b) puisse trouver application, le législateur devait avoir envisagé la possibilité qu’une personne ait une attente raisonnable au respect de sa vie privée dans des lieux autres que ceux où on s’attendrait à être nu ou à pouvoir se livrer à des activités sexuelles. Dans le même ordre d’idées, l’al. c) serait « superfétatoire » s’il ne reconnaissait pas l’existence d’un droit fondamental à la vie privée de toute personne, *peu importe le lieu où elle se trouve* : *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61, par. 28. La reconnaissance de ce droit fondamental à la vie privée, indépendamment des droits en matière de vie privée relatifs aux lieux « traditionnellement privés », correspond à une interprétation de la disposition axée sur la protection de l’autonomie personnelle et de l’intégrité sexuelle.

[130] Bien sûr, le lieu peut être pertinent pour déterminer s’il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée. Les racines de

same soil as the sanctity of the home and the protection of one's property. As noted by Justice La Forest, "[t]he sanctity of the home is deeply rooted in our traditions. It serves to protect the security of the person and individual privacy": *R. v. Landry*, [1986] 1 S.C.R. 145, at p. 167, in dissent. The importance of being free from interference in one's home has long been judicially recognized, for example in 1604, in *Semayne's Case*: "That the house of every one is to him as his . . . castle and fortress, as well for his defence against injury and violence, as for his repose": (1604), 5 Co. Rep. 91 a, 77 E.R. 194, at p. 195.

[131] The expectation of privacy is highest in places where one can exclude others. When one is in public, one's expectation of privacy is attenuated. The development of technology has extended the privacy interest from the territorial (the sanctity of the home), to include the informational (the protection of one's personal information). Thus, the privacy interest may be attenuated but does not cease to exist when a person can be openly observed or recorded, for example, by security cameras. In recognizing that the privacy interest is strongest in "traditionally private" places, I note that with regard to s. 162(1)(a), conduct that infringes a reasonable expectation of privacy for the purposes of that paragraph must still meet the test described below. The fact that a person is in a "private" place does not satisfy the reasonable expectation of privacy inquiry *per se*. To conclude that location is determinative would undermine the interests that Parliament sought to protect in the creation of the voyeurism offence.

[132] Whether a person has a reasonable expectation of privacy is a normative question. I share the view set out in the dissenting opinion of the Court of Appeal in this case that finding that a person has a reasonable expectation of privacy in the relevant circumstances "is to conclude that his or her interest in privacy *should* be prioritized over other interests": 2017 ONCA 778, 139 O.R. (3d) 754, at para. 117

la vie privée s'enfoncent dans le même sol que le caractère sacré du foyer et la protection des biens de chacun. Comme l'a déclaré le juge La Forest, « [l]e caractère sacré du foyer est profondément ancré dans nos traditions. Il sert à assurer la sécurité de la personne et la vie privée de l'individu » : *R. c. Landry*, [1986] 1 R.C.S. 145, p. 167, en dissidence. Les tribunaux reconnaissent depuis longtemps l'importance d'être à l'abri de toute ingérence chez soi. Par exemple, en 1604, la cour a dit dans *Semayne's Case* [TRADUCTION] « [q]ue la maison de chacun est pour lui son château et sa forteresse, tant pour se défendre contre l'injure et la violence que pour son repos . . . » : (1604), 5 Co. Rep. 91 a, 77 E.R. 194, p. 195.

[131] L'attente de protection en matière de vie privée est la plus élevée dans les lieux d'où on peut exclure d'autres personnes; elle est moindre dans un endroit public. Le développement de la technologie a étendu le droit à la vie privée de la seule territorialité (le caractère sacré du foyer) au volet informationnel (la protection des renseignements personnels). Ainsi, le droit à la vie privée peut être réduit, mais il ne cesse pas d'exister lorsqu'une personne peut être ouvertement observée ou filmée, par exemple au moyen de caméras de surveillance. Je reconnais que le droit à la vie privée est le plus fort dans les lieux « traditionnellement privés », mais je remarque qu'en ce qui concerne l'al. 162(1)a), la conduite qui viole une attente raisonnable de protection en matière de vie privée pour l'application de cet alinéa doit tout de même répondre au critère décrit ci-après. Le fait qu'une personne se trouve dans un lieu « privé » n'est pas suffisant en soi pour conclure à une attente raisonnable en matière de vie privée. Conclure que le lieu est déterminant compromettrait les droits que le législateur a cherché à protéger en créant l'infraction de voyeurisme.

[132] La question de savoir si une personne a une attente raisonnable de protection en matière de vie privée est une question normative. Je souscris au point de vue énoncé dans l'opinion dissidente de la Cour d'appel en l'espèce selon laquelle conclure qu'une personne a une attente raisonnable de protection en matière de vie privée dans des circonstances données [TRADUCTION] « revient à conclure que son

(emphasis in original). Infringing a person's reasonable expectation of privacy in the context of the voyeurism offence can be conceptualized as crossing a threshold where the law prioritizes the observed person's interest in protecting their autonomy and sexual integrity over the accused's liberty of action.

[133] If both the following two related questions are answered in the affirmative, then an observation or recording occurred in circumstances that gave rise to a reasonable expectation of privacy under s. 162(1):

- (1) Did the surreptitious observation or recording diminish the subject's ability to maintain control over their image?
- (2) And if so, did this type of observation or recording infringe the sexual integrity of the subject?

In brief, an infringement of one's privacy interest under s. 162(1) can only be sustained if that individual is recorded or observed in a way that both causes them to lose control over their image; and also infringes their sexual integrity. This conjunctive test accords with what Parliament sought to protect by creating the voyeurism offence: "the state's interest in protecting the privacy of individual citizens and its interest in preventing sexual exploitation of its citizens coalesce where the breach of privacy also involves a breach of the citizen's sexual or physical integrity": *Voyeurism as a Criminal Offence: A Consultation Paper*, at p. 8 (emphasis added).

A. *Did the Surreptitious Observation or Recording Diminish the Subject's Ability to Maintain Control Over Their Image?*

[134] What is private can be determined with regard to two related concepts: exclusivity and control. By virtue of one's ability to exclude others and control access to one's personal information, that information is protected from unwanted interference and is

droit à la protection en matière de vie privée *devrait* avoir priorité sur d'autres droits » : 2017 ONCA 778, 139 O.R. (3d) 754, par. 117 (en italique dans l'original). On pourrait expliquer la violation de l'attente raisonnable d'une personne au respect de sa vie privée dans le contexte de l'infraction de voyeurisme comme le franchissement d'un seuil au-delà duquel la loi donne au droit à la protection de l'autonomie et de l'intégrité sexuelle de la personne observée la priorité sur la liberté d'action de l'accusé.

[133] Si les deux questions connexes suivantes reçoivent une réponse affirmative, il y a eu observation ou enregistrement dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée au sens du par. 162(1) :

- (1) L'observation ou l'enregistrement subreptice a-t-il diminué l'aptitude du sujet à garder le contrôle de son image?
- (2) Si oui, ce type d'observation ou d'enregistrement a-t-il porté atteinte à l'intégrité sexuelle du sujet?

Bref, il ne peut y avoir atteinte au droit à la vie privée d'une personne au sens du par. 162(1) que si cette personne est enregistrée ou observée d'une manière qui lui fait perdre le contrôle de son image et porte atteinte à son intégrité sexuelle. Ce test en deux étapes s'accorde avec ce que législateur cherchait à protéger en créant l'infraction de voyeurisme : « l'État a intérêt à protéger la vie privée des citoyens et à prévenir l'exploitation sexuelle des personnes et [. . .] ces deux intérêts-là coïncident en cas d'atteinte à la vie privée lorsque cette atteinte constitue en même temps une atteinte à l'intégrité physique ou sexuelle de la personne » : *Voyeurisme — Une infraction criminelle : Document de consultation*, p. 9 (je souligne).

A. *L'observation ou l'enregistrement subreptice a-t-il diminué l'aptitude du sujet à garder le contrôle de son image?*

[134] On peut établir ce qui est privé eu égard à deux notions connexes : l'exclusivité et le contrôle. Grâce à la capacité d'une personne d'exclure les autres et de contrôler l'accès aux renseignements personnels qui la concernent, ces renseignements

therefore private. Alan Westin defined privacy as the claim of persons to “determine for themselves when, how, and to what extent information about them is communicated to others”: A. F. Westin, *Privacy and Freedom* (1970), at p. 7. The personal information that one chooses to display, how that information is presented and accessed, and the ability to be selective about who can access that information, are all examples of the exercise of exclusivity and control by the person asserting the privacy interest.

[135] The ability to maintain control over what personal visual information is shared, and with whom, is a facet of privacy linked to personal autonomy. Professor Parker has described privacy as “control over when and by whom the various parts of us can be sensed by others”: R. B. Parker, “A Definition of Privacy” (1974), 27 *Rutgers L. Rev.* 275, at p. 281 (emphasis deleted). Professor Gavison defined privacy as being “a limitation of others’ access to an individual” and a loss of privacy as occurring where “others obtain information about an individual, pay attention to him, or gain access to him”: R. Gavison, “Privacy and the Limits of Law” (1980), 89 *Yale L.J.* 421, at p. 428. In another article, she argued that the private is “that which is unknown and unobserved; the public is that which is known or observed, or at least is capable of being known or observed, because it occurs in a public place”: R. Gavison, “Feminism and the Public/Private Distinction” (1992), 45 *Stan. L. Rev.* 1, at p. 6. Relying on this definition, Professor Paton-Simpson provided a similar description of privacy as “relating to limitations on ‘accessibility in the form of being known or observed’”: E. Paton-Simpson, at p. 308.

[136] A common feature in all the foregoing is the idea that privacy is the ability to control what is known or observed about oneself. An infringement of privacy occurs when that which is unknown/unobserved becomes known/observed without the person

sont à l’abri d’une ingérence non désirée et sont donc privés. Alan Westin a défini la vie privée comme étant le droit revendiqué par des individus de [TRADUCTION] « déterminer par eux-mêmes le moment, la manière et la mesure dans lesquels des renseignements les concernant sont communiqués » : A. F. Westin, *Privacy and Freedom* (1970), p. 7. Les renseignements personnels qu’une personne choisit de rendre publics, la manière dont ils sont présentés et consultés, ainsi que la faculté de décider qui peut les obtenir, sont tous des exemples de l’exercice d’exclusivité et de contrôle par la personne revendiquant le droit à la vie privée.

[135] La capacité de garder l’emprise sur les renseignements visuels personnels qui peuvent être communiqués et les personnes à qui ils le sont constitue un volet de la vie privée lié à l’autonomie personnelle. Le professeur Parker a décrit la vie privée comme [TRADUCTION] « la faculté de décider qui peut avoir accès aux divers aspects de notre personne et à quel moment » : R. B. Parker, « A Definition of Privacy » (1974), 27 *Rutgers L. Rev.* 275, p. 281 (soulignement omis). La professeure Gavison a quant à elle défini la vie privée comme étant [TRADUCTION] « la limite de l’accès d’autrui à un individu » et a expliqué qu’il y a atteinte à la vie privée lorsque « d’autres personnes obtiennent des renseignements sur un individu, lui portent attention ou accèdent à lui » : R. Gavison, « Privacy and the Limits of Law » (1980), 89 *Yale L.J.* 421, p. 428. Dans un autre article, elle écrit que le domaine privé est [TRADUCTION] « ce qui est non connu et non observé, alors que le domaine public est ce qui est connu ou observé, ou du moins ce qui peut être connu ou observé du fait de son déroulement dans un lieu public » : R. Gavison, « Feminism and the Public/Private Distinction » (1992), 45 *Stan. L. Rev.* 1, p. 6. Se fondant sur cette définition, la professeure Paton-Simpson a décrit de façon similaire la vie privée en parlant des [TRADUCTION] « limites de “l’accessibilité au regard de ce qui est connu ou observé” » : E. Paton-Simpson, p. 308.

[136] Une caractéristique commune à toutes les définitions précédentes est l’idée que la vie privée repose sur la capacité de maîtriser ce qui est connu ou observé de nous. Il y a atteinte à la vie privée lorsque ce qui est inconnu ou non observé le devient sans

having put this information forward. These perspectives provide a framework inclusive of location as well as personal dignity: they identify an essential privacy interest that a person retains even when in a public place.

[137] While a person would not have a reasonable expectation of privacy in circumstances where they can be observed in passing or at a respectful distance (for example, passing on a sidewalk or conversing in a hallway), they may well have a reasonable expectation that their privacy will not be infringed in the same circumstances by being surreptitiously observed telescopically or at certain angles, *a fortiori* where the image is recorded. Where a person chooses to disrobe in a public place such as a communal change room, they will reasonably expect to be observed in passing. However, that person will still maintain an essential privacy interest that can be infringed by surreptitious observation or recording, with or without the use of technology, which allows more invasive access to the subject's image than would otherwise be possible.

[138] The majority of the Court of Appeal reasoned that in order to give meaning to each word in the provision, the reasonable expectation of privacy must add something to the offence beyond that required by the surreptitiousness element: “[i]f the fact that [a person is] being surreptitiously recorded without their consent for a sexual purpose were enough to give rise to a reasonable expectation of privacy, that would make the privacy requirement redundant”: para 108. This led the Court to conclude that a person will normally not be in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy when they are in public, fully clothed, and not engaged in sexual activity: para 108.

[139] For the reasons I have noted above, the reasonable expectation of privacy element should not be rendered redundant when considering observation or recording in a public place. I agree with the appellant

que la personne concernée n’ait rendu disponible l’information. Ces points de vue proposent un cadre englobant le lieu comme la dignité personnelle : ils reconnaissent un droit fondamental à la vie privée que toute personne conserve même lorsqu’elle se trouve dans un lieu public.

[137] Une personne n’aurait pas d’attente raisonnable de protection en matière de vie privée dans des circonstances où elle peut être observée en passant ou à une saine distance (par exemple, lorsqu’elle marche sur un trottoir ou bavarde dans un corridor), mais elle pourrait raisonnablement s’attendre à ce qu’il ne soit pas porté atteinte à sa vie privée dans les mêmes circonstances par l’observation subreptice télescopique ou sous certains angles, *a fortiori* lorsque l’image est enregistrée. La personne qui choisit de se dévêtir dans un lieu public comme un vestiaire s’attend raisonnablement à être observée par d’autres qui passent par là. Elle conserve néanmoins un droit fondamental à la protection de sa vie privée auquel il peut être porté atteinte par une observation ou un enregistrement subreptice, avec ou sans le recours à la technologie, qui donne un accès plus invasif à son image que celui auquel on aurait pu avoir autrement.

[138] Selon le raisonnement de la majorité de la Cour d’appel, pour donner un sens à chaque mot de la disposition, l’attente raisonnable de protection en matière de vie privée doit ajouter autre chose à l’infraction que l’élément subreptice requis : [TRADUCTION] « [s]’il était suffisant [qu’une personne] fasse subrepticement l’objet d’un enregistrement à des fins sexuelles sans son consentement pour qu’il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée, l’exigence quant au respect de la vie privée serait redondante » : par. 108. Cette conclusion a mené la Cour d’appel à juger qu’une personne ne se trouve pas normalement dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie lorsqu’elle est en public, qu’elle est entièrement vêtue et qu’elle ne se livre pas à une activité sexuelle : par. 108.

[139] Pour les motifs que j’ai exposés ci-dessus, l’attente raisonnable de protection en matière de vie privée ne devrait pas devenir redondante lorsqu’on a affaire à une observation ou à un enregistrement

Crown that while the surreptitiousness of the recording may signal circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy, the two elements remain distinct: A.F., at para. 71. Surreptitiousness relates to the actions of the observer, while the reasonable expectation of privacy pertains to the individual being observed or recorded. The two concepts are related in the sense that one informs the other; but the concepts are distinguishable. For example, one can imagine a person approaching a woman and pointing a camera at her body at close range. This behaviour would be reprehensible, and would invade the woman's reasonable expectation of privacy, but would fail the surreptitiousness requirement in s. 162(1). Similarly, a person in a shopping mall recorded by concealed security cameras cannot be said to have a reasonable expectation of privacy with regard to those images, even though they have been captured surreptitiously.

[140] As raised by the appellant, the surreptitiousness of the observation or recording improperly removes the individual's ability to maintain control over how they are observed (A.F., at para. 8). In addition, while the voyeurism offence targets both observation and recordings, because of its permanence, a recording compounds the denial of the subject's autonomy by giving the voyeur repeated access to the observation. This brings me to my next question.

B. Did This Type of Observation or Recording Infringe the Sexual Integrity of the Subject?

[141] In order to find that a person was in circumstances that gave rise to a reasonable expectation of privacy for the purposes of s. 162(1), the observation or recording must have infringed the sexual integrity of the subject. I agree with the majority of the Court of Appeal for Ontario that it is not contrary to s. 162(1) to surreptitiously observe or record another person where their sexual integrity is not compromised. The offence of voyeurism is limited to visual

dans un lieu public. Je suis d'accord avec le ministère public appelant pour dire que, s'il est vrai que le caractère subreptice d'un enregistrement peut indiquer la présence de circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée, les deux éléments demeurent distincts : m.a., par. 71. Le caractère subreptice a trait aux agissements de la personne qui fait l'observation, alors que l'attente raisonnable relative à la vie privée appartient à l'individu qui fait l'objet de l'observation ou de l'enregistrement. Les deux concepts sont liés, en ce sens que l'un éclaire l'autre, mais il faut les distinguer. Par exemple, on peut imaginer une personne qui s'approche d'une femme et pointe une caméra vers son corps à bout portant. Ce comportement serait répréhensible et frustrerait l'attente raisonnable de la femme au respect de sa vie privée, mais ne satisfait pas à l'exigence du caractère subreptice prévue au par. 162(1). De même, une personne se trouvant dans un centre commercial qui est filmée par des caméras de sécurité cachées ne pourrait pas invoquer une attente raisonnable de protection en matière de vie privée à l'égard de ces images, même si celles-ci ont été obtenues subrepticement.

[140] Comme le fait valoir l'appelante, le caractère subreptice de l'observation ou de l'enregistrement retire abusivement à la personne la faculté de conserver l'emprise sur la façon dont elle est observée (m.a., par. 8). Par ailleurs, bien que l'infraction de voyeurisme vise et l'observation et les enregistrements, un enregistrement, en raison de son caractère permanent, exacerbe la négation de l'autonomie du sujet en donnant au voyeur un accès répété à l'observation, ce qui m'amène à la prochaine question.

B. Ce type d'observation ou d'enregistrement a-t-il porté atteinte à l'intégrité sexuelle du sujet?

[141] La conclusion qu'une personne se trouvait dans des circonstances pour lesquelles il existait une attente raisonnable de protection en matière de vie privée pour l'application du par. 162(1) requiert que l'observation ou l'enregistrement ait porté atteinte à l'intégrité sexuelle du sujet. Je conviens avec la majorité de la Cour d'appel de l'Ontario qu'il n'est pas contraire au par. 162(1) d'observer ou de filmer subrepticement une autre personne lorsque

intrusions that infringe another person's sexual integrity. The inquiry into the impact on sexual integrity is reflective of the object of the provision, and the scheme of sexual offences as a whole.

[142] This Court stated in *Chase* that a sexual assault is an assault “committed in circumstances of a sexual nature, such that the sexual integrity of the victim is violated”: p. 302. A similar approach should be adopted when assessing whether the impugned observation or recording infringes the complainant's sexual integrity in the context of the voyeurism offence. Whether the observation or recording was sexual in nature such that it infringes the sexual integrity of the subject should be decided on an objective standard, and considered in light of all the circumstances. While the intent of the perpetrator may be relevant in determining whether the observation or recording was sexual in nature, it is not determinative: *Chase*, at p. 302.

[143] Viewing the infringement of sexual integrity under the test set out in *Chase* ensures that the “reasonable expectation of privacy” analysis is not conflated with the sexual purpose inquiry under s. 162(1)(c). It is important to keep these inquiries distinct. One can imagine a surreptitious observation or recording that violates the sexual integrity of the subject, but is done for another purpose, for example, nude photographs taken for the purpose of blackmail. Absent a sexual purpose, this behaviour would not be caught under s. 162(1)(c), though depending on the circumstances, the behaviour may fall under s. 162(1)(a) or (b), or be caught by a different provision of the *Criminal Code*.

[144] By contrast, when observations or recordings are done in public and the subject is neither nude, nor exposing intimate body parts, nor engaged in sexual activity, Parliament limited criminal conduct to circumstances where the observations or recordings are for a sexual purpose under para. (c). I agree with the majority of the Court of Appeal that “sexual

l'intégrité sexuelle de celle-ci n'est pas compromise. L'infraction de voyeurisme vise uniquement les atteintes visuelles à l'intégrité sexuelle d'une autre personne. L'examen de l'incidence sur l'intégrité sexuelle reflète l'objet de la disposition et de l'ensemble du régime des infractions sexuelles.

[142] Notre Cour a affirmé dans *Chase* qu'une agression sexuelle est une agression qui est « commise dans des circonstances de nature sexuelle, de manière à porter atteinte à l'intégrité sexuelle de la victime » : p. 302. Il convient d'adopter une approche semblable pour juger si l'observation ou l'enregistrement reproché porte atteinte à l'intégrité sexuelle du plaignant dans le contexte de l'infraction de voyeurisme. Le point de savoir si l'observation ou l'enregistrement était de nature sexuelle et portait de ce fait atteinte à l'intégrité sexuelle du sujet doit être tranché en fonction d'une norme objective et examiné à la lumière de toutes les circonstances. L'intention de l'auteur peut être pertinente lorsqu'il s'agit de décider si l'observation ou l'enregistrement était de nature sexuelle, mais elle n'est pas déterminante : *Chase*, p. 302.

[143] En considérant l'atteinte à l'intégrité sexuelle en fonction du critère énoncé dans *Chase*, on évite que l'analyse de l'« attente raisonnable de protection en matière de vie privée » soit confondue avec l'examen du but sexuel au regard de l'al. 162(1)c). Il importe de garder ces analyses distinctes. On peut penser à une observation ou à un enregistrement subreptice qui porte atteinte à l'intégrité sexuelle du sujet, mais qui est fait dans un autre but, comme des photographies d'une personne nue prises aux fins de chantage. Faute d'un but sexuel, cette conduite ne relèverait pas de l'al. 162(1)c), même si, selon les circonstances, elle peut tomber sous le coup de l'al. 162(1)a) ou b), ou encore être visée par une autre disposition du *Code criminel*.

[144] À l'inverse, lorsque les observations ou les enregistrements sont faits en public et que le sujet n'est pas nu, n'expose pas les parties intimes de son corps ni ne se livre à une activité sexuelle, le législateur a limité, à l'al. c), la conduite criminelle aux circonstances où les observations ou les enregistrements sont faits dans un but sexuel. Comme

purpose” in the context of the voyeurism offence must be determined objectively, “based on all of the circumstances”: para. 45. Interpreting the phrase “sexual purpose” in the context of child pornography, Chief Justice McLachlin held the proper inquiry should be objective: “The [objective approach] applies to the phrase ‘for a sexual purpose’, which I would interpret in the sense of reasonably perceived as intended to cause sexual stimulation to some viewers”: *R. v. Sharpe*, at para. 50 (emphasis added).

[145] Adapted to the context of voyeurism, the question is properly framed as follows: is the subject of the observation or recording reasonably perceived as intended to cause sexual stimulation in the observer? As pointed out by the majority of the Court of Appeal, an interpretation of sexual purpose that includes sexual gratification is consistent with the interpretation of the same phrase in other sections of the *Criminal Code*; see, e.g., *R. v. Morrissey*, 2011 ABCA 150, at para. 21 (CanLII) (sexual interference, s. 151); *R. v. Colley*, 2009 BCCA 289, 273 B.C.A.C. 107, at paras. 12 and 15, leave to appeal refused, [2009] 3 S.C.R. v, (invitation to sexual touching, s. 152); and *R. v. M.B.*, 2014 QCCA 1643, at paras. 22-24 (CanLII) (sexual interference, s. 151; sexual exploitation, s. 153). If the answer to this objective inquiry is “yes”, then the observation or recording was done for a sexual purpose. As noted above, the “sexual purpose” inquiry under para. (c) is distinct from the determination of a violation of sexual integrity under the reasonable expectation of privacy analysis.

IV. Application

[146] The students had a reasonable expectation of privacy regarding how their bodies would be observed in the classrooms and hallways of their school. The visual information — the proximity and angles of how the students’ bodies were observed — was subject to the students’ limitation and control. The technology used by Mr. Jarvis allowed him to take

la majorité de la Cour d’appel, je suis d’avis que le « but sexuel » dans le contexte de l’infraction de voyeurisme doit être déterminé de façon objective [TRADUCTION] « compte tenu de toutes les circonstances » : par. 45. Interprétant l’expression « but sexuel » dans le contexte de la pornographie juvénile, la juge en chef McLachlin a dit que l’analyse doit se faire de façon objective : « [L’approche objective s’applique à] l’expression “dans un but sexuel”, qui s’entend selon moi de ce qui est raisonnablement perçu comme visant à stimuler sexuellement certaines personnes » : *R. c. Sharpe*, par. 50 (je souligne).

[145] Dans le contexte du voyeurisme, on peut à juste titre formuler la question comme suit : l’objet de l’observation ou de l’enregistrement est-il raisonnablement perçu comme visant à stimuler sexuellement l’observateur? Comme l’a souligné la majorité de la Cour d’appel, considérer que le but sexuel englobe la gratification sexuelle est compatible avec l’interprétation de la même expression dans d’autres articles du *Code criminel*; voir p. ex., *R. c. Morrissey*, 2011 ABCA 150, par. 21 (CanLII) (contacts sexuels, art. 151); *R. c. Colley*, 2009 BCCA 289, 273 B.C.A.C. 107, par. 12 et 15, autorisation d’appel refusée, [2009] 3 R.C.S. v (incitation à des contacts sexuels, art. 152); et *R. c. M.B.*, 2014 QCCA 1643, par. 22-24 (CanLII) (contacts sexuels, art. 151; exploitation sexuelle, art. 153). Si, au terme de cette analyse objective, la réponse est « oui », l’observation ou l’enregistrement a été fait dans un but sexuel. Comme je l’ai mentionné précédemment, l’examen du « but sexuel » au sens de l’al. c) se distingue de la détermination d’une atteinte à l’intégrité sexuelle au regard de l’analyse de l’attente raisonnable de protection en matière de vie privée.

IV. Application

[146] Les élèves avaient une attente raisonnable de protection en matière de vie privée en ce qui concerne la façon dont leur corps serait observé dans les salles de classe et les corridors de leur école. Elles limitaient les renseignements visuels les concernant, comme la distance à laquelle leurs corps étaient observés, et sous quels angles, et exerçaient un contrôle

videos of the clothed breasts and cleavage of his students — for extended periods of time — at angles and in a proximity that went beyond the access that the students allowed in this setting, thus infringing their autonomy.

[147] The recordings were objectively sexual in nature. The focus of the recordings was on the young women’s intimate body parts, taken at close range. In addition, while not determinative of a violation of sexual integrity, it is no longer in dispute that the recordings were made for a sexual purpose. The combination of these factors leads me to conclude that by surreptitiously recording images of their breasts, Mr. Jarvis infringed the sexual integrity of the students.

[148] Had Mr. Jarvis placed himself in the position of the pen-camera and simply observed the students, they would undoubtedly have recoiled. It was reasonable in the circumstances for the students to expect not to be observed and recorded in the way that they were. Accordingly, the Crown has discharged its burden on this, the only contested element of the offence before this Court. A conviction should be entered and the matter should be remitted for sentencing.

Appeal allowed.

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

Solicitors for the respondent: Ursel Phillips Fellows Hopkinson, Toronto; Ryder Wright Blair & Holmes, Toronto.

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

Solicitor for the intervener Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic: University of Ottawa, Ottawa.

sur ces renseignements. La technologie à laquelle a recouru M. Jarvis lui permettait de faire de longues vidéos des seins couverts et des décolletés de ses élèves dans des angles et avec une proximité qui allaient au-delà de ce qu’auraient autorisé les élèves dans cet environnement, portant ainsi atteinte à leur autonomie.

[147] Les enregistrements étaient objectivement de nature sexuelle et mettaient à l’avant-plan, à bout portant, les parties intimes des jeunes femmes. De plus, il est maintenant admis que les enregistrements ont été faits dans un but sexuel, bien que cela ne soit pas déterminant en ce qui concerne l’atteinte à l’intégrité sexuelle. La combinaison de ces facteurs m’amène à conclure qu’en enregistrant subrepticement des images des seins des élèves, M. Jarvis a porté atteinte à leur intégrité sexuelle.

[148] Si M. Jarvis s’était lui-même placé à l’endroit où se trouvait le stylo caméra pour observer simplement les élèves, elles auraient sans doute reculé. Il était raisonnable dans les circonstances que les élèves s’attendent à ne pas être observées et filmées de la façon dont elles l’ont été. Par conséquent, le ministère public s’est acquitté de son fardeau à cet égard, soit du seul élément de l’infraction qui était en litige devant notre Cour. Une déclaration de culpabilité devrait être prononcée, et l’affaire renvoyée pour détermination de la peine.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l’appelante : Procureure générale de l’Ontario, Toronto.

Procureurs de l’intimé : Ursel Phillips Fellows Hopkinson, Toronto; Ryder Wright Blair & Holmes, Toronto.

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

Procureur de l’intervenante la Clinique d’intérêt public et de politique d’internet du Canada Samuelson-Glushko : Université d’Ottawa, Ottawa.

Solicitor for the intervener Privacy Commissioner of Canada: Office of the Privacy Commissioner of Canada, Gatineau.

Procureur de l'intervenant le Commissaire à la protection de la vie privée du Canada : Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, Gatineau.

Solicitors for the intervener Canadian Civil Liberties Association: Lax O'Sullivan Lisus Gottlieb, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Lax O'Sullivan Lisus Gottlieb, Toronto.

Solicitors for the intervener Ontario College of Teachers: McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs de l'intervenant l'Ordre des enseignantes et des enseignants de l'Ontario : McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitor for the intervener Information and Privacy Commissioner of Ontario: Information and Privacy Commissioner of Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario : Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener Women's Legal Education and Action Fund Inc.: Women's Legal Education and Action Fund Inc., Toronto.

Procureur de l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridique pour les femmes inc : Fonds d'action et d'éducation juridique pour les femmes inc., Toronto.

Solicitors for the intervener Criminal Lawyers' Association (Ontario): Henein Hutchison, Toronto; Markson Law Professional Corporation, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Henein Hutchison, Toronto; Markson Law Professional Corporation, Toronto.

Nelson Silva Demedeiros *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. DEMEDEIROS

2019 SCC 11

File No.: 38269.

2019: February 14.

Present: Moldaver, Gascon, Brown, Rowe and Martin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Unreasonable verdict — Evidence — Assessment — Accused appealing convictions for sexual assault with weapon and unlawful confinement — Court of Appeal dismissing appeal — Deference owed to trial judge's credibility assessment — Verdict not unreasonable — Convictions upheld.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Berger, Costigan and Slatter JJ.A.), 2018 ABCA 241, 364 C.C.C. (3d) 271, 74 Alta. L.R. (6th) 1, 431 D.L.R. (4th) 650, [2018] 10 W.W.R. 293, [2018] A.J. No. 831 (QL), 2018 CarswellAlta 1313 (WL Can.), affirming the convictions entered by MacDonald Prov. Ct. J., 2016 ABPC 129, [2016] A.J. No. 983 (QL), 2016 CarswellAlta 1833 (WL Can.). Appeal dismissed.

Heather Ferg and Karen B. Molle, for the appellant.

Troy Couillard, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] MOLDAVER J. — We would dismiss the appeal, substantially for the reasons of the majority of the Court of Appeal.

Nelson Silva Demedeiros *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. DEMEDEIROS

2019 CSC 11

N° du greffe : 38269.

2019 : 14 février.

Présents : Les juges Moldaver, Gascon, Brown, Rowe et Martin.

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

Droit criminel — Verdict déraisonnable — Preuve — Appréciation — Appel formé par l'accusé à l'encontre des déclarations de culpabilité prononcées contre lui pour agression sexuelle armée et séquestration illégale — Appel rejeté par la Cour d'appel — Déférence due à l'égard de l'appréciation de la crédibilité effectuée par le juge du procès — Verdict non déraisonnable — Déclarations de culpabilité confirmées.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Berger, Costigan et Slatter), 2018 ABCA 241, 364 C.C.C. (3d) 271, 74 Alta. L.R. (6th) 1, 431 D.L.R. (4th) 650, [2018] 10 W.W.R. 293, [2018] A.J. No. 831 (QL), 2018 CarswellAlta 1313 (WL Can.), qui a confirmé les déclarations de culpabilité inscrites par le juge MacDonald, 2016 ABPC 129, [2016] A.J. No. 893 (QL), 2016 CarswellAlta 1833 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

Heather Ferg et Karen B. Molle, pour l'appelant.

Troy Couillard, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LE JUGE MOLDAVER — Nous sommes d'avis de rejeter l'appel, essentiellement pour les motifs énoncés par les juges majoritaires de la Cour d'appel.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: McKay Criminal Defence, Calgary; Karen Molle Law Office, Calgary.

Solicitor for the respondent: Alberta Department of Justice, Edmonton.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant : McKay Criminal Defence, Calgary; Karen Molle Law Office, Calgary.

Procureur de l'intimée : Alberta Department of Justice, Edmonton.

Devante George-Nurse *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Criminal Lawyers' Association *Intervener*

INDEXED AS: R. v. GEORGE-NURSE

2019 SCC 12

File No.: 38217.

2019: February 15.

Present: Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté and Rowe JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Appeals — Unreasonable verdict — Circumstantial evidence — Accused not testifying at trial and convicted by jury — Evidence at trial establishing strong case to answer — Court of Appeal entitled to consider accused's silence in assessing reasonableness of verdicts as indicative of absence of exculpatory explanation or innocent inference — Trial judge's instructions to jury clear that accused's silence could not be used against him — Convictions upheld.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Noble*, [1997] 1 S.C.R. 874.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (MacPherson, Hourigan and Miller JJ.A.), 2018 ONCA 515, 362 C.C.C. (3d) 76, 47 C.R. (7th) 175, [2018] O.J. No. 3013 (QL), 2018 CarswellOnt 8833 (WL Can.), affirming the convictions of the accused for intentionally discharging a firearm while being reckless as to the life or safety of another person and occupying a motor vehicle while knowing there was a firearm in the vehicle. Appeal dismissed.

Devante George-Nurse *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Criminal Lawyers' Association *Intervenante*

RÉPERTORIÉ : R. c. GEORGE-NURSE

2019 CSC 12

N° du greffe : 38217.

2019 : 15 février.

Présents : Les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté et Rowe.

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

Droit criminel — Appels — Verdict déraisonnable — Preuve circonstancielle — Accusé n'ayant pas témoigné lors de son procès déclaré coupable par le jury — Présentation au procès d'une preuve établissant une cause solide à réfuter — Cour d'appel autorisée lors de l'appréciation du caractère raisonnable des verdicts à considérer que le silence de l'accusé est indicatif de l'absence d'explication disculpatoire ou d'inférence favorable à la thèse de l'innocence — Formulation au jury par le juge du procès de directives indiquant clairement que le silence de l'accusé ne pouvait être invoqué contre lui — Déclarations de culpabilité confirmées.

Jurisprudence

Arrêt mentionné : *R. c. Noble*, [1997] 1 R.C.S. 874.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges MacPherson, Hourigan et Miller), 2018 ONCA 515, 362 C.C.C. (3d) 76, 47 C.R. (7th) 175, [2018] O.J. No. 3013 (QL), 2018 CarswellOnt 8833 (WL Can.), qui a confirmé les déclarations de culpabilité prononcées contre l'accusé pour avoir déchargé intentionnellement une arme à feu sans se soucier de la vie ou de la sécurité d'autrui et pour avoir occupé un véhicule automobile tout en sachant qu'une arme à feu se trouvait dans celui-ci. Pourvoi rejeté.

Brian Snell, for the appellant.

Leslie Paine, for the respondent.

Michael Dineen, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] MOLDAVER J. — We agree with the majority of the Court of Appeal that the circumstantial evidence presented against the appellant established a strong case to answer. In the words of the majority, which we accept, this was the “paradigm of a case to meet, far removed from ‘no case to answer’”: para. 34.

[2] That being so, it was open to the court on appeal to consider the appellant’s silence in assessing and ultimately rejecting his unreasonable verdict argument: see *R. v. Noble*, [1997] 1 S.C.R. 874, at para. 103.

[3] In so concluding, we note that the trial judge made it clear to the jury, on numerous occasions, that it could not consider the appellant’s failure to testify as a makeweight for the Crown’s case. In this regard, we do not endorse paras. 32 and 36 of the majority’s reasons, to the extent they may be taken as suggesting otherwise.

[4] In the result, we would dismiss the appeal.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Brian Snell, Toronto.

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

Solicitor for the intervener: Michael Dineen, Toronto.

Brian Snell, pour l’appelant.

Leslie Paine, pour l’intimée.

Michael Dineen, pour l’intervenante.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LE JUGE MOLDAVER — Nous sommes d’accord avec les juges majoritaires de la Cour d’appel pour dire que la preuve circonstancielle présentée contre l’appelant le plaçait dans la position de devoir réfuter une cause fort bien étayée. Selon les motifs des juges majoritaires, auxquels nous souscrivons, il s’agissait d’un [TRADUCTION] « paradigme de preuve complète, très différent du cas où il n’y a “pas de preuve à réfuter” » : par. 34.

[2] Cela étant, la cour était autorisée en appel à tenir compte du silence de l’appelant lorsqu’elle a examiné sa prétention selon laquelle le verdict était déraisonnable et lorsqu’elle l’a ultimement rejetée : voir *R. c. Noble*, [1997] 1 R.C.S. 874, par. 103.

[3] En concluant de la sorte, nous notons que le juge de première instance a clairement indiqué au jury, à de nombreuses reprises, qu’il ne pouvait considérer le défaut de l’appelant de témoigner comme un facteur complétant la preuve de la Couronne. À cet égard, nous n’approuvons pas les par. 32 et 36 des motifs des juges majoritaires, dans la mesure où ils peuvent être interprétés comme suggérant le contraire.

[4] En conséquence, nous sommes d’avis de rejeter l’appel.

Jugement en conséquence.

Procureur de l’appelant : Brian Snell, Toronto.

Procureur de l’intimée : Procureure générale de l’Ontario, Toronto.

Procureur de l’intervenante : Michael Dineen, Toronto.

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