



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 3, 2019 Vol. 2

3^e cahier, 2019 Vol. 2

Cited as [2019] 2 S.C.R. 579-829

Renvoi [2019] 2 R.C.S. 579-829

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 / Arrêviste en chef
GENEVIÈVE 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 SUZANNE AUDET
CATHERINE BALOGH SHUNGHYO KIM

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. Barton 579

Criminal law — Evidence — Admissibility — Complainant's sexual activity — Accused charged with first degree murder in death of Indigenous sex worker — Accused testifying at trial about previous sexual activity with deceased without having applied to adduce such evidence — Evidence going to jury without detailed limiting instruction — Accused acquitted — Whether trial judge erred in failing to determine whether evidence of prior sexual activity was admissible — If so, whether new trial warranted — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 276.

Criminal law — Charge to jury — Mistaken belief in communicated consent — Accused charged with first degree murder in death of Indigenous sex worker — Crown alternatively submitting that accused committed unlawful act manslaughter by causing deceased's death in course of sexual assault — Accused relying on defence of honest but mistaken belief in communicated consent — Trial judge submitting defence to jury — Accused acquitted — Whether trial judge erred in his charge to jury in failing to caution jury on mistakes of law related to defence — If so, whether new trial warranted.

R. v. Le 692

Constitutional law — Charter of Rights — Arbitrary detention — Remedy — Exclusion of evidence — Police entering private backyard where five young men were gathered without warrant or consent — Police questioning men and requesting documentary proof of identities — Accused fleeing backyard and caught in possession of firearm, drugs and cash — Whether encounter between police and accused infringed accused's right to be free from arbitrary detention — If so, whether admission of evidence would bring administration of justice into disrepute warranting its exclusion — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 9, 24(2).

SOMMAIRE

R. c. Barton 579

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Activité sexuelle du plaignant — Accusé inculpé du meurtre au premier degré d'une travailleuse du sexe autochtone — Accusé témoignant au procès à propos d'une activité sexuelle antérieure avec la défunte sans avoir demandé l'autorisation de présenter ce témoignage — Témoignage laissé à l'appréciation du jury sans directive restrictive détaillée — Accusé acquitté — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en ne décidant pas si la preuve de l'activité sexuelle antérieure était admissible? — Dans l'affirmative, la tenue d'un nouveau procès est-elle justifiée? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 276.

Droit criminel — Exposé au jury — Croyance erronée au consentement communiqué — Accusé inculpé du meurtre au premier degré d'une travailleuse du sexe autochtone — Argument subsidiaire du ministère public selon lequel l'accusé a commis un homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal en causant la mort de la défunte au cours d'une agression sexuelle — Accusé invoquant la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué — Défense soumise au jury par le juge du procès — Accusé acquitté — Le juge du procès a-t-il fait erreur dans son exposé au jury en ne mettant pas en garde celui-ci sur les erreurs de droit lié au moyen de défense? — Dans l'affirmative, la tenue d'un nouveau procès est-elle justifiée?

R. c. Le 692

Droit constitutionnel — Charte des droits — Détention arbitraire — Réparation — Exclusion d'éléments de preuve — Introduction de policiers non munis d'un mandat et n'ayant pas obtenu de consentement dans une cour arrière privée où se trouvent cinq jeunes hommes — Policiers interrogeant ceux-ci et les invitant à présenter des pièces d'identité — Accusé prenant la fuite, et trouvé en possession d'une arme à feu, de drogues et d'argent comptant — Le contact entre les policiers et l'accusé a-t-il porté atteinte au droit de celui-ci à la protection contre la détention arbitraire? — Dans l'affirmative, l'utilisation des éléments de preuve obtenus est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, justifiant ainsi leur exclusion? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 9, 24(2).

Bradley David Barton *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Attorney General of Canada,
Attorney General of Ontario,
Director of Criminal and Penal Prosecutions,
Attorney General of Manitoba,
Vancouver Rape Relief Society,
La Concertation des luttes contre
l'exploitation sexuelle,
AWCEP Asian Women for Equality Society,
Aboriginal Women's Action Network,
Formerly Exploited Voices Now Educating,
Centre to End All Sexual Exploitation,
Assembly of First Nations, Ad Idem /
Canadian Media Lawyers Association,
Women of the Métis Nation /
Les Femmes Michif Otipemisiwak,
National Inquiry into Missing and Murdered
Indigenous Women and Girls,
Independent Criminal Defence Advocacy
Society, Criminal Lawyers' Association
of Ontario, Institute for the Advancement
of Aboriginal Women, Women's Legal
Education and Action Fund Inc.,
David Asper Centre for Constitutional Rights,
Aboriginal Legal Services and Criminal Trial
Lawyers' Association (Alberta)** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. BARTON

2019 SCC 33

File No.: 37769.

2018: October 11; 2019: May 24.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver,
Karakatsanis, Côté, Brown and Rowe JJ.

Bradley David Barton *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Procureur général du Canada,
procureure générale de l'Ontario,
directeur des poursuites criminelles et
pénales, procureur général du Manitoba,
Vancouver Rape Relief Society,
La Concertation des luttes contre
l'exploitation sexuelle,
AWCEP Asian Women for Equality Society,
Aboriginal Women's Action Network,
Formerly Exploited Voices Now Educating,
Centre to End All Sexual Exploitation,
Assemblée des Premières Nations, Ad Idem /
Canadian Media Lawyers Association,
Women of the Métis Nation / Les Femmes
Michif Otipemisiwak,
Enquête nationale sur les femmes et les
filles autochtones disparues et assassinées,
Independent Criminal Defence Advocacy
Society, Criminal Lawyers' Association
of Ontario, Institute for the Advancement
of Aboriginal Women, Fonds d'action et
d'éducation juridiques pour les femmes, inc.,
David Asper Centre for Constitutional
Rights, Aboriginal Legal Services et
Criminal Trial Lawyers' Association
(Alberta)** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. BARTON

2019 CSC 33

N° du greffe : 37769.

2018 : 11 octobre; 2019 : 24 mai.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Evidence — Admissibility — Complainant's sexual activity — Accused charged with first degree murder in death of Indigenous sex worker — Accused testifying at trial about previous sexual activity with deceased without having applied to adduce such evidence — Evidence going to jury without detailed limiting instruction — Accused acquitted — Whether trial judge erred in failing to determine whether evidence of prior sexual activity was admissible — If so, whether new trial warranted — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 276.

Criminal law — Charge to jury — Mistaken belief in communicated consent — Accused charged with first degree murder in death of Indigenous sex worker — Crown alternatively submitting that accused committed unlawful act manslaughter by causing deceased's death in course of sexual assault — Accused relying on defence of honest but mistaken belief in communicated consent — Trial judge submitting defence to jury — Accused acquitted — Whether trial judge erred in his charge to jury in failing to caution jury on mistakes of law related to defence — If so, whether new trial warranted.

The accused was charged with first degree murder in the death of an Indigenous woman and sex worker, who was found dead in the bathroom of the accused's hotel room. The cause of death was determined to be loss of blood due to an 11 cm wound in her vaginal wall. The Crown's theory was that during the course of commercial sexual activities while the deceased was incapacitated by alcohol, the accused cut the inside of her vagina with a sharp object with intent to seriously harm or kill her. Alternatively, the Crown took the position that if the accused did not murder the deceased, he committed the lesser and included offence of unlawful act manslaughter, by causing her death in the course of a sexual assault. The accused, however, maintained his innocence. He testified that he and the deceased engaged in similar consensual sexual activity on both the night leading up to her death and the previous night, and that on both occasions, he penetrated her vagina with his fingers and thrust repeatedly. He claimed that she started to bleed unexpectedly on the second night, bringing the sexual activity to a halt, and he awoke the next morning to find her dead in the bathtub. He then left the hotel in a panic, returned, called 911, and

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

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Activité sexuelle du plaignant — Accusé inculpé du meurtre au premier degré d'une travailleuse du sexe autochtone — Accusé témoignant au procès à propos d'une activité sexuelle antérieure avec la défunte sans avoir demandé l'autorisation de présenter ce témoignage — Témoignage laissé à l'appréciation du jury sans directive restrictive détaillée — Accusé acquitté — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en ne décidant pas si la preuve de l'activité sexuelle antérieure était admissible? — Dans l'affirmative, la tenue d'un nouveau procès est-elle justifiée? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 276.

Droit criminel — Exposé au jury — Croyance erronée au consentement communiqué — Accusé inculpé du meurtre au premier degré d'une travailleuse du sexe autochtone — Argument subsidiaire du ministère public selon lequel l'accusé a commis un homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal en causant la mort de la défunte au cours d'une agression sexuelle — Accusé invoquant la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué — Défense soumise au jury par le juge du procès — Accusé acquitté — Le juge du procès a-t-il fait erreur dans son exposé au jury en ne mettant pas en garde celui-ci sur les erreurs de droit lié au moyen de défense? — Dans l'affirmative, la tenue d'un nouveau procès est-elle justifiée?

L'accusé a été inculpé du meurtre au premier degré d'une femme autochtone et travailleuse du sexe, qui a été retrouvée sans vie dans la salle de bain de la chambre d'hôtel réservée par l'accusé. Le décès a été attribué à l'hémorragie causée par une déchirure de 11 cm de la paroi vaginale de la défunte. Le ministère public a avancé la thèse selon laquelle, pendant des activités sexuelles de nature commerciale alors que les facultés de la défunte étaient affaiblies par l'alcool, l'accusé lui a fait une incision à l'intérieur du vagin au moyen d'un objet tranchant dans l'intention de lui causer des blessures graves ou de la tuer. Subsidiairement, le ministère public a fait valoir que, si l'accusé n'avait pas assassiné la défunte, il avait alors commis l'infraction moindre et incluse d'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal pour avoir causé la mort de la défunte au cours d'une agression sexuelle. L'accusé a toutefois plaidé son innocence. Il a déclaré que la nuit précédant son décès et la nuit avant ça, ils s'étaient livrés à une activité sexuelle consensuelle similaire. Lors des deux occasions, il a inséré ses doigts dans le vagin de la défunte, en effectuant maintes fois un mouvement

fabricated different versions of a false story. Although he admitted that he caused her death, he claimed that it was a non-culpable accident. He denied using a sharp object and asserted that the deceased consented to the sexual activities in question — or at least he honestly believed that she did.

In its opening address to the jury, the Crown referred to the deceased as a prostitute and explained that she and the accused struck up a working relationship on the night before her death. In addition, without having submitted an application under ss. 276.1(1) and 276.1(2) of the *Criminal Code* to adduce evidence of the deceased's prior sexual activity, the accused testified at length about his previous sexual activity with the deceased. The Crown did not object, nor did the trial judge order a separate hearing to consider the admissibility and permissible uses of this evidence. The jury acquitted the accused. The Court of Appeal allowed the Crown's appeal, set aside the accused's acquittal, and ordered a new trial on first degree murder.

Held (Wagner C.J. and Abella and Karakatsanis JJ. dissenting in part): The appeal should be allowed in part and a new trial on unlawful act manslaughter ordered.

Per Moldaver, Côté, Brown and Rowe JJ.: The trial judge erred in failing to comply with the mandatory requirements set out in s. 276 of the *Criminal Code*. That error had ripple effects, most acutely in the instructions on the defence of honest but mistaken belief in communicated consent, upon which the accused relied. In particular, non-compliance with the s. 276 regime translated into a failure to expose and properly address misleading evidence and mistakes of law arising from the accused's defence. This resulted in a reversible error warranting a new trial. However, the new trial should be restricted to the offence of unlawful act manslaughter, as it has not been demonstrated that the acquittal on murder was tainted by reversible error.

de va-et-vient. Il a affirmé que, la deuxième nuit, elle a commencé à saigner de manière inattendue, ce qui a mis fin aux rapports sexuels, et il s'est réveillé le lendemain matin et l'a retrouvée morte dans la baignoire. Il a ensuite quitté la chambre d'hôtel pris de panique, y est retourné, a composé le 911 et a inventé différentes versions d'un récit fictif. Bien qu'il ait admis avoir causé la mort de la défunte, l'accusé a dit qu'il s'agissait d'un accident non coupable. Il a nié avoir utilisé un objet tranchant et a déclaré que la défunte avait consenti aux activités sexuelles en question ou, à tout le moins, qu'il croyait sincèrement que tel était le cas.

Dans son exposé introductif au jury, le ministère public a qualifié la défunte de prostituée, expliquant qu'elle avait établi avec l'accusé des rapports lucratifs la nuit précédant son décès. En outre, sans présenter de demande au titre des par. 276.1(1) et (2) du *Code criminel* pour produire une preuve de l'activité sexuelle antérieure de la défunte, l'accusé a longuement témoigné de l'activité sexuelle à laquelle il s'était livré en compagnie de la défunte. Le ministère public ne s'y est pas opposé. Le juge du procès n'a pas non plus ordonné la tenue d'une audition distincte sur l'admissibilité de cette preuve et sur l'utilisation qui pouvait en être faite. Le jury a acquitté l'accusé. La Cour d'appel a accueilli l'appel du ministère public, annulé l'acquittement de l'accusé et ordonné la tenue d'un nouveau procès pour meurtre au premier degré.

Arrêt (le juge en chef Wagner et les juges Abella et Karakatsanis sont dissidents en partie) : Le pourvoi est accueilli en partie. La tenue d'un nouveau procès pour homicide involontaire coupable est ordonnée.

Les juges Moldaver, Côté, Brown et Rowe : Le juge du procès a fait erreur en ne se conformant pas aux conditions impératives de l'art. 276 du *Code criminel*. L'erreur en question a eu un effet d'entraînement, surtout quant aux directives données sur la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué, que l'accusé avait invoquée. Plus précisément, le non-respect du régime de l'art. 276 a entraîné le défaut d'exposer et de prendre correctement en compte les éléments de preuve trompeurs et les erreurs de droit découlant du moyen de défense invoqué par l'accusé. Cela a donné lieu à une erreur justifiant l'infirmité du verdict et la tenue d'un nouveau procès. Cependant, le nouveau procès devrait porter uniquement sur l'infraction d'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal, car il n'a pas été démontré que l'acquittement pour meurtre était entaché d'une erreur justifiant son infirmité.

A. *Section 276 and Prior Sexual Activity Evidence*

Section 276 of the *Criminal Code* governs the admissibility of evidence about a complainant's prior sexual activities and the uses to which that evidence may be put. The animating purposes behind the s. 276 regime are to protect the integrity of the trial by excluding irrelevant and misleading evidence, protect the accused's right to a fair trial, and encourage the reporting of sexual offences by protecting the security and privacy of complainants. Section 276(1) provides that in proceedings in respect of certain listed offences, evidence of a complainant's prior sexual activity is not admissible to support an inference that, by reason of the sexual nature of that activity, the complainant is more likely to have consented to the sexual activity in question or is less worthy of belief. This section is categorical in nature and applies irrespective of which party led the evidence. Section 276(2) provides that evidence of the complainant's prior sexual activity adduced by or on behalf of the accused is presumptively inadmissible unless, after certain procedures have been followed, the trial judge rules to the contrary. The s. 276 regime applies to any proceeding in which an offence listed in s. 276(1) has some connection to the offence charged, even if no listed offence was particularized in the charging document. Crown-led prior sexual activity evidence is subject to the common law principles articulated in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577.

B. *Defence of Honest but Mistaken Belief in Communicated Consent*

An accused may respond to a charge of sexual assault by relying on the defence of honest but mistaken belief in communicated consent. Consent is defined in s. 273.1(1) of the *Criminal Code* as the voluntary agreement of the complainant to engage in the sexual activity in question. For purposes of the *actus reus*, consent means that the complainant in her mind wanted the sexual touching to take place. At this stage, the focus is placed squarely on the complainant's state of mind, and the accused's perception of that state of mind is irrelevant. For purposes of the *mens rea*, and specifically for the purposes of the defence of honest but mistaken belief in communicated consent, consent means that the complainant had affirmatively communicated by words or conduct her agreement to engage in the sexual activity with the accused. Hence, the focus at this stage shifts to the mental state of the accused, and the question becomes whether the accused honestly

A. *L'article 276 et la preuve concernant le comportement sexuel antérieur*

L'article 276 du *Code criminel* régit l'admissibilité de la preuve concernant le comportement sexuel antérieur du plaignant et l'utilisation qui peut en être faite. Les objectifs qui animent le régime de l'art. 276 visent à protéger l'intégrité du procès en écartant la preuve non pertinente et trompeuse, à garantir le droit de l'accusé à un procès équitable et à encourager la dénonciation des infractions d'ordre sexuel en protégeant la sécurité et la vie privée des plaignants. Le paragraphe 276(1) prévoit que, dans les poursuites pour certaines infractions énumérées, la preuve de ce que le plaignant a eu une activité sexuelle est inadmissible pour permettre de déduire du caractère sexuel de cette activité qu'il est soit plus susceptible d'avoir consenti à l'activité à l'origine de l'accusation, soit moins digne de foi. Ce paragraphe est catégorique de par sa nature et s'applique indépendamment de la partie qui présente la preuve. Le paragraphe 276(2) dispose que la preuve concernant le comportement sexuel antérieur du plaignant présentée par l'accusé ou son représentant est présumée inadmissible sauf si, au terme de certaines procédures, le juge du procès décide le contraire. Le régime de l'art. 276 s'applique à toute poursuite où il existe un lien entre l'infraction reprochée et une infraction énumérée au par. 276(1), même si le document d'inculpation n'en fait aucunement mention. La preuve présentée par le ministère public concernant le comportement sexuel antérieur est assujettie aux principes de common law énoncés dans l'arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577.

B. *La défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué*

L'accusé peut invoquer la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué à sa défense contre une accusation d'agression sexuelle. Le consentement est défini au par. 273.1(1) du *Code criminel* comme l'accord volontaire du plaignant à l'activité sexuelle. Pour les besoins de l'*actus reus*, la notion de consentement signifie que dans son esprit, la plaignante souhaitait que les attouchements sexuels aient lieu. À ce stade, l'accent est mis sans détour sur l'état d'esprit de la plaignante, alors que la perception que l'accusé avait de cet état d'esprit n'entre pas en jeu. Pour les besoins de la *mens rea*, particulièrement pour l'application de la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué, la notion de consentement signifie que la plaignante avait, par ses paroles ou son comportement, manifesté son accord à l'activité sexuelle avec l'accusé. Par conséquent, l'analyse porte à cette étape sur l'état d'esprit de l'accusé; la question est alors de savoir si l'accusé croyait sincèrement

believed the complainant effectively said “yes” through her words and actions.

While the jurisprudence has consistently referred to the relevant defence as being premised on an honest but mistaken belief in consent, it is clear that in order to make out this defence, the accused must have an honest but mistaken belief that the complainant actually communicated consent, whether by words or conduct. It is therefore appropriate to refine the judicial lexicon and refer to the defence more accurately as an “honest but mistaken belief in *communicated* consent”. This refinement is intended to focus all justice system participants on the crucial question of communication of consent and avoid inadvertently straying into the forbidden territory of assumed or implied consent. In seeking to rely on the complainant’s prior sexual activities in support of a defence of honest but mistaken belief in communicated consent, the accused must be able to explain how and why that evidence informed his honest but mistaken belief that the complainant communicated consent to the sexual activity in question at the time it occurred. The accused cannot rest his defence on the false logic that the complainant’s prior sexual activities, by reason of their sexual nature, made her more likely to have consented to the sexual activity in question, and on this basis he believed that she consented.

Honest but mistaken belief in communicated consent is a mistake of fact defence, which operates where the accused mistakenly perceived facts that negate, or raise a reasonable doubt about, the fault element of the offence. By contrast, as a general rule, mistakes of law offer no excuse. Therefore, to the extent an accused’s defence of honest but mistaken belief in communicated consent rests on a mistake of law — including what counts as consent from a legal perspective — rather than a mistake of fact, the defence is of no avail. For example, it is an error of law — not fact — to assume that unless and until a woman says “no”, she has implicitly given her consent to any and all sexual activity. Implied consent, which rests on the assumption that unless a woman protests or resists, she should be deemed to consent, has no place in Canadian law. In addition, a belief that the complainant gave broad advance consent to sexual activity of an undefined scope will afford the accused no defence, as that belief is also premised on a mistake of law, not fact. As a further example, an accused’s belief that the complainant’s prior sexual activities, by reason of their sexual nature, made it more likely that she was

que la plaignante avait vraiment dit « oui » par ses paroles et ses actes.

Bien que la jurisprudence ait constamment indiqué que le moyen de défense pertinent est fondé sur la croyance sincère mais erronée au consentement, il est clair que, pour établir ce moyen de défense, l’accusé doit faire état d’une croyance sincère mais erronée que la plaignante a, en fait, communiqué son consentement, par ses paroles ou ses actes. Il convient donc d’affiner la terminologie juridique en désignant le moyen de défense avec plus de précision par l’expression « croyance sincère mais erronée au consentement *communiqué* », qui doit faire en sorte que tous les intervenants du système de justice mettent l’accent sur la question vitale de la communication du consentement et évitent de s’aventurer, par inadvertance, sur le territoire interdit du consentement présumé ou tacite. En cherchant à invoquer le comportement sexuel antérieur de la plaignante pour appuyer la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué, l’accusé doit pouvoir expliquer comment et pourquoi cette preuve venait renforcer sa croyance sincère mais erronée au consentement communiqué donné par la plaignante à l’activité sexuelle au moment où elle a eu lieu. L’accusé ne saurait fonder sa défense sur la logique défectueuse que le comportement sexuel antérieur de la plaignante, de par sa nature, rendait cette dernière davantage susceptible d’avoir consenti à l’activité sexuelle en question, et qu’il avait cru pour cette raison à son consentement.

La croyance sincère mais erronée au consentement communiqué est une défense d’erreur de fait qui s’applique lorsque l’accusé croit erronément en un état de fait qui écarte l’élément de faute de l’infraction ou qui suscite un doute raisonnable quant à cet élément. À l’inverse, en règle générale, les erreurs de droit ne sont nullement une excuse. Par conséquent, dans la mesure où la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué est fondée sur une erreur de droit — y compris relativement à la teneur du consentement du point de vue juridique — plutôt que sur une erreur de fait, ce moyen de défense n’est d’aucun secours. Par exemple, c’est une erreur de droit — non de fait — de présumer qu’à moins qu’elle ne dise « non », une femme donne implicitement son consentement à toute activité sexuelle. Le consentement tacite, lequel repose sur la présomption voulant que, à moins qu’elle proteste ou résiste, une femme est réputée consentir, n’a pas sa place en droit canadien. En outre, le fait de croire que la plaignante a donné son consentement général à l’avance à une activité sexuelle non définie ne saurait être invoqué comme moyen de défense, vu que cette croyance repose aussi sur une erreur de droit, non

consenting to the sexual activity in question is again a mistake of law.

The availability of the defence of honest but mistaken belief in communicated consent is not unlimited. The reasonable steps requirement under s. 273.2(b) of the *Criminal Code* imposes a precondition to this defence. This requirement, which rejects the outmoded idea that women can be taken to be consenting unless they say “no”, has both objective and subjective dimensions: the accused must take steps to ascertain consent that are objectively reasonable, and the reasonableness of those steps must be assessed in light of the circumstances known to the accused at the time. The reasonable steps inquiry is highly fact-specific. Trial judges and juries should take a purposive approach, keeping in mind that the reasonable steps requirement reaffirms that the accused cannot equate silence, passivity, or ambiguity with the communication of consent. Trial judges and juries should also be guided by the need to protect and preserve every person’s bodily integrity, sexual autonomy, and human dignity. Steps based on rape myths or stereotypical assumptions about women and consent cannot constitute reasonable steps.

The concept of reasonable steps to ascertain consent under s. 273.2(b) of the *Criminal Code* must be distinguished from the concept of reasonable grounds to support an honest belief in consent under s. 265(4). Where the accused is charged with some form of assault, the presence or absence of reasonable grounds is simply a factor to be considered in assessing the honesty of the accused’s asserted belief in consent in accordance with s. 265(4). By contrast, where the accused is charged with a sexual offence under ss. 271, 272, or 273, a failure to take reasonable steps is fatal to the defence of honest but mistaken belief in communicated consent by virtue of s. 273.2(b). In the context of a charge under ss. 271, 272, or 273 where the accused asserts an honest but mistaken belief in communicated consent, if either there is no evidence upon which the trier of fact could find that the accused took reasonable steps to ascertain consent or the Crown proves beyond a reasonable doubt that the accused failed to take reasonable steps to ascertain consent, then there would be no reason to consider the presence or absence of reasonable grounds to support an honest belief

de fait. À titre d’exemple supplémentaire, la croyance de l’accusé que le comportement sexuel antérieur de la plaignante, de par son caractère sexuel, rendait celle-ci davantage susceptible d’avoir consenti à l’activité sexuelle en question constitue elle aussi une erreur de droit.

La possibilité d’invoquer la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué n’est pas sans limite. L’obligation relative aux mesures raisonnables prévue à l’al. 273.2b) du *Code criminel* impose une condition préalable à cette défense. Cette condition, qui rejette l’idée périmée selon laquelle les femmes sont réputées consentir à moins qu’elles disent « non », comporte à la fois une dimension objective et une dimension subjective : l’accusé doit prendre des mesures objectivement raisonnables pour s’assurer du consentement et le caractère raisonnable de ces mesures doit être apprécié eu égard aux circonstances dont il avait alors connaissance. L’analyse relative aux mesures raisonnables repose grandement sur les faits. Le juge du procès et le jury devraient aborder l’analyse relative aux mesures raisonnables en se concentrant sur l’objet et en n’oubliant pas que l’obligation relative aux mesures raisonnables confirme que l’accusé ne saurait assimiler le silence, la passivité et le comportement ambigu à la communication du consentement. Le juge du procès et le jury devraient se laisser guider par le besoin de protéger l’intégrité physique d’une personne, son autonomie sexuelle et sa dignité humaine. Les mesures qui reposent sur les mythes liés au viol ou sur les présomptions stéréotypées au sujet des femmes et du consentement n’ont aucunement un caractère raisonnable.

Il faut établir une distinction entre la notion de mesures raisonnables pour s’assurer du consentement au sens de l’al. 273.2b) du *Code criminel* et la notion de motifs raisonnables pour étayer la croyance sincère au consentement au sens du par. 265(4). Lorsque l’accusé est inculqué d’une forme quelconque de voies de fait, la présence ou l’absence de motifs raisonnables constitue simplement un facteur à prendre en considération dans l’appréciation, conformément au par. 265(4), de la sincérité de la croyance au consentement manifestée par l’accusé. En revanche, lorsque l’accusé est inculqué d’agression sexuelle en vertu des art. 271, 272 ou 273, l’omission de prendre les mesures raisonnables est fatale à la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué selon l’al. 273.2b). Dans le contexte d’une accusation fondée sur les art. 271, 272, ou 273 où l’accusé affirme avoir eu une croyance sincère mais erronée au consentement communiqué, s’il n’existe aucun élément de preuve permettant au juge des faits de conclure que l’accusé a pris des mesures raisonnables pour s’assurer du consentement ou si le ministère public prouve hors de tout

in consent under s. 265(4), since the accused would be legally barred from raising the defence due to the operation of s. 273.2(b).

An accused who wishes to rely on the defence of honest but mistaken belief in communicated consent must first demonstrate that there is an air of reality to the defence. If there is no evidence upon which the trier of fact could find that the accused took reasonable steps to ascertain consent, then the defence of honest but mistaken belief in communicated consent has no air of reality and must not be left with the jury. By contrast, if there is an air of reality to the defence of honest but mistaken belief in communicated consent, including the reasonable steps requirement, then the defence should be left with the jury. The onus would then shift to the Crown to negate the defence, which could be achieved by proving beyond a reasonable doubt that the accused failed to take reasonable steps. Where the Crown does not prove beyond a reasonable doubt that the accused failed to take reasonable steps, that does not lead automatically to an acquittal. In those circumstances, the trial judge should instruct the jury that they are required, as a matter of law, to go on to consider whether the Crown has nonetheless proven beyond a reasonable doubt that the accused did not have an honest but mistaken belief in communicated consent. This requirement flows from the fact that the defence is ultimately one of an honest but mistaken belief in communicated consent, not one of reasonable steps. Ultimately, if the Crown fails to disprove the defence beyond a reasonable doubt, then the accused would be entitled to an acquittal.

C. Application

(1) Applicability of the Section 276 Regime

In this case, while the Crown did not object to the accused's testimony about the deceased's prior sexual activity, its failure to do so was not fatal. The ultimate responsibility for enforcing compliance with the mandatory s. 276 regime lies squarely with the trial judge, not with the Crown. It is also plain that the proceeding implicated an offence listed in s. 276(1) because the offence charged in this case, first degree murder, was premised on sexual assault with a weapon, which is an offence listed in s. 276(1). It follows that the s. 276 regime was engaged. Furthermore, the limited information conveyed in the

doute raisonnable que l'accusé n'a pas pris les mesures raisonnables pour s'assurer du consentement, il n'y a pas lieu de prendre en considération la présence ou l'absence de motifs raisonnables à l'appui d'une croyance sincère au consentement en vertu du par. 265(4), car l'accusé ne peut pas évoquer ce moyen de défense en raison de l'application de l'al. 273.2b).

L'accusé qui souhaite invoquer la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué doit d'abord démontrer la vraisemblance de celle-ci. S'il n'y a pas de preuve qui permette au juge des faits de conclure que l'accusé a pris des mesures raisonnables pour s'assurer du consentement, la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué est dépourvue de vraisemblance et ne doit pas être laissée à l'appréciation du jury. En revanche, si la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué a une certaine vraisemblance, y compris en ce qui a trait à l'obligation relative aux mesures raisonnables, il convient de laisser cette défense à l'appréciation du jury. Il incomberait alors au ministère public de réfuter cette défense, en établissant hors de tout doute raisonnable que l'accusé n'a pas pris de mesures raisonnables. Si le ministère public ne parvient pas à faire cette démonstration hors de tout doute raisonnable, cela n'entraîne pas forcément un verdict d'acquiescement. En pareil cas, le juge du procès devrait expliquer aux jurés qu'il leur appartient, en droit, de se demander si le ministère public a néanmoins établi hors de tout doute raisonnable que l'accusé n'avait pas une croyance sincère mais erronée au consentement communiqué. Cette exigence découle du fait que la défense en question porte en définitive sur une croyance sincère mais erronée au consentement communiqué, non sur les mesures raisonnables. Au bout du compte, si le ministère public ne réussit pas à réfuter la défense hors de tout doute raisonnable, l'accusé aura alors droit à un acquiescement.

C. Application

(1) L'applicabilité du régime de l'art. 276

En l'espèce, le ministère public ne s'est pas opposé au témoignage de l'accusé à propos du comportement sexuel antérieur de la défunte, mais son omission n'était pas fatale. C'est au juge du procès qu'il revient en définitive de faire respecter le régime obligatoire de l'art. 276, et non au ministère public. Il est aussi manifeste que la poursuite porte sur une infraction énumérée au par. 276(1) parce que l'infraction reprochée en l'espèce, le meurtre au premier degré, découlait d'une agression sexuelle armée, soit une des infractions énumérées au par. 276(1). Il s'ensuit que le régime de l'art. 276 entrait en jeu. De plus, le peu

Crown's opening address did not exclude the application of s. 276(2) to the accused's detailed testimony about the deceased's sexual activity on the night before her death, which went well beyond the basic narrative recounted by the Crown. Therefore, before adducing evidence of the deceased's sexual activity on the night before her death, the procedural requirements under s. 276 should have been observed, and if any of the evidence was deemed admissible, a careful limiting instruction by the trial judge was essential to instruct the jury on the permissible and impermissible uses of that evidence.

(2) Instructions on the Defence of Honest but Mistaken Belief in Communicated Consent

At trial, the accused relied on the defence of honest but mistaken belief in communicated consent, and his testimony about the deceased's prior sexual activities featured prominently in his defence. The trial judge erred by failing to inoculate the jury against mistakes of law masquerading as mistakes of fact, as the accused's defence raised the spectre of several mistakes of law: a belief that the absence of signs of disagreement could be substituted for affirmative communication of consent; a belief that prior similar sexual activities between the accused and the deceased, the deceased's status as a sex worker, or the accused's own speculation about what was going through the deceased's mind could be substituted for communicated consent to the sexual activity in question at the time; a belief that the deceased could give broad advance consent to whatever the accused wanted to do to her; and the inference that the deceased's past sexual activities, by reason of their sexual nature, may make it more likely that she consented to the sexual activity in question. It was incumbent on the trial judge to caution the jury against acting on these mistakes of law. The absence of such an instruction had an immediate impact on the defence of honest but mistaken belief in communicated consent, as it allowed the defence to proceed while these mistakes of law were left unaddressed, thereby leaving the jurors without the necessary tools to engage in a proper analysis. This error was inextricably linked to the failure to hold a s. 276 hearing, which would have subjected the admissibility and permissible uses of the evidence of the deceased's prior sexual history to rigorous scrutiny and assisted in filtering out the mistakes of law raised by the accused's defence.

d'information véhiculée par le ministère public dans son exposé introductif n'a pas eu pour effet d'écartier l'application du par. 276(2) au témoignage détaillé de l'accusé au sujet de l'activité sexuelle à laquelle s'était livrée la défunte la veille de sa mort, témoignage qui est allé bien au-delà de l'exposé des faits essentiels présenté par le ministère public. Par conséquent, avant de présenter une preuve concernant le comportement sexuel de la défunte la veille de sa mort, les exigences procédurales prévues à l'art. 276 auraient dû être respectées, et si tout ou partie de la preuve était admissible, une directive restrictive minutieuse était nécessaire pour guider le jury quant à l'utilisation que celui-ci pouvait faire ou non de cette preuve.

(2) Les directives sur la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué

Au procès, l'accusé a invoqué la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué, et son témoignage au sujet des activités sexuelles antérieures de la défunte a occupé une place importante dans sa défense. Le juge du procès a commis une erreur en ne mettant pas le jury à l'abri des erreurs de droit déguisées en erreurs de fait, car la défense de l'accusé évoquait le spectre de plusieurs erreurs de droit : la croyance que l'absence de signes de désaccord pouvait se substituer à la communication positive du consentement; la croyance que les activités sexuelles antérieures similaires entre l'accusé et la défunte, le statut de travailleuse du sexe de la défunte ou la propre hypothèse formulée par l'accusé selon laquelle ce que pensait la défunte pouvaient se substituer au consentement communiqué à l'activité sexuelle au moment où elle a eu lieu; le fait de croire que la plaignante pouvait donner à l'avance un consentement général à tout ce que l'accusé voulait lui faire; et la déduction que la plaignante est plus susceptible d'avoir consenti à l'activité sexuelle en question en raison de ses activités sexuelles antérieures et du caractère sexuel de celles-ci. Il incombait au juge du procès de mettre en garde le jury contre le fait de s'appuyer sur ces erreurs de droit. L'absence de directive en ce sens a eu un effet immédiat sur la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué, car elle a permis au moyen de défense de faire son chemin sans que ces erreurs de droit ne soient corrigées, privant ainsi les jurés des outils dont ils avaient besoin pour procéder à une analyse appropriée. Cette erreur était inextricablement liée à l'omission de tenir une audition en application de l'art. 276, qui aurait donné lieu à un examen rigoureux de l'admissibilité et des utilisations permises de la preuve relative au comportement sexuel antérieur de la défunte et permis d'éliminer les erreurs de droit que soulevait le moyen de défense de l'accusé.

(3) Instructions on Motive

Where motive does not form an essential element of the offence, the necessity of charging a jury on the subject depends upon the course of the trial and the nature and probative value of the evidence adduced. In this case, motive was a relevant consideration bearing upon whether the accused intended to seriously harm or kill the deceased, which would go to the fault element for murder. However, the Crown led no evidence of motive. Since there was neither a proven motive nor a proven absence of motive, it fell within the trial judge's substantial discretion to charge on motive. Further, the charge was not so unbalanced as to amount to misdirection.

(4) Instructions on the Objective Fault Element of Unlawful Act Manslaughter

The fault element of unlawful act manslaughter consists of objective foreseeability of the risk of bodily harm which is neither trivial nor transitory, in the context of a dangerous act. At trial, the defence conceded that the act in question was dangerous, and the Crown accepted that it would be appropriate to instruct the jury that if they were satisfied that the accused committed an unlawful act, then it was implicit that the act was dangerous. In addition, the Crown agreed to the request of the defence that the language of objectively foreseeable bodily harm be removed from the charge. On appeal, the Crown reversed its position, arguing that the instructions on dangerousness were deficient and the trial judge's failure to refer to the objective fault element of unlawful act manslaughter unfairly minimized its expert evidence. The Court of Appeal accepted the Crown's position on appeal. However, it should not have done so, as the Crown had to live with the decision it made at trial.

(5) Instructions on After-the-Fact Conduct

In light of procedural fairness concerns — namely, the Crown's limited right to appeal an acquittal and the requirements that must be observed by appellate courts when raising new issues — the Court of Appeal should not have ordered a new trial on the issue of after-the-fact conduct evidence. The Crown was actively involved in

(3) Les directives sur le mobile

Lorsque le mobile ne constitue pas un élément essentiel de l'infraction, la nécessité de donner des directives au jury sur la question dépend du cours du procès et de la nature et de la valeur probante de la preuve. En l'espèce, le mobile était un facteur pertinent ayant une incidence sur la question de savoir si l'accusé avait l'intention de causer des blessures graves à la défunte ou de la tuer, une question qui touche l'élément de faute de l'infraction de meurtre. Cependant, le ministère public n'a présenté aucune preuve de mobile. Étant donné qu'il n'y avait ni preuve de mobile ni preuve de l'absence de mobile, la décision de donner des directives sur le mobile relevait du large pouvoir discrétionnaire du juge du procès. De plus, l'exposé au jury sur le mobile n'était pas si peu équilibré qu'il constituait une directive erronée.

(4) Les directives sur l'élément de faute objective de l'infraction d'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal

L'élément de faute de l'infraction d'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal s'entend de la prévisibilité objective (dans le contexte d'un acte dangereux) du risque de lésions corporelles qui ne sont ni sans importance ni de nature passagère. Au procès, la défense a concédé que l'acte était dangereux, et le ministère public a reconnu qu'il conviendrait d'indiquer aux jurés que, s'ils étaient convaincus que l'accusé a commis un acte illégal, l'acte était implicitement dangereux. En outre, le ministère public a accepté la demande de la défense que les mots « lésions corporelles objectivement prévisibles » soient retirés de l'exposé. En appel, le ministère public est revenu sur sa position, faisant valoir que les directives quant au caractère dangereux étaient lacunaires et que l'omission du juge du procès de mentionner l'élément de faute objective de l'infraction d'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal réduisait l'effet de sa preuve d'expert. La Cour d'appel a souscrit à la position du ministère public en appel, mais elle n'aurait pas dû le faire, parce que le ministère public devait composer avec la décision qu'il avait prise au procès.

(5) Les directives relatives au comportement après le fait

Étant donné les soucis relatifs à l'équité procédurale — à savoir le droit restreint du ministère public de porter en appel un acquittement et les exigences auxquelles doivent satisfaire les cours d'appel lorsqu'elles soulèvent de nouvelles questions — la Cour d'appel n'aurait pas dû ordonner la tenue d'un nouveau procès sur la question du

drafting the jury charge, and at no point did it request a specific instruction directing the jury to consider the accused's after-the-fact conduct in assessing his credibility. Further, although the Court of Appeal notified the parties at the outset of the hearing that it would raise new issues, it did not specify the precise nature of those issues or indicate whether one or more could result in the accused's acquittal being set aside. It also allowed the Crown to advance certain arguments on after-the-fact conduct for the first time in reply submissions, and at the end of the hearing the court indicated that there was no need for further written argument. Lastly, though it is not necessary to finally decide the issue, there is reason to be skeptical of the Crown's argument that the trial judge's instructions on after-the-fact conduct were so defective as to amount to reversible error. When read fairly and as a whole, the trial judge's charge on after-the-fact conduct adequately, albeit imperfectly, conveyed to the jury that they could consider the accused's after-the-fact conduct in assessing guilt and equipped them to do so.

(6) Instructions on the Defence of Accident

The term “accident” is used to signal one or both of the following: (1) that the act in question was involuntary (i.e., non-volitional), thereby negating the *actus reus* of the offence; or (2) that the accused did not have the requisite *mens rea*. In assessing whether a claim of “accident” may negate *mens rea* in any particular case, it is obviously essential to consider what the relevant *mens rea* requirement is in the first place. In carrying out this inquiry, it must be kept in mind that *mens rea* requirements vary and include, for example: (1) a subjective intention to bring about a prohibited consequence; (2) a subjective awareness of prohibited circumstances; and (3) objective fault. Where the offence charged requires proof of subjective intent to bring about a particular consequence, the claim that the accused did not intend to bring about that consequence, making it a mere accident, is legally relevant, as it could negate the *mens rea* required for a conviction. By contrast, where the offence only requires a subjective awareness of particular circumstances, an accused's claim that the consequences of his act were unintentional and unexpected, making those consequences a mere accident, is naturally of no assistance. Finally, if the offence requires proof of objective fault — for instance, that the prohibited consequence was

comportement après le fait. Le ministère public a participé activement à la rédaction de l'exposé au jury, et il n'a jamais demandé de directive précise intimant au jury de tenir compte du comportement de l'accusé après le fait pour apprécier sa crédibilité. De plus, bien que la Cour d'appel ait avisé les parties à l'ouverture de l'audience qu'elle entendait soulever de nouvelles questions, elle n'a pas précisé la nature de ces questions ni indiqué si une ou plusieurs d'entre elles pouvaient entraîner l'annulation de l'acquiescement de l'accusé. Elle a également autorisé le ministère public à faire valoir pour la première fois certains arguments sur le comportement après le fait dans des observations en réponse et, à la fin de l'audience, la cour a indiqué qu'une argumentation écrite supplémentaire n'était pas nécessaire. Enfin, bien qu'il ne soit pas nécessaire de trancher la question de façon définitive, il y a lieu d'avoir des doutes à propos de l'argument du ministère public selon lequel les directives du juge du procès relatives au comportement après le fait étaient défectueuses au point de constituer une erreur justifiant l'infirmité du verdict. Interprété équitablement dans son ensemble, l'exposé du juge du procès sur le comportement après le fait explique adéquatement au jury, quoique de manière imparfaite, qu'ils peuvent tenir compte de la conduite de l'accusé après le fait dans l'examen de sa culpabilité et leur donne les outils dont ils ont besoin pour le faire.

(6) Les instructions relatives à la défense d'accident

Le terme « accident » est employé pour indiquer : (1) que l'acte en question était involontaire (c.-à-d. non volitif), l'*actus reus* de l'infraction étant ainsi écarté; ou (2) que l'accusé n'avait pas la *mens rea* requise. Pour déterminer si une allégation d'« accident » peut écarter la *mens rea* dans une affaire donnée, il est évidemment essentiel de se demander en premier lieu quelle est l'exigence de *mens rea* applicable. En procédant à cet examen, il faut se rappeler que les exigences de *mens rea* varient et comprennent, par exemple : (1) l'intention subjective que s'ensuive une conséquence prohibée; (2) la conscience subjective de circonstances prohibées; et (3) la faute objective. Lorsque l'infraction reprochée exige la preuve de l'intention subjective que s'ensuive une conséquence donnée, l'allégation selon laquelle l'accusé n'avait pas l'intention de causer cette conséquence, faisant de celle-ci un simple accident, est pertinente en droit, car elle pourrait écarter la *mens rea* requise pour une déclaration de culpabilité. En revanche, lorsque l'infraction n'exige que la conscience subjective de circonstances données, l'allégation de l'accusé selon laquelle les conséquences de son acte étaient involontaires et inattendues, faisant de ces conséquences un simple accident, n'est naturellement

objectively foreseeable — then a claim of accident could negate that fault element if the prohibited consequence was such a chance occurrence that the trier of fact is left in a state of reasonable doubt as to whether, objectively, it was foreseeable. To avoid confusion in future cases, trial judges should focus on the questions of voluntariness and/or negation of *mens rea*, as appropriate, when instructing jurors on the so-called “defence” of “accident”.

(7) Instructions Addressing Prejudice Against Indigenous Women and Girls in Sexual Assault Cases

There is no denying that Indigenous people — in particular Indigenous women, girls, and sex workers — have endured serious injustices, including high rates of sexual violence. Furthermore, the Court has acknowledged on several occasions the detrimental effects of widespread racism against Indigenous people within our criminal justice system. With this in mind, our criminal justice system and all participants within it should take reasonable steps to address systemic biases, prejudices, and stereotypes against Indigenous women and sex workers. As an additional safeguard going forward, in sexual assault cases where the complainant is an Indigenous woman or girl, trial judges would be well advised to provide an express instruction aimed at countering prejudice against Indigenous women and girls. However, any such instruction must not privilege the rights of the complainant over those of the accused. The objective would be to identify specific biases, prejudices, and stereotypes that may reasonably be expected to arise in the particular case and attempt to remove them from the jury’s deliberative process in a fair, balanced way, without prejudicing the accused.

(8) New Trial

Applying the test set out in *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609, a new trial on unlawful act manslaughter is warranted. The failure to implement the s. 276 regime carried a significant risk that the jury would, whether consciously or unconsciously, engage in impermissible forms of reasoning on the central questions of whether the deceased subjectively consented to the sexual activity in question and, if not, whether the accused honestly but

pas utile. Enfin, si l’infraction exige la preuve d’une faute objective — par exemple, la preuve que la conséquence prohibée était objectivement prévisible — alors l’allégation d’accident pourrait écarter cet élément de faute si la conséquence prohibée est si fortuite qu’elle suscite dans l’esprit du juge des faits un doute raisonnable quant à savoir si, objectivement, elle était prévisible. Pour éviter toute confusion dans les affaires à venir, les juges de première instance devraient mettre l’accent sur les questions liées au caractère volontaire ou sur l’écartement de la *mens rea*, selon le cas, lorsqu’ils donnent des directives aux jurés sur la prétendue « défense d’accident ».

(7) Les directives relatives aux préjugés contre les femmes et les filles autochtones dans les affaires d’agression sexuelle

On ne saurait nier que les Autochtones — et plus particulièrement les femmes, les filles et les travailleuses du sexe autochtones — ont vécu de graves injustices, notamment des taux élevés de violence sexuelle. De plus, la Cour a reconnu plusieurs fois les effets préjudiciables du racisme largement répandu dont sont victimes les Autochtones dans notre système de justice pénale. Dans cette optique, notre système de justice pénale et tous ceux qui y participent doivent prendre des mesures raisonnables pour s’attaquer de front aux partis pris, aux préjugés et aux stéréotypes systémiques dont sont victimes les femmes et les travailleuses du sexe autochtones. En vue de fournir une garantie supplémentaire à l’avenir dans les affaires d’agression sexuelle où la plaignante est une femme ou une fille autochtone, les juges de première instance seraient bien avisés de donner une directive expresse visant à contrecarrer les préjugés contre les femmes et les filles autochtones. Toute directive de ce genre ne doit cependant pas privilégier les droits de la plaignante au détriment de ceux de l’accusé. L’objectif consiste plutôt à relever les partis pris, les préjugés et les stéréotypes précis auxquels on peut raisonnablement s’attendre dans une affaire donnée et de tenter de les évacuer du processus de délibération des jurés d’une manière équitable et équilibrée, et sans porter préjudice à l’accusé.

(8) Le nouveau procès

Si l’on applique le critère énoncé dans *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609, la tenue d’un nouveau procès pour homicide involontaire coupable résultant d’un acte illégal est justifiée. L’omission d’appliquer le régime prévu par l’art. 276 risquait grandement d’amener les jurés à adopter, consciemment ou non, des formes inadmissibles de raisonnement sur les questions cruciales de savoir si la défunte avait consenti subjectivement à

mistakenly believed she communicated her consent to that sexual activity at the time it occurred. The trial judge's failure to implement the s. 276 regime was exacerbated by, and was inseparable from, the failure to caution the jury against mistakes of law masquerading as mistakes of fact when considering the defence of honest but mistaken belief in communicated consent. It can reasonably be thought that the trial judge's errors had a material bearing on the accused's acquittal for unlawful act manslaughter, and therefore a new trial should be ordered on that offence.

However, a new trial on first degree murder is not warranted. The Crown's case on first degree murder turned primarily on its expert evidence that the deceased's fatal wound was a cut. Evidently, the jury was not persuaded. Moreover, the Crown provided no plausible explanation for how the jury could have used prior sexual activity evidence to improperly reason its way through the first degree murder charge. Furthermore, the Crown acknowledged in the court below that the only ground of appeal implicating the murder charge was the motive issue. However, the motive instructions were not tainted by reversible error. Finally, there was a simple and obvious explanation for why the jury unanimously acquitted the accused of murder that does not require the Court to speculate about the potential influence of conscious or unconscious bias: the Crown's theory simply did not hold up under scrutiny.

Per Wagner C.J. and Abella and Karakatsanis JJ. (dissenting in part): Section 276 makes evidence of a complainant's prior sexual activity inadmissible unless the accused complies with the criteria and procedures set out in ss. 276, 276.1 and 276.2. In this case, the trial judge permitted the accused to lead such evidence without following the procedure required by s. 276, thereby allowing him to make unrestricted reference to the victim's sexual history. He also failed to give the jurors any kind of limiting instruction to advise them that such evidence could not be used to show that the victim was more likely to have consented. All of this was compounded by the fact that the trial judge permitted, on dozens of occasions, the deceased to be referred to as a Native prostitute without providing any instruction to guard against potential prejudicial reasoning based on these descriptions. There was thus no filter for the victim's prior sexual history and no specific warning to the jury to avoid drawing prejudicial and stereotypical

l'activité sexuelle et, dans la négative, si l'accusé avait cru sincèrement mais à tort qu'elle avait communiqué son consentement à cette activité sexuelle au moment où elle avait eu lieu. L'omission du juge du procès d'appliquer le régime prévu par l'art. 276 a été aggravée, sans pouvoir en être dissociée, par le défaut de mettre le jury en garde contre les erreurs de droit déguisées en erreurs de fait au moment d'examiner la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué. Il est raisonnable de penser que les erreurs du juge du procès ont eu une incidence significative sur l'acquiescement de l'accusé à l'égard de l'accusation d'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal, et qu'il convient donc d'ordonner la tenue d'un nouveau procès pour cette infraction.

Par contre, la tenue d'un nouveau procès pour meurtre au premier degré n'est pas justifiée. La thèse de meurtre du ministère public reposait principalement sur sa preuve d'expert selon laquelle la blessure mortelle de la défunte était une coupure. De toute évidence, le jury n'en a pas été convaincu. En outre, le ministère public n'a fourni aucune explication plausible quant à la façon dont le jury aurait pu utiliser la preuve relative au comportement sexuel antérieur pour en arriver à une réflexion irrégulière sur l'accusation de meurtre au premier degré. Qui plus est, le ministère public a reconnu en appel que le seul moyen d'appel touchant l'accusation de meurtre était la question du mobile. Or, les directives sur le mobile n'étaient entachées d'aucune erreur justifiant l'infirmité du verdict. En dernier lieu, il y a une raison simple et évidente qui explique pourquoi le jury a acquitté unanimement l'accusé de meurtre sans que la Cour n'ait à conjecturer l'influence possible d'un parti pris conscient ou non : la théorie du ministère public n'a tout simplement pas résisté à l'analyse.

Le juge en chef Wagner et les juges Abella et Karakatsanis (dissidents en partie) : L'article 276 dispose qu'est inadmissible la preuve concernant le comportement sexuel antérieur du plaignant sauf si l'accusé respecte les critères et procédures énoncés aux art. 276, 276.1 et 276.2. En l'espèce, le juge du procès a autorisé l'accusé à présenter une preuve de ce genre sans suivre la procédure établie par l'art. 276, lui permettant ainsi d'invoquer sans restriction les antécédents sexuels de la victime. Il a aussi omis de fournir aux jurés des directives restrictives pour les informer que ce type de preuve ne pouvait être utilisé pour démontrer que la victime était plus susceptible d'avoir donné son consentement. Tout cela a été amplifié par le fait que le juge du procès a permis à des dizaines de reprises que l'on qualifie la défunte de « Native » et de « prostituée » sans donner aux jurés de directive pour les mettre en garde contre le risque d'adopter un raisonnement préjudiciable sur la base de ces qualificatifs. Il n'y avait donc aucun filtre

assumptions about Indigenous women working in the sex trade. This left the jury with an essentially unchallenged version of the accused's interactions with the victim. The trial judge failed to appreciate that the victim's prior sexual conduct, occupation and race required the jury to be specifically alerted to the dangers of discriminatory attitudes toward Indigenous women, particularly those working in the sex trade. He provided no specific instructions crafted to confront the operative social and racial bias potentially at work. This rendered the whole trial unfair.

The devastatingly prejudicial effects of this error cannot be said to be confined to the included offence of manslaughter, but may also have had a material bearing on the jury's reasoning on the charge of first degree murder. The prejudicial impact of the accused's detailed testimony — without either the screening required by s. 276 or any limiting instructions — necessarily infected the whole trial and the entirety of the jury's fact-finding process. Indeed, the jury's portrait of the victim was painted almost exclusively through the accused's testimony, which meant that there was a significant possibility that the jury's entire deliberations would have been based on fundamentally flawed — and prohibited — legal premises.

The potential for prejudicial reasoning was further exacerbated by the repeated description of the victim as a "prostitute", and as a "Native", without any limiting instruction from the trial judge. Specific safeguards are required in jury trials to prevent the systemic biases that can affect jury deliberations. Trial judges have an important role to play in instructing juries so that they can recognize and set aside racial and other biases, including those against Indigenous peoples and sex trade workers. Acknowledging, as this Court has for the last two decades, that racial prejudice is a social fact not capable of reasonable dispute, is not an insult to the jury system, it is a wake-up call to trial judges to be acutely attentive to the undisputed reality of pervasive prejudice and to provide the jury instructions required by law. Not only did that not happen here, the opposite occurred: inflammatory terminology was frequent, and was gratuitously used without any corrective intervention by the trial judge.

pour les antécédents sexuels de la victime et le jury n'a pas reçu d'avertissement précis de ne pas se fonder sur des présomptions préjudiciables et stéréotypées au sujet des femmes autochtones qui travaillent dans le commerce du sexe. Le jury disposait donc d'une version essentiellement non contestée des rapports de l'accusé avec la victime. Le juge du procès ne s'est pas rendu compte qu'en raison du comportement sexuel antérieur, de la profession et de la race de la victime, il fallait renseigner expressément le jury sur les dangers que présentent les attitudes discriminatoires envers les femmes autochtones, tout particulièrement celles qui travaillent dans le commerce du sexe. Il n'a fourni aucune directive conçue précisément pour mettre au jour les préjugés sociaux et raciaux susceptibles d'opérer, ce qui a rendu tout le procès inéquitable.

On ne saurait affirmer que les effets préjudiciables dévastateurs de cette erreur se limitent à l'infraction incluse d'homicide involontaire coupable; ils ont peut-être eu aussi une incidence significative sur le raisonnement du jury quant à l'accusation de meurtre au premier degré. L'incidence préjudiciable du témoignage détaillé de l'accusé — sans le filtrage qu'exige l'art. 276 ou sans directive restrictive — a nécessairement contaminé l'ensemble du procès et toute la recherche des faits du jury. En effet, le jury a dressé un portrait de la victime en se fondant presque exclusivement sur le témoignage de l'accusé, ce qui signifie qu'il est fort probable que l'ensemble de ses délibérations ait reposé sur des prémisses juridiques fondamentalement erronées et interdites.

La possibilité d'un raisonnement préjudiciable a été exacerbée davantage par le fait que la victime a été décrite à plusieurs reprises comme une « prostituée » et une « Native », sans aucune directive restrictive du juge du procès. Certaines garanties s'imposent dans les procès devant jury pour prévenir les préjugés systémiques qui peuvent nuire aux délibérations du jury. Les juges de première instance ont un rôle important à jouer : ils donnent des directives aux jurés pour leur permettre de reconnaître et de mettre de côté les préjugés raciaux et autres, notamment ceux contre les Autochtones et les travailleurs du sexe. Reconnaître, comme l'a fait notre Cour depuis les deux dernières décennies, que le préjugé racial est un fait social qui ne peut raisonnablement être contesté n'est pas une insulte envers l'institution du jury, c'est un avertissement aux juges de première instance d'être très attentifs à la réalité non contestée du préjugé omniprésent et de donner au jury les directives qu'exige le droit. Non seulement cela n'est-il pas arrivé en l'espèce, mais l'inverse s'est produit : des termes incendiaires ont été utilisés de manière fréquente et gratuite sans que le juge du procès ne prenne de mesures correctives.

In summary, the trial judge's failure to apply the requirements in s. 276 created a significant risk that the evidence of the victim's prior sexual conduct not only tainted the jury's perception of her character and conduct, but also fundamentally affected the factual foundation upon which their deliberations were based. This error permeated the entire trial and may have had a material bearing on the jury's deliberations, affecting their verdicts for both murder and manslaughter. Given the prejudicial impact of these references, and the risk that they would affect the jury's assessment of the victim and the accused's credibility, it is difficult to see how it is realistically possible to conclude that their effect was confined to the jury's verdict on manslaughter. The risk of harmful effects on the jury's deliberations on murder would have been no less profound. When a trial with intimately connected issues, such as this one, is riddled with highly prejudicial testimony, it affects the very foundations of a jury's fact-finding function and decision making.

In addition, the trial judge's error in the instruction on after-the-fact-conduct is significant. In his own testimony, the accused admitted to lying, disposing of evidence and providing contradictory exculpatory explanations to numerous people after the victim's death. It was open to the jury to conclude that additional incriminating after-the-fact conduct evidence came from the hotel video camera footage, physical evidence found by the police, and the testimony of numerous individuals. The accused did not call 911 immediately after finding the victim in the bathtub. Instead there was evidence that he attempted to erase his link to the scene by attempting to clean the bathroom, rearranging the bedding, putting his belongings in his van, checking out of the hotel room, and that he attempted to conceal and destroy evidence by throwing the bloody towel he had used to wipe the victim's blood from his feet and the bathroom floor into a garbage can in the parking lot of the hotel. He also concocted and fabricated multiple stories and excuses. There is a strong possibility that, properly instructed, it would have had a material bearing on the jury's assessment of the accused's testimony and, ultimately, its verdict.

En résumé, le non-respect par le juge du procès des exigences prévues à l'art. 276 a créé un risque important que la preuve relative au comportement sexuel antérieur de la victime entache la perception que le jury avait de sa personnalité et de sa conduite en plus de nuire fondamentalement au fondement factuel sur lequel reposaient les délibérations du jury. Cette erreur a imprégné l'ensemble du procès et a peut-être eu une incidence significative sur les délibérations du jury, influant par le fait même sur son verdict concernant les accusations de meurtre et d'homicide involontaire coupable. Étant donné l'effet préjudiciable des termes employés et le risque qu'ils nuisent à l'évaluation par le jury de la crédibilité de la victime et de l'accusé, il est difficile de voir comment il est possible de conclure que leur effet se limitait au verdict du jury sur l'accusation d'homicide involontaire coupable. Le risque d'effet préjudiciable sur les délibérations du jury relativement à l'accusation de meurtre n'en aurait pas été moins grand. Lorsqu'un procès met en cause des questions étroitement liées, comme c'est le cas en l'espèce, et qu'il est truffé de témoignages hautement préjudiciables, cela affaiblit les bases mêmes de la fonction de recherche des faits et du processus décisionnel du jury.

De plus, l'erreur qu'a commise le juge du procès dans la directive sur le comportement après le fait est importante. Dans son propre témoignage, l'accusé a avoué avoir menti, s'être débarrassé d'éléments de preuve et avoir fourni des explications disculpatoires contradictoires à de nombreuses personnes après la mort de la victime. Il était loisible au jury de conclure que d'autres éléments de preuve incriminants relatifs à son comportement après le fait provenaient d'une vidéo captée par la caméra de l'hôtel, des éléments de preuve matérielle trouvés par la police et du témoignage de nombreuses personnes. L'accusé n'a pas appelé le 911 immédiatement après avoir trouvé la victime dans la baignoire. Certains éléments de preuve démontrent plutôt qu'il a essayé d'effacer les traces de sa présence sur les lieux en tentant de nettoyer la salle de bain, en refaisant le lit, en mettant ses effets personnels dans sa fourgonnette et en réglant les formalités de départ de l'hôtel. Il a aussi essayé de cacher et de détruire des éléments de preuve en jetant dans une poubelle du stationnement de l'hôtel la serviette trempée de sang dont il s'était servi pour essuyer le sang de la victime qui se trouvait sur ses pieds et sur le plancher de la salle de bain. Il a également inventé de multiples histoires et excuses. Il est fort probable que si le jury avait reçu des directives appropriées, le comportement aurait eu une incidence significative sur son évaluation du témoignage de l'accusé et, en fin de compte, sur son verdict.

Instead, the jury was given contradictory and confusing directions. In effect, the trial judge did not leave it open to the jury to consider the impact of the after-the-fact conduct evidence, such as the admitted exculpatory lies the accused told after the victim's death, except when such evidence favoured an acquittal.

Juries, although expected to apply common sense, are above all expected to follow the instructions given by the trial judge. Where those instructions are confusing and contradictory, there is no roadmap for common sense to follow.

Cases Cited

By Moldaver J.

Referred to: *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3; *R. v. Evans*, [1993] 2 S.C.R. 629; *R. v. Varga* (1994), 180 O.R. (3d) 784; *Wexler v. The King*, [1939] S.C.R. 350; *Savard v. The King*, [1946] S.C.R. 20; *R. v. Penno*, [1990] 2 S.C.R. 865; *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451; *Cullen v. The King*, [1949] S.C.R. 658; *R. v. George*, [1960] S.C.R. 871; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314; *Thériault v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 336; *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523; *R. v. Patel*, 2017 ONCA 702, 356 C.C.C. (3d) 187; *R. v. Mian*, 2014 SCC 54, [2014] 2 S.C.R. 689; *R. v. Morgentaler*, [1993] 1 S.C.R. 462; *R. v. Jaw*, 2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26; *R. v. Mack*, 2014 SCC 58, [2014] 3 S.C.R. 3; *R. v. L.S.*, 2017 ONCA 685, 40 C.R. (7th) 351; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Darrach*, 2000 SCC 46, [2000] 2 S.C.R. 443; *R. v. Boone*, 2016 ONCA 227, 347 O.A.C. 250; *R. v. W.H.*, 2015 ONSC 3087; *R. v. Crosby*, [1995] 2 S.C.R. 912; *R. v. Harris* (1997), 118 C.C.C. (3d) 498; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *R. v. Bjelland*, 2009 SCC 38, [2009] 2 S.C.R. 651; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. J.A.*, 2011 SCC 28, [2011] 2 S.C.R. 440; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. Hutchinson*, 2014 SCC 19, [2014] 1 S.C.R. 346; *R. v. Esau*, [1997] 2 S.C.R. 777; *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3; *R. v. Gunning*, 2005 SCC 27, [2005] 1 S.C.R. 627; *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *R. v. Forster*, [1992] 1 S.C.R. 339; *R. v. MacDonald*, 2014 SCC 3, [2014] 1 S.C.R. 37; *R. v. M. (M.L.)*, [1994] 2 S.C.R. 3; *R. v. Cornejo* (2003), 68 O.R. (3d) 117; *R. v. Darrach* (1998), 38 O.R. (3d) 1, aff'd 2000 SCC 46, [2000] 2 S.C.R. 443; *R. v. Gagnon*, 2018 SCC 41, [2018] 3 S.C.R. 3; *R. v. Despins*, 2007 SKCA 119, 228 C.C.C. (3d) 475; *R. v. Dippel*, 2011 ABCA 129, 281 C.C.C. (3d) 33; *R. v. Flaviano*, 2013 ABCA 219, 368 D.L.R. (4th) 393, aff'd 2014 SCC 14, [2014] 1 S.C.R. 270; *Lewis v.*

Le jury a plutôt reçu des directives contradictoires et portant à confusion. Dans les faits, le juge du procès n'a pas laissé au jury le choix de tenir compte de l'incidence du comportement après le fait, comme les mensonges disculpatoires que l'accusé a avoué avoir racontés après la mort de la victime, sauf lorsque ces éléments de preuve favorisaient un acquittement.

Bien que l'on s'attende à ce qu'ils fassent preuve de bon sens, les jurés doivent d'abord et avant tout suivre les directives que leur donne le juge du procès. Si ces directives portent à confusion et sont contradictoires, il n'y a pas de marche à suivre pour faire preuve de bon sens.

Jurisprudence

Citée par le juge Moldaver

Arrêts mentionnés : *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3; *R. c. Evans*, [1993] 2 R.C.S. 629; *R. c. Varga* (1994), 180 O.R. (3d) 784; *Wexler c. The King*, [1939] R.C.S. 350; *Savard c. The King*, [1946] R.C.S. 20; *R. c. Penno*, [1990] 2 R.C.S. 865; *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451; *Cullen c. The King*, [1949] R.C.S. 658; *R. c. George*, [1960] R.C.S. 871; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314; *Thériault c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 336; *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523; *R. c. Patel*, 2017 ONCA 702, 356 C.C.C. (3d) 187; *R. c. Mian*, 2014 CSC 54, [2014] 2 R.C.S. 689; *R. c. Morgentaler*, [1993] 1 R.C.S. 462; *R. c. Jaw*, 2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26; *R. c. Mack*, 2014 CSC 58, [2014] 3 R.C.S. 3; *R. c. L.S.*, 2017 ONCA 685, 40 C.R. (7th) 351; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Darrach*, 2000 CSC 46, [2000] 2 R.C.S. 443; *R. c. Boone*, 2016 ONCA 227, 347 O.A.C. 250; *R. c. W.H.*, 2015 ONSC 3087; *R. c. Crosby*, [1995] 2 R.C.S. 912; *R. c. Harris* (1997), 118 C.C.C. (3d) 498; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *R. c. Bjelland*, 2009 CSC 38, [2009] 2 R.C.S. 651; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. J.A.*, 2011 CSC 28, [2011] 2 R.C.S. 440; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. Hutchinson*, 2014 CSC 19, [2014] 1 R.C.S. 346; *R. c. Esau*, [1997] 2 R.C.S. 777; *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3; *R. c. Gunning*, 2005 CSC 27, [2005] 1 R.C.S. 627; *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *R. c. Forster*, [1992] 1 R.C.S. 339; *R. c. MacDonald*, 2014 CSC 3, [2014] 1 R.C.S. 37; *R. c. M. (M.L.)*, [1994] 2 R.C.S. 3; *R. c. Cornejo* (2003), 68 O.R. (3d) 117; *R. c. Darrach* (1998), 38 O.R. (3d) 1, conf. par 2000 CSC 46, [2000] 2 R.C.S. 443; *R. c. Gagnon*, 2018 CSC 41, [2018] 3 R.C.S. 3; *R. c. Despins*, 2007 SKCA 119, 228 C.C.C. (3d) 475; *R. c. Dippel*, 2011 ABCA 129, 281 C.C.C. (3d) 33; *R. c. Flaviano*, 2013 ABCA 219, 368 D.L.R. (4th) 393, conf. par 2014 CSC 14, [2014] 1 R.C.S. 270;

The Queen, [1979] 2 S.C.R. 821; *R. v. McMaster* (1998), 37 O.R. (3d) 543; *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944; *R. v. Bouchard*, 2013 ONCA 791, 314 O.A.C. 113, aff'd 2014 SCC 64, [2014] 3 S.C.R. 283; *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72; *R. v. Cooper*, [1993] 1 S.C.R. 146; *R. v. Sutton*, 2000 SCC 50, [2000] 2 S.C.R. 595; *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609; *R. v. Walle*, 2012 SCC 41, [2012] 2 S.C.R. 438; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Noël*, 2002 SCC 67, [2002] 3 S.C.R. 433; *R. v. Zhao*, 2013 ONCA 293, 305 O.A.C. 290; *R. v. Quashie* (2005), 198 C.C.C. (3d) 337; *R. v. Nelson*, 2014 ONCA 853, 318 C.C.C. (3d) 476; *R. v. Rodgerson*, 2015 SCC 38, [2015] 2 S.C.R. 760; *R. v. Mathisen*, 2008 ONCA 747, 239 C.C.C. (3d) 63; *R. v. Parris*, 2013 ONCA 515, 300 C.C.C. (3d) 41; *R. v. Primeau*, 2017 QCCA 1394, 41 C.R. (7th) 22; *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433; *Ewert v. Canada*, 2018 SCC 30, [2018] 2 S.C.R. 165; *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396.

By Abella and Karakatsanis JJ. (dissenting in part)

R. v. Graveline, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128; *R. v. Parks* (1993), 84 C.C.C. (3d) 353; *R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458; *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72; *R. v. Hebert*, [1996] 2 S.C.R. 272; *R. v. Jaw*, 2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26; *R. v. Mian*, 2014 SCC 54, [2014] 2 S.C.R. 689; *R. v. Suter*, 2018 SCC 34, [2018] 2 S.C.R. 496.

Statutes and Regulations Cited

Act to Amend the Criminal Code (sexual assault), S.C. 1992, c. 38.
 Bill C-51, *An Act to amend the Criminal Code and the Department of Justice Act and to make consequential amendments to another Act*, 1st Sess., 42nd Parl., 2018.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d), (h), 15.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 19, 150.1(4), 222(5)(a), 231(5)(c), 234, 235, 265(2), (4), 271, 272, 273, 273.1(1), (2), (3), 273.2 [ad. 1992, c. 38, s. 1], 276, 276.1 to 276.4.

Authors Cited

Anderson, Michelle J. “Time to Reform Rape Shields Laws: Kobe Bryant Case Highlights Holes in the Armour” (2004), 19 *Crim. Just.* 14.

Lewis c. La Reine, [1979] 2 R.C.S. 821; *R. c. McMaster* (1998), 37 O.R. (3d) 543; *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944; *R. c. Bouchard*, 2013 ONCA 791, 314 O.A.C. 113, conf. par 2014 CSC 64, [2014] 3 R.C.S. 283; *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72; *R. c. Cooper*, [1993] 1 R.C.S. 146; *R. c. Sutton*, 2000 CSC 50, [2000] 2 R.C.S. 595; *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609; *R. c. Walle*, 2012 CSC 41, [2012] 2 R.C.S. 438; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Noël*, 2002 CSC 67, [2002] 3 R.C.S. 433; *R. c. Zhao*, 2013 ONCA 293, 305 O.A.C. 290; *R. c. Quashie* (2005), 198 C.C.C. (3d) 337; *R. c. Nelson*, 2014 ONCA 853, 318 C.C.C. (3d) 476; *R. c. Rodgerson*, 2015 CSC 38, [2015] 2 R.C.S. 760; *R. c. Mathisen*, 2008 ONCA 747, 239 C.C.C. (3d) 63; *R. c. Parris*, 2013 ONCA 515, 300 C.C.C. (3d) 41; *R. c. Primeau*, 2017 QCCA 1394, 41 C.R. (7th) 22; *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433; *Ewert c. Canada*, 2018 CSC 30, [2018] 2 R.C.S. 165; *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396.

Citée par les juges Abella et Karakatsanis (dissidentes en partie)

R. c. Graveline, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128; *R. c. Parks* (1993), 84 C.C.C. (3d) 353; *R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458; *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72; *R. c. Hebert*, [1996] 2 R.C.S. 272; *R. c. Jaw*, 2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26; *R. c. Mian*, 2014 CSC 54, [2014] 2 R.C.S. 689; *R. c. Suter*, 2018 CSC 34, [2018] 2 R.C.S. 496.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11(d), (h), 15.
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 19, 150.1(4), 222(5)(a), 231(5)(c), 234, 235, 265(2), (4), 271, 272, 273, 273.1(1), (2), (3), 273.2 [aj. 1992, c. 38, art. 1], 276, 276.1 à 276.4.
Loi modifiant le Code criminel (agression sexuelle), L.C. 1992, c. 38.
 Projet de loi C-51, *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur le ministère de la Justice en apportant des modifications corrélatives à une autre loi*, 1^{re} sess., 42^e lég., 2018.

Doctrine et autres documents cités

Anderson, Michelle J. « Time to Reform Rape Shields Laws : Kobe Bryant Case Highlights Holes in the Armour » (2004), 19 *Crim. Just.* 14.

- Benedet, Janine. “Marital Rape, Polygamy, and Prostitution: Trading Sex Equality for Agency and Choice?” (2013), 18 *Rev. Const. Stud.* 161.
- Benedet, Janine. “Sexual Assault Cases at the Alberta Court of Appeal: The Roots of *Ewanchuk* and the Unfinished Revolution” (2014), 52 *Alta. L. Rev.* 127.
- Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. *Minutes of Proceedings and Evidence*, No. 77, 1st Sess., 32nd Parl., April 22, 1982, at p. 77:29.
- Canada. National Inquiry into Missing and Murdered Indigenous Women and Girls. Interim Report. *Our Women and Girls Are Sacred*. Vancouver: Privy Council, 2017.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Ewaschuk, E. G. *Criminal Pleadings & Practice in Canada*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 1987 (loose-leaf updated December 2018, release 150).
- Jiwani, Yasmin, and Mary Lynn Young. “Missing and Murdered Women: Reproducing Marginality in News Discourse” (2006), 31 *Can. J. Commun.* 895.
- Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law*, 5th ed., by Morris Manning and Peter Sankoff. Markham, Ont.: LexisNexis, 2015.
- McWilliams’ Canadian Criminal Evidence*, 5th ed., by S. Casey Hill, David M. Tanovich and Louis P. Strezos, eds. Toronto: Canada Law Book, 2017 (loose-leaf updated 2018, release 5).
- Sheehy, Elizabeth A. “Judges and the Reasonable Steps Requirement: The Judicial Stance on Perpetration Against Unconscious Women”, in Elizabeth A. Sheehy, ed., *Sexual Assault in Canada: Law, Legal Practice and Women’s Activism*. Ottawa: University of Ottawa Press, 2012.
- Stewart, Hamish C. *Sexual Offences in Canadian Law*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2004 (loose-leaf updated December 2018, release 32).
- Vandervort, Lucinda. “The Prejudicial Effects of ‘Reasonable Steps’ in Analysis of *Mens Rea* and Sexual Consent: Two Solutions” (2018), 55 *Alta. L. Rev.* 933.
- Benedet, Janine. « Marital Rape, Polygamy, and Prostitution : Trading Sex Equality for Agency and Choice? » (2013), 18 *R. études const.* 161.
- Benedet, Janine. « Sexual Assault Cases at the Alberta Court of Appeal : The Roots of *Ewanchuk* and the Unfinished Revolution » (2014), 52 *Alta. L. Rev.* 127.
- Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des questions juridiques. *Procès-verbaux et témoignages*, n° 77, 1^{re} sess., 32^e lég., 22 avril 1982, p. 77:29.
- Canada. L’enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées. Rapport provisoire. *Nos femmes et nos filles sont sacrées*. Vancouver, Bureau du Conseil privé, 2017.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto, Butterworths, 1983.
- Ewaschuk, E. G. *Criminal Pleadings & Practice in Canada*, 2nd ed. Toronto, Canada Law Book, 1987 (loose-leaf updated December 2018, release 150).
- Jiwani, Yasmin, and Mary Lynn Young. « Missing and Murdered Women : Reproducing Marginality in News Discourse » (2006), 31 *Can. J. Commun.* 895.
- Manning, Mewett & Sankoff : Criminal Law*, 5th ed., by Morris Manning and Peter Sankoff, Markham (Ont.), LexisNexis, 2015.
- McWilliams’ Canadian Criminal Evidence*, 5th ed., by S. Casey Hill, David M. Tanovich and Louis P. Strezos, eds. Toronto, Canada Law Book, 2017 (loose-leaf updated 2018, release 5).
- Sheehy, Elizabeth A. « Judges and the Reasonable Steps Requirement : The Judicial Stance on Perpetration Against Unconscious Women », in Elizabeth A. Sheehy, ed., *Sexual Assault in Canada : Law, Legal Practice and Women’s Activism*, Ottawa, University of Ottawa Press, 2012.
- Stewart, Hamish C. *Sexual Offences in Canadian Law*, Aurora (Ont.), Canada Law Book, 2004 (loose-leaf updated December 2018, release 32).
- Vandervort, Lucinda. « The Prejudicial Effects of “Reasonable Steps” in Analysis of *Mens Rea* and Sexual Consent : Two Solutions » (2018), 55 *Alta. L. Rev.* 933.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Fraser C.J. and Watson and Martin J.J.A.), 2017 ABCA 216, 55 Alta. L.R. (6th) 1, 38 C.R. (7th) 316, 386 C.R.R. (2d) 104, 354 C.C.C. (3d) 245, [2017] A.J. No. 681 (QL), 2017 CarswellAlta 1167 (WL Can.), setting aside the acquittal of the accused and ordering a new trial. Appeal allowed in part, Wagner C.J. and Abella and Karakatsanis J.J. dissenting in part.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (la juge en chef Fraser et les juges Watson et Martin), 2017 ABCA 216, 55 Alta. L.R. (6th) 1, 38 C.R. (7th) 316, 386 C.R.R. (2d) 104, 354 C.C.C. (3d) 245, [2017] A.J. No. 681 (QL), 2017 CarswellAlta 1167 (WL Can.), qui a annulé le verdict d’acquiescement prononcé en faveur de l’accusé et ordonné un nouveau procès. Pourvoi accueilli en partie, le juge en chef Wagner et les juges Abella et Karakatsanis sont dissidents en partie.

Peter Sankoff, Dino Bottos, Jacqueline Petrie and Austin Corbett, for the appellant.

Joanne B. Dartana and Christine Rideout, for the respondent.

Jeffrey G. Johnston, for the intervener the Attorney General of Canada.

Christine Bartlett-Hughes, Benita Wassenaar and Kate Forget, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Andrej Skoko and Isabelle Doray, for the intervener the Director of Criminal and Penal Prosecutions.

Jennifer Mann and Renée Lagimodière, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Janine Benedet and Gwendoline Allison, for the interveners the Vancouver Rape Relief Society, La Concertation des luttes contre l'exploitation sexuelle, the AWCEP Asian Women for Equality Society, the Aboriginal Women's Action Network, the Formerly Exploited Voices Now Educating and the Centre to End All Sexual Exploitation.

Julie McGregor and Stuart Wuttke, for the intervener the Assembly of First Nations.

Christian Leblanc and Tess Layton, for the intervener the Ad Idem / Canadian Media Lawyers Association.

Jean Teillet, for the intervener the Women of the Métis Nation / Les Femmes Michif Otipemisiwak.

Christa Big Canoe and Fanny Wylde, for the intervener the National Inquiry into Missing and Murdered Indigenous Women and Girls.

Daniel J. Song and Matthew A. Nathanson, for the intervener the Independent Criminal Defence Advocacy Society.

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

Peter Sankoff, Dino Bottos, Jacqueline Petrie et Austin Corbett, pour l'appelant.

Joanne B. Dartana et Christine Rideout, pour l'intimée.

Jeffrey G. Johnston, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Christine Bartlett-Hughes, Benita Wassenaar et Kate Forget, pour l'intervenante la procureure générale de l'Ontario.

Andrej Skoko et Isabelle Doray, pour l'intervenant le directeur des poursuites criminelles et pénales.

Jennifer Mann et Renée Lagimodière, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Janine Benedet et Gwendoline Allison, pour les intervenants Vancouver Rape Relief Society, La Concertation des luttes contre l'exploitation sexuelle, AWCEP Asian Women for Equality Society, Aboriginal Women's Action Network, Formerly Exploited Voices Now Educating et Centre to End All Sexual Exploitation.

Julie McGregor et Stuart Wuttke, pour l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations.

Christian Leblanc et Tess Layton, pour l'intervenante Ad Idem / Canadian Media Lawyers Association.

Jean Teillet, pour l'intervenante Women of the Métis Nation / Les Femmes Michif Otipemisiwak.

Christa Big Canoe et Fanny Wilde, pour l'intervenante l'Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées.

Daniel J. Song et Matthew A. Nathanson, pour l'intervenante Independent Criminal Defence Advocacy Society.

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

Shaun O'Brien and Beverly Jacobs, for the interveners the Institute for the Advancement of Aboriginal Women and the Women's Legal Education and Action Fund Inc.

Cheryl Milne, for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights.

Jonathan Rudin and Emily R. Hill, for the intervener the Aboriginal Legal Services.

Nathan J. Whitling, for the intervener the Criminal Trial Lawyers' Association (Alberta).

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

MOLDAVER J. —

TABLE OF CONTENTS

	Paragraph
I. <u>Overview</u>	1
II. <u>Background</u>	12
A. <i>Sexual Activities and Ms. Gladue's Death</i>	12
(1) <u>First Night</u>	13
(2) <u>Second Night</u>	14
B. <i>Mr. Barton's After-the-Fact Conduct</i>	19
C. <i>Position of the Crown</i>	26
D. <i>Position of the Defence</i>	32
III. <u>Decisions Below</u>	36
A. <i>Alberta Court of Queen's Bench (Graesser J., Sitting with a Jury)</i>	36
B. <i>Alberta Court of Appeal (Fraser C.J.A., Watson and Martin J.J.A.)</i>	37
IV. <u>Issues</u>	43

Shaun O'Brien et Beverly Jacobs, pour les intervenants Institute for the Advancement of Aboriginal Women et le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, inc.

Cheryl Milne, pour l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights.

Jonathan Rudin et Emily R. Hill, pour l'intervenant Aboriginal Legal Services.

Nathan J. Whitling, pour l'intervenante Criminal Trial Lawyers' Association (Alberta).

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

LE JUGE MOLDAVER —

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphe
I. <u>Aperçu</u>	1
II. <u>Contexte</u>	12
A. <i>Les activités sexuelles et la mort de M^{me} Gladue</i>	12
(1) <u>La première nuit</u>	13
(2) <u>La deuxième nuit</u>	14
B. <i>Le comportement de M. Barton après le fait</i>	19
C. <i>La position du ministère public</i>	26
D. <i>La position de la défense</i>	32
III. <u>Les décisions des juridictions inférieures</u> ...	36
A. <i>Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (le juge Graesser, siégeant avec un jury)</i>	36
B. <i>Cour d'appel de l'Alberta (la juge en chef Fraser et les juges Watson et Martin)</i>	37
IV. <u>Les questions en litige</u>	43

V. <u>Analysis</u>	45	V. <u>Analyse</u>	45
A. <i>Procedural Fairness Principles</i>	45	A. <i>Les principes d'équité procédurale</i>	45
(1) <u>The Crown's Limited Right to Appeal an Acquittal</u>	46	(1) <u>Le droit restreint du ministère public de porter en appel un acquittement</u>	46
(2) <u>New Issues Raised by Appellate Courts</u>	50	(2) <u>Les nouvelles questions soulevées par les cours d'appel</u>	50
(3) <u>The Proper Scope of Intervener Sub- missions in Criminal Appeals</u>	52	(3) <u>La portée que doivent avoir les obser- vations formulées par les intervenants dans des appels en matière criminelle</u>	52
B. <i>Standard of Review for Reversible Error</i>	54	B. <i>La norme de contrôle applicable en cas d'erreur justifiant l'infirmité du verdict</i>	54
C. <i>Section 276 and Prior Sexual Activity Evidence</i>	55	C. <i>L'article 276 et la preuve concernant le comportement sexuel antérieur</i>	55
(1) <u>A Brief History of the Section 276 Regime</u> ...55		(1) <u>Un bref historique du régime prévu à l'art. 276</u>	55
(2) <u>The Section 276 Regime</u>	59	(2) <u>Le régime établi à l'art. 276</u>	59
(3) <u>Proceedings Below</u>	66	(3) <u>Les instances inférieures</u>	66
(4) <u>Procedural Fairness Argument</u>	68	(4) <u>L'argument relatif à l'équité procédurale</u>	68
(5) <u>The Applicability of the Section 276 Regime</u>	70	(5) <u>L'applicabilité du régime de l'art. 276</u>	70
D. <i>Instructions on the Defence of Honest but Mistaken Belief in Communicated Consent</i>	86	D. <i>Les directives sur la défense de la croyance sincère mais erronée au con- sentement communiqué</i>	86
(1) <u>Legal Principles</u>	86	(1) <u>Les principes juridiques</u>	86
(2) <u>Instructions on the Defence of Honest but Mistaken Belief in Communicated Consent</u>	114	(2) <u>Les directives sur la défense de la croyance sincère mais erronée au con- sentement communiqué</u>	114
(3) <u>Mistakes of Law in Mr. Barton's Defence</u> ...	116	(3) <u>Les erreurs de droit dans la défense de M. Barton</u>	116
(4) <u>Additional Guidance on Air of Reality Test and Reasonable Steps</u>	120	(4) <u>Précisions sur le critère de la vraisem- blance et les mesures raisonnables</u>	120
(5) <u>Determination of the "Sexual Activity in Question"</u>	124	(5) <u>La définition de l'« activité sexuelle »</u>	124

E. <i>Instructions on Motive</i>	130	E. <i>Les directives sur le mobile</i>	130
(1) <u>Motive</u>	130	(1) <u>Le mobile</u>	130
(2) <u>Proceedings Below</u>	133	(2) <u>Les procédures devant les juridictions inférieures</u>	133
(3) <u>Discussion</u>	136	(3) <u>Analyse</u>	136
F. <i>Instructions on the Objective Fault Element of Unlawful Act Manslaughter</i>	140	F. <i>Les directives sur l'élément de faute objective de l'infraction d'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal</i>	140
(1) <u>Proceedings Below</u>	140	(1) <u>Les procédures devant les juridictions inférieures</u>	140
(2) <u>Discussion</u>	143	(2) <u>Analyse</u>	143
G. <i>Instructions on After-the-Fact Conduct</i>	144	G. <i>Les directives relatives au comportement après le fait</i>	144
(1) <u>Proceedings Below</u>	144	(1) <u>Les procédures devant les juridictions inférieures</u>	144
(2) <u>Discussion</u>	149	(2) <u>Analyse</u>	149
H. <i>New Trial</i>	159	H. <i>Le nouveau procès</i>	159
(1) <u>A New Trial on Unlawful Act Manslaughter Is Warranted</u>	161	(1) <u>La tenue d'un nouveau procès pour homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal est justifiée</u>	161
(2) <u>A New Trial on First Degree Murder Is Not Warranted</u>	165	(2) <u>La tenue d'un nouveau procès pour meurtre au premier degré n'est pas justifiée</u>	165
I. <i>Other Issues</i>	179	I. <i>Autres questions</i>	179
(1) <u>Vitiating of Consent to Sexual Activity for Public Policy Reasons</u>	180	(1) <u>Le vice de consentement à l'activité sexuelle pour des raisons d'intérêt public</u> ...	180
(2) <u>Instructions on the "Defence" of "Accident"</u>	183	(2) <u>Les instructions relatives à la « défense d'accident »</u>	183
(3) <u>Instructions Addressing Prejudice Against Indigenous Women and Girls in Sexual Assault Cases</u>	195	(3) <u>Les directives relatives aux préjugés contre les femmes et les filles autochtones dans les affaires d'agression sexuelle</u>	195
(4) <u>Language Used to Address Ms. Gladue at Trial</u>	205	(4) <u>Les termes employés pour désigner M^{me} Gladue au procès</u>	205

(5) <u>Intervener Submissions Before the Court of Appeal</u>	208	(5) <u>Les observations des intervenants devant la Cour d’appel</u>	208
(6) <u>Other Issues Considered by the Court of Appeal</u>	209	(6) <u>Les autres questions examinées par la Cour d’appel</u>	209
VI. <u>Conclusion</u>	210	VI. <u>Conclusion</u>	210
I. <u>Overview</u>		I. <u>Aperçu</u>	

[1] We live in a time where myths, stereotypes, and sexual violence against women¹ — particularly Indigenous women and sex workers — are tragically common. Our society has yet to come to grips with just how deep-rooted these issues truly are and just how devastating their consequences can be. Without a doubt, eliminating myths, stereotypes, and sexual violence against women is one of the more pressing challenges we face as a society. While serious efforts are being made by a range of actors to address and remedy these failings both within the criminal justice system and throughout Canadian society more broadly, this case attests to the fact that more needs to be done. Put simply, we can — and *must* — do better.

[2] This appeal centres on the death of Cindy Gladue and Bradley Barton’s role in that death. Ms. Gladue, an Indigenous woman and a sex worker, was found dead in the bathroom of Mr. Barton’s Edmonton hotel room with an 11 cm wound in her vaginal wall. Mr. Barton, who was in town for a moving job, was charged with first degree murder.

[3] At trial before a judge and jury, the Crown’s theory was that on the night of Ms. Gladue’s death, during the course of commercial sexual activities while she was incapacitated by alcohol, Mr. Barton cut the inside of her vagina with a sharp object with

¹ While men also experience sexual violence, women are more likely to be sexually victimized (see J. Benedet, “Marital Rape, Polygamy, and Prostitution: Trading Sex Equality for Agency and Choice?” (2013), 18 *Rev. Const. Stud.* 161, at p. 165). I note that gender non-binary persons, too, can be sexually victimized.

[1] Nous vivons à une époque où les mythes, les stéréotypes et la violence sexuelle contre les femmes¹ — particulièrement les femmes autochtones et les travailleuses du sexe — font hélas partie du quotidien. Notre société n’a toujours pas saisi l’ampleur véritable de ces problèmes profondément enracinés et de leurs conséquences dévastatrices. Sans aucun doute, l’éradication des mythes, des stéréotypes et de la violence sexuelle contre les femmes est l’un des défis les plus urgents auxquels est confrontée notre société. Alors que tout un éventail d’intervenants s’efforcent véritablement de répondre et de remédier à ces lacunes tant au sein du système de justice pénale que dans l’ensemble de la société canadienne, la présente affaire fait foi du travail qu’il reste à accomplir. En termes simples, il est possible — et *impératif* — d’en faire davantage.

[2] Le présent pourvoi porte principalement sur la mort de Cindy Gladue et le rôle que Bradley Barton a joué à cet égard. M^{me} Gladue, femme autochtone et travailleuse du sexe, a été retrouvée sans vie dans la salle de bain de la chambre d’hôtel réservée par M. Barton à Edmonton, avec une blessure de 11 cm à la paroi vaginale. M. Barton, qui se trouvait en ville pour un emploi de déménageur, a été inculpé de meurtre au premier degré.

[3] Au procès devant juge et jury, le ministère public a avancé la thèse selon laquelle, la nuit où elle est morte, M^{me} Gladue participait à des activités sexuelles de nature commerciale alors que ses facultés étaient affaiblies par l’alcool. Au cours

¹ Les hommes risquent aussi d’être victimes de violence sexuelle, mais les femmes sont davantage susceptibles de subir des sévices sexuels (voir J. Benedet, « Marital Rape, Polygamy, and Prostitution : Trading Sex Equality for Agency and Choice? » (2013), 18 *R. études const.* 161, p. 165). Je tiens à préciser que les personnes non binaires peuvent également subir pareils sévices.

intent to seriously harm or kill her. He then carried her to the bathroom where she bled to death. This was, in the Crown's submission, murder while committing sexual assault with a weapon. As such, it constituted first degree murder. Alternatively, the Crown took the position that if Mr. Barton did not murder Ms. Gladue, he committed unlawful act manslaughter by causing her death in the course of a sexual assault.

[4] Mr. Barton told a different story. He testified that he and Ms. Gladue engaged in "similar" consensual sexual activity on both the night leading up to her death and the previous night. On both occasions, he said, he formed his fingers into a cone and penetrated her vagina, thrusting repeatedly. He claimed that on the second night, after thrusting deeper, more forcefully, and for a longer duration, she started to bleed unexpectedly, at which point the sexual activity came to a halt. Ms. Gladue then went into the bathroom and he promptly fell asleep, only to awake the next morning to find her dead in the bathtub. He said that after discovering her lifeless body, he left the hotel in a panic, returned, called 911, and fabricated different versions of a false story. Although he admitted at trial that he tore her vaginal wall and thereby caused her death, he claimed this was a non-culpable "accident". He denied ever using a sharp object and asserted that she consented to the sexual activities in question — or at least he honestly *believed* she did.

[5] At trial, although Mr. Barton testified at length about his sexual activity with Ms. Gladue on the night before her death, no application was made, and no separate hearing held, to determine the admissibility of that evidence. Nor was the jury given

de cette activité, M. Barton a fait une incision à l'intérieur du vagin de M^{me} Gladue au moyen d'un objet tranchant dans l'intention de lui causer des blessures graves ou de la tuer. Il l'a ensuite portée dans la salle de bain où elle est morte au bout de son sang. Selon le ministère public, M. Barton a ainsi perpétré un meurtre en commettant une agression sexuelle armée. Il s'agissait donc d'un meurtre au premier degré. Subsidiairement, le ministère public a fait valoir que, si M. Barton n'avait pas assassiné M^{me} Gladue, il avait alors commis un homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal pour avoir causé la mort de celle-ci au cours d'une agression sexuelle.

[4] Monsieur Barton a donné une version différente des faits. Il a déclaré que, la nuit où M^{me} Gladue est morte et la nuit précédant son décès, ils s'étaient livrés à une activité sexuelle consensuelle [TRADUCTION] « similaire ». Lors des deux occasions, il a placé ses doigts en forme de cône et les a insérés dans le vagin de M^{me} Gladue, en effectuant maintes fois un mouvement de va-et-vient. Il a affirmé que, la deuxième nuit, après qu'il ait poussé vers l'intérieur plus profondément, plus vigoureusement et plus longtemps, M^{me} Gladue a commencé à saigner de manière inattendue, ce qui a mis fin aux rapports sexuels. M^{me} Gladue s'est ensuite rendue à la salle de bain et il s'est endormi rapidement, pour se réveiller le lendemain matin et la trouver morte dans la baignoire. Il a ajouté qu'après avoir découvert le corps sans vie de M^{me} Gladue, il a quitté la chambre d'hôtel pris de panique, y est retourné, a composé le 911 et a inventé différentes versions d'un récit fictif. Bien qu'il ait admis au procès qu'il avait déchiré la paroi vaginale de M^{me} Gladue, causant ainsi la mort de cette dernière, M. Barton a dit qu'il s'agissait d'un « accident » non coupable. Il a nié avoir utilisé un objet tranchant et a déclaré que M^{me} Gladue avait consenti aux activités sexuelles en question ou, à tout le moins, qu'il *croyait* sincèrement que tel était le cas.

[5] Au procès, bien que M. Barton ait expliqué en détail l'activité sexuelle à laquelle il s'était livré avec M^{me} Gladue la nuit précédant le décès de cette dernière, aucune demande n'a été présentée et aucune audition distincte n'a été tenue pour déterminer

any limiting instruction identifying the purposes for which that evidence could and *could not* be used — this, despite the regime under s. 276 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which imposes these and other requirements.

[6] After having received the trial judge's final charge outlining the legal principles to be applied, the jury acquitted Mr. Barton of first degree murder and the included offence of unlawful act manslaughter. The Crown appealed, seeking a new trial.

[7] In lengthy and detailed reasons, the Alberta Court of Appeal identified a list of errors that it said warranted a new trial. In addition, the Court of Appeal expressed serious concern that nationally used pattern jury charges on sexual offences contribute to stereotypes, cause persistent analytical problems in applying the law, and exacerbate inequality, leading it to recommend new pattern jury instructions. In the result, the Court of Appeal allowed the Crown's appeal, set aside Mr. Barton's acquittal, and ordered a new trial on first degree murder.

[8] Mr. Barton now appeals to this Court. He maintains that he was denied procedural fairness at the Court of Appeal and that the legal errors identified by that court were either non-existent or of no moment. On this basis, he asks that his acquittal be restored. The Crown, for its part, maintains that the Court of Appeal observed the requirements of procedural fairness and its decision to order a new trial on first degree murder was sound.

[9] For reasons that follow, I am of the view that a new trial is warranted. The central error committed by the trial judge was his failure to comply with the mandatory requirements set out under the s. 276 regime. That error had ripple effects, most acutely in the instructions on the defence of honest but mistaken belief in communicated consent, upon which

l'admissibilité de cette déposition. Le jury n'a pas non plus reçu de directive restrictive indiquant à quelle fin ce témoignage pouvait ou *ne pouvait pas* servir, et ce, en dépit du régime prévu à l'art. 276 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, qui impose, entre autres, ces exigences.

[6] Après avoir reçu l'exposé final du juge du procès faisant état des principes juridiques applicables, le jury a acquitté M. Barton de meurtre au premier degré et de l'infraction incluse d'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal. Le ministère public a interjeté appel, demandant la tenue d'un nouveau procès.

[7] Dans de longs motifs détaillés, la Cour d'appel de l'Alberta a dressé la liste des erreurs qui justifiaient selon elle la tenue d'un nouveau procès. En outre, la Cour d'appel s'est dite fort préoccupée par le modèle national d'exposé fait aux jurés relativement aux infractions d'ordre sexuel qui favorise les stéréotypes, compromet constamment l'analyse et l'application des règles de droit et exacerbe les inégalités, de sorte qu'elle a recommandé l'élaboration d'un nouveau modèle de directives au jury. Par conséquent, la Cour d'appel a accueilli l'appel du ministère public, annulé l'acquiescement de M. Barton et ordonné la tenue d'un nouveau procès pour meurtre au premier degré.

[8] Monsieur Barton se pourvoit à présent devant notre Cour. Il soutient que la Cour d'appel l'a privé de l'équité procédurale et que les erreurs de droit relevées par ce tribunal étaient soit inexistantes soit sans importance. C'est pourquoi il demande que son acquiescement soit rétabli. De son côté, le ministère public fait valoir que la Cour d'appel a respecté l'obligation d'équité procédurale et que sa décision d'ordonner la tenue d'un nouveau procès pour meurtre au premier degré était fondée.

[9] Pour les motifs qui suivent, j'estime que la tenue d'un nouveau procès est justifiée. La principale erreur du juge du procès a été de ne pas se conformer aux conditions impératives du régime énoncé à l'art. 276. L'erreur en question a eu un effet d'entraînement, surtout quant aux directives données sur la défense de la croyance sincère mais erronée

Mr. Barton relied.² In particular, non-compliance with the s. 276 regime, which serves a crucial screening function where an accused relies on the complainant's prior sexual activities in support of his defence, translated into a failure to expose and properly address misleading evidence and mistakes of law arising from Mr. Barton's defence. This in turn resulted in reversible error warranting a new trial.

[10] That said, I am respectfully of the view that the new trial should be restricted to the offence of unlawful act manslaughter, not murder. As I will develop, in view of the position taken by the Crown at trial, the charge of murder against Mr. Barton hinged on a relatively straightforward factual question: In causing Ms. Gladue's death, did Mr. Barton use a sharp object? If he did, then all that was left to prove was that he had the requisite intent for murder, a proposition which would follow readily from evidence that he used a sharp object. If he did not, then in view of the position taken by the Crown, the charge of murder could not be sustained. Evidently, the jury rejected the Crown's sharp object theory, and as I will demonstrate, none of the legal errors committed in the course of the trial had a material bearing on the murder charge. In the circumstances, I am of the view that it would be inappropriate to require Mr. Barton to face a new trial on first degree murder.

[11] Accordingly, I would allow the appeal in part and order a new trial on unlawful act manslaughter.

au consentement communiqué, que M. Barton avait invoquée². Plus précisément, le non-respect du régime de l'art. 276, qui exerce une fonction cruciale de filtrage lorsque l'accusé invoque pour sa défense le comportement sexuel antérieur du plaignant, a entraîné le défaut d'exposer et de prendre correctement en compte les éléments de preuve trompeurs et les erreurs de droit découlant du moyen de défense invoqué par M. Barton, ce qui a donné lieu à une erreur justifiant l'infirmité du verdict et la tenue d'un nouveau procès.

[10] Cela dit, je suis d'avis, avec égards, que le nouveau procès devrait porter uniquement sur l'infraction d'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal, et non sur l'infraction de meurtre. Comme je l'expliquerai plus loin, compte tenu de la position adoptée par le ministère public au procès, l'accusation de meurtre portée contre M. Barton se résume à une question factuelle relativement simple : Ce dernier a-t-il utilisé un objet tranchant pour causer la mort de M^{me} Gladue? Dans l'affirmative, il ne restait qu'à démontrer que M. Barton avait l'intention requise pour commettre un meurtre, ce qui ressortirait d'ailleurs aisément de la preuve selon laquelle il a utilisé un objet tranchant. Dans la négative, vu la position du ministère public, l'accusation de meurtre ne saurait être maintenue. De toute évidence, le jury a rejeté la thèse du ministère public concernant l'objet tranchant, et comme je le démontrerai plus loin, aucune des erreurs de droit commises au procès n'a eu une incidence significative sur l'accusation de meurtre. Dans les circonstances, j'estime qu'il ne conviendrait pas d'obliger M. Barton à subir un nouveau procès pour meurtre au premier degré.

[11] Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès pour homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal.

² In Part V(D)(1)(d) of these reasons, I will explain why the language "honest but mistaken belief in *communicated* consent" should be preferred over the language "honest but mistaken belief in consent".

² Au point V(D)(1)d) des présents motifs, j'explique pourquoi il convient d'utiliser l'énoncé « croyance sincère mais erronée au consentement *communiqué* » plutôt que « croyance sincère mais erronée au consentement ».

II. Background

A. *Sexual Activities and Ms. Gladue's Death*

[12] In June 2011, Mr. Barton, a large and strong man who works as a mover, rented an Edmonton hotel room for two nights while on a long-haul moving job with two colleagues. On both nights, he engaged in commercial sexual activities with Ms. Gladue, a 36-year-old Indigenous woman of Métis and Cree ancestry and a sex worker. What happened on those two nights was largely contested at trial.

(1) First Night

[13] Mr. Barton testified that on the first night, he agreed to pay Ms. Gladue \$60 for “everything”, which he defined as “intercourse, sex”. He said that in his hotel room, she performed oral sex on him, and at the same time he formed his fingers into a cone and inserted his hand into her vagina, thrusting repeatedly “just past the knuckle” for 5 to 10 minutes. He described her body language as being “good” throughout, and he did not notice any “problems or difficulties or disagreement on her part” (A.R., vol. IV, at p. 237). They then had vaginal intercourse, after which they exchanged phone numbers and she left for the night.

(2) Second Night

[14] On the second night, Mr. Barton called Ms. Gladue and they agreed to meet at the hotel bar, where Mr. Barton was having drinks with one of his work colleagues. At the bar, Ms. Gladue placed her leg over Mr. Barton's lap and they were acting friendly towards one another, with Mr. Barton touching and stroking Ms. Gladue's leg. She had a couple of drinks while at the bar.

II. Contexte

A. *Les activités sexuelles et la mort de M^{me} Gladue*

[12] En juin 2011, M. Barton, un homme grand et robuste qui travaillait en tant que déménageur, a loué une chambre d'hôtel à Edmonton pour deux nuits alors qu'il s'occupait d'un déménagement à longue distance avec deux collègues. Les deux nuits, il s'est livré à des activités sexuelles commerciales en compagnie de M^{me} Gladue, une autochtone de descendance métisse et crie âgée de 36 ans et travailleuse du sexe. Les événements survenus au cours de ces deux nuits ont été largement contestés au procès.

(1) La première nuit

[13] Dans son témoignage, M. Barton a affirmé que, la première nuit, il avait accepté de verser à M^{me} Gladue 60 \$ pour [TRADUCTION] « l'ensemble » des services, qu'il a défini comme des « rapports sexuels ». Il a dit que, dans sa chambre d'hôtel, M^{me} Gladue lui avait fait une fellation et qu'au cours de cette même activité il avait placé ses doigts en forme de cône et les avait insérés dans son vagin, en effectuant maintes fois un mouvement de va-et-vient « tout juste au-delà de la jointure des doigts », et ce, pendant 5 à 10 minutes. Il a décrit le langage corporel de M^{me} Gladue comme étant « positif » tout au long de l'activité et a indiqué ne pas avoir remarqué de « problèmes, difficultés ou désaccord de sa part » (d.a., vol. IV, p. 237). Ils ont ensuite eu des rapports sexuels avec pénétration vaginale, ont échangé leurs numéros de téléphone et M^{me} Gladue est partie.

(2) La deuxième nuit

[14] La deuxième nuit, M. Barton a téléphoné à M^{me} Gladue et ils ont convenu de se rencontrer au bar de l'hôtel, où M. Barton prenait un verre en compagnie de l'un de ses collègues de travail. Au bar, M^{me} Gladue a mis sa jambe sur les genoux de M. Barton. Les deux adoptaient un comportement amical l'un envers l'autre, alors que M. Barton caressait la jambe de M^{me} Gladue. Cette dernière a pris quelques verres.

[15] After last call, Mr. Barton, Ms. Gladue, and Mr. Barton’s work colleague got up and left. On the way back to his room, Mr. Barton asked his colleague if he wanted “a piece” of Ms. Gladue. His colleague declined, so Mr. Barton and Ms. Gladue proceeded to Mr. Barton’s room alone.

[16] Mr. Barton testified that while he and Ms. Gladue did not discuss what sexual activities would be performed that night in his hotel room, they agreed to the same price as the night before and Ms. Gladue “[knew] what she was coming for” (A.R., vol. IV, at p. 253). He said that after the two each had a beer in his room, he said, “Cindy, let’s get at this”, to which she replied, “okay”. She then went into the bathroom and came out nude, then sat on the corner of the bed. He said he asked her if she was “all good to go and ready” and she replied, “yeah”.

[17] Mr. Barton testified that Ms. Gladue, while seated at the corner of the bed, “pulled [him] in” and performed oral sex on him while he was standing, and he then began thrusting his fingers into her vagina (A.R., vol. IV, at p. 255). He admitted that the thrusting on the second night, which he said lasted about 10 minutes, was “[a] little harder than the night before. And maybe . . . a little farther” — 1 or 2 centimetres past his knuckles (*ibid.*, at p. 256). He said that as he was thrusting, “[c]ommunication was good” and “[t]here was moaning and groaning going on, all good signs, working it really good, thrusting. It was good. All signs were go”. He agreed in chief that she never “express[ed] any disagreement”. He also said that she was expressing pleasure through “moans and groans” and that she was making “good moans”.

[18] Mr. Barton testified that he stopped thrusting and noticed blood on his fingers. He said he asked

[15] À la fermeture du bar, M. Barton, M^{me} Gladue et le collègue de M. Barton ont quitté les lieux. En retournant à sa chambre, M. Barton a demandé à son collègue s’il voulait lui aussi [TRADUCTION] « s’amuser » avec M^{me} Gladue. Ce dernier ayant refusé, M. Barton est retourné dans sa chambre en compagnie de M^{me} Gladue.

[16] Monsieur Barton a précisé dans son témoignage qu’il n’avait pas discuté avec M^{me} Gladue des activités sexuelles auxquelles ils allaient se livrer cette nuit-là dans sa chambre d’hôtel, mais qu’ils s’étaient entendus sur le même prix que la veille, et que M^{me} Gladue [TRADUCTION] « [connaissait] le but de sa visite » (d.a., vol. IV, p. 253). Il a ajouté qu’après avoir pris chacun une bière dans sa chambre, il a dit : « allons droit au but, Cindy », ce à quoi elle a répondu : « d’accord ». Elle est ensuite allée dans la salle de bain d’où elle est ressortie nue et s’est assise sur le coin du lit. M. Barton dit lui avoir demandé si elle était « prête à commencer », question à laquelle elle a répondu « oui ».

[17] Dans son témoignage, M. Barton a affirmé que, tout en se tenant assise sur le coin du lit, M^{me} Gladue l’avait [TRADUCTION] « attiré vers elle » et lui avait fait une fellation pendant qu’il restait debout et qu’il avait alors commencé à pousser les doigts à l’intérieur de son vagin (d.a., vol. IV, p. 255). Il a admis que le mouvement de va-et-vient effectué la deuxième nuit, qui avait duré à son avis environ 10 minutes, était « [u]n peu plus vigoureux que la nuit précédente et peut-être [. . .] un peu plus profond », soit 1 ou 2 centimètres au-delà de la jointure des doigts (*ibid.*, p. 256). Selon lui, pendant qu’il effectuait le mouvement de va-et-vient, « [l]a communication était bonne », M^{me} Gladue « gémissait et haletait, ce qui était bon signe, c’était tellement bien et le mouvement de va-et-vient continuait. C’était bien. Tous les signes étaient positifs ». Il était d’accord au cours de l’interrogatoire principal pour dire que M^{me} Gladue n’avait jamais « exprimé de désaccord ». M. Barton a ajouté qu’elle manifestait son plaisir par des « gémissements et halètements » qui exprimaient « son plaisir ».

[18] Monsieur Barton a indiqué avoir arrêté le mouvement de va-et-vient et remarqué du sang sur

Ms. Gladue whether she was on her period and she replied, “Maybe I am”. He said he was no longer interested in having sex with her and refused to pay her. He then cleaned up in the bathroom, came back, and told her to wash up and leave. He said she then went into the bathroom, after which he promptly fell asleep.

B. Mr. Barton’s After-the-Fact Conduct

[19] Mr. Barton testified that he awoke to find Ms. Gladue dead in a pool of blood in the bathtub and panicked. He stepped in the blood, grabbed a towel, cleaned his feet and part of the floor, got dressed, and left the room. He threw the bloody towel in a garbage bin outside, where it was later recovered by the police. He put his bag in his van, went back to the hotel, and checked out.

[20] Mr. Barton then went back to his van, where he was joined by one of his work colleagues. The colleague told Mr. Barton they were going to have a good day, to which Mr. Barton replied: “Not until the police come”. He then told his colleague that there was a girl in his room bleeding. He claimed he did not know her; she had just showed up at his hotel door the night before and asked to take a shower and he let her in. His colleague told him to go back to the hotel and call 911.

[21] Mr. Barton returned to the hotel and asked the clerk for a new key card, claiming he had forgotten some papers. He then dialed 911 using the hotel room phone and asked for the police. He told the operator that a girl he did not know knocked on his door the night before and wanted to use his shower, and he went to bed and woke up the next morning to find her dead in his bathtub. He told the operator he was “shaking like crazy” and “scared shitless” (R.R., at pp. 39-40).

ses doigts. Il a dit avoir demandé à M^{me} Gladue si elle avait ses règles et elle a répondu : « Peut-être que oui ». Il a déclaré qu’il ne voulait plus avoir des relations sexuelles avec elle et qu’il avait refusé de la payer. Il est ensuite allé se laver dans la salle de bain, est revenu et a dit à M^{me} Gladue de faire sa toilette et de partir. Il a ajouté qu’elle était allée à son tour dans la salle de bain et qu’il s’était endormi rapidement peu après.

B. Le comportement de M. Barton après le fait

[19] Dans son témoignage, M. Barton a indiqué qu’il s’était réveillé pour trouver M^{me} Gladue morte dans la baignoire dans une mare de sang et qu’il avait paniqué. Il a marché dans le sang, a saisi une serviette, a nettoyé ses pieds ainsi qu’une partie du plancher, s’est habillé et a quitté la chambre. Il a jeté la serviette trempée de sang dans une poubelle à l’extérieur, où les policiers l’ont retrouvée par la suite. M. Barton a déposé son sac dans sa fourgonnette et est retourné à l’hôtel pour régler les formalités de départ.

[20] Monsieur Barton est retourné ensuite à sa fourgonnette où il a été rejoint par l’un de ses collègues. Ce dernier lui a dit que la journée s’annonçait belle et M. Barton a donné la réponse suivante : [TRADUCTION] « Pas avant que la police arrive ». Il a ajouté qu’il y avait une fille ensanglantée dans sa chambre. Il a affirmé qu’il ne la connaissait pas; qu’elle s’était simplement pointée à sa porte la nuit précédente et lui avait demandé la permission de prendre une douche, ce qu’il avait accepté. Son collègue lui a dit de retourner à l’hôtel et de composer le 911.

[21] Monsieur Barton est retourné à l’hôtel où il a demandé au commis à la réception une nouvelle carte d’accès, prétextant qu’il avait oublié quelques documents dans la chambre. Il a ensuite composé le 911 à partir du téléphone qui se trouvait dans la chambre d’hôtel et a demandé le service de police. Il a dit à l’opérateur qu’une fille qu’il ne connaissait pas avait frappé à sa porte la nuit précédente et demandé d’utiliser la douche, qu’il s’était ensuite couché et qu’à son réveil le lendemain matin, il l’avait trouvée morte dans la baignoire. Il a ajouté qu’il [TRADUCTION] « trembl[ait] en diable » et qu’il avait « une peur bleue » (d.i., p. 39-40).

[22] When the police arrived, Mr. Barton told an officer that “I didn’t do anything. I’m married, and I don’t do this stuff” (R.R., at p. 35). Later that day, Mr. Barton met up with one of his colleagues at the truck stop and explained that he was “fingering” Ms. Gladue when she started to bleed, at which point he said “that was enough of that” and “passed out” (A.R., vol. III, at p. 125).

[23] An autopsy, performed on Ms. Gladue the day after her death, revealed an 11 cm wound that went completely through, and ran almost the full length of, her vaginal wall. Cause of death was determined to be loss of blood due to her injury.

[24] The following day, the police arrested Mr. Barton in Calgary and transported him back to Edmonton in a van. While in the van, Mr. Barton initiated a conversation with an undercover officer posing as a fellow prisoner. Mr. Barton said he rented the hotel room but let two guys who were working with him sleep in it while he slept in his truck. He said that he entered the room in the morning to find the room trashed and a girl sitting in the bathtub covered in blood, prompting him to call the police immediately. He denied any wrongdoing.

[25] Mr. Barton was charged with first degree murder.

C. *Position of the Crown*

[26] The Crown’s case on first degree murder hinged on its submission that Mr. Barton cut Ms. Gladue’s vaginal wall using a sharp object, intending to seriously harm or kill her. The Crown maintained that after he cut her, he carried her to the bathroom and placed her in the bathtub where she bled to death. This was, in the Crown’s submission, murder while committing sexual assault with a weapon. As such, it constituted first degree murder under ss. 231(5)(c) and 235 of the *Code*. While no “murder weapon” was found, the Crown

[22] À l’arrivée des policiers, M. Barton a dit ceci à un agent : [TRADUCTION] « Je n’ai rien fait. Je suis marié et je ne m’adonne pas à ces activités » (d.i., p. 35). Plus tard dans la journée, M. Barton a rencontré l’un de ses collègues à la halte routière et lui a expliqué qu’il était en train de « pénétrer [M^{me} Gladue] avec ses doigts » lorsqu’elle s’était mise à saigner, moment auquel il a dit qu’il en avait « assez » et était « tombé comme une masse » (d.a., vol. III, p. 125).

[23] L’autopsie effectuée le jour suivant la mort de M^{me} Gladue a révélé l’existence d’une blessure de 11 cm qui avait complètement déchiré la paroi vaginale et qui s’étendait sur presque toute sa longueur. Le décès a été attribué à l’hémorragie causée par la blessure.

[24] Le lendemain, la police a arrêté M. Barton à Calgary et l’a ramené à Edmonton dans une fourgonnette. Pendant le déplacement, M. Barton a entamé une conversation avec un agent qui se faisait passer pour un détenu. M. Barton a affirmé qu’il avait loué la chambre d’hôtel, mais qu’il avait laissé deux de ses collègues la partager et qu’il avait dormi dans son camion. Il a dit qu’il était entré dans la chambre le lendemain matin pour constater qu’elle avait été saccagée et qu’il y avait une fille couverte de sang dans la baignoire, ce qui l’avait amené à appeler immédiatement la police. Il a nié tout acte répréhensible.

[25] Monsieur Barton a été inculpé de meurtre au premier degré.

C. *La position du ministère public*

[26] Selon la thèse avancée par le ministère public au sujet du meurtre au premier degré, M. Barton aurait sectionné la paroi vaginale de M^{me} Gladue au moyen d’un objet tranchant dans l’intention de lui causer de graves blessures ou de la tuer. Le ministère public a fait valoir qu’après lui avoir infligé une coupure, M. Barton avait amené M^{me} Gladue dans la salle de bain et l’avait placée dans la baignoire où elle est morte au bout de son sang. Selon le ministère public, il s’agissait d’un meurtre commis dans le contexte d’une agression sexuelle armée.

hypothesized that Mr. Barton might have disposed of it in a grassy area near the hotel.

[27] Alternatively, the Crown took the position that if Mr. Barton did not murder Ms. Gladue, he committed unlawful act manslaughter contrary to ss. 222(5)(a) and 234 of the *Code* by causing her death in the course of a sexual assault (see *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3). While the Crown spent relatively little time developing this alternative theory at trial, it identified three independent routes to a manslaughter conviction, all of which rested on a finding of sexual assault against Ms. Gladue, which in turn hinged on proof of one of the following: lack of capacity to consent on Ms. Gladue's part due to intoxication; lack of actual consent on her part; or vitiation of consent due to public policy reasons — namely, because Mr. Barton intentionally caused bodily harm to her in the course of otherwise consensual sexual activities.

[28] Two Crown experts testified that the wound which led to Ms. Gladue's death was caused by a sharp object. These experts considered that there was an absence of “bridging” — that is, small tissue fibres across the mouth of the wound — that would characterize a laceration (the tearing of soft body tissue) caused by blunt force trauma. The Crown also adduced an opinion from one of its experts that in order to cause Ms. Gladue's injury by insertion of one's fingers and hand into her vagina, it would have taken “extreme”, “excessive”, or “considerable” force (A.R., vol. IV, at pp. 78-79). The expert defined “considerable” force to mean “an independent witness . . . would know . . . you're going to hurt that person” (*ibid.*, at p. 78).

L'acte perpétré constituait ainsi un meurtre au premier degré au sens de l'al. 231(5)c) et de l'art. 235 du *Code*. Même si aucune [TRADUCTION] « arme du crime » n'a été retrouvée, le ministère public a émis l'hypothèse que M. Barton s'en était débarrassé dans le champ couvert d'herbes à proximité de l'hôtel.

[27] Subsidiairement, le ministère public a fait valoir que, si M. Barton n'avait pas assassiné M^{me} Gladue, il avait alors commis un homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal, en contravention de l'al. 222(5)a) et de l'art. 234 du *Code*, en causant sa mort au cours d'une agression sexuelle (voir *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3). Le ministère public n'a pas vraiment insisté sur cette thèse subsidiaire au procès, mais a formulé trois raisonnements distincts permettant de parvenir à une déclaration de culpabilité pour homicide involontaire, qui étaient tous fondés sur une conclusion d'agression sexuelle à l'endroit de M^{me} Gladue, laquelle reposait de son côté sur la démonstration de l'un des éléments suivants : l'incapacité de M^{me} Gladue de donner son consentement en raison de l'ivresse; l'absence de consentement réel de sa part; ou l'invalidation du consentement pour des raisons d'ordre public, soit au motif que M. Barton avait intentionnellement causé à M^{me} Gladue des lésions corporelles lors d'activités sexuelles autrement consensuelles.

[28] Deux experts du ministère public ont affirmé dans leur témoignage que la blessure qui a entraîné le décès de M^{me} Gladue avait été infligée par un objet tranchant. Les experts ont estimé qu'il n'y avait pas de [TRADUCTION] « ponts tissulaires », à savoir des petits fragments de tissu à travers l'ouverture de la plaie, propres à une lacération (déchirement des tissus mous) causée par un traumatisme contondant. Le ministère public a présenté aussi l'opinion de l'un de ses témoins experts selon laquelle, pour qu'une personne puisse causer la blessure de M^{me} Gladue par l'insertion des doigts et de la main dans son vagin, elle aurait dû recourir à une force [TRADUCTION] « extrême », « excessive » ou « considérable » (d.a., vol. IV, p. 78-79). L'expert a expliqué la notion de force « considérable » comme suit : « . . . un témoin indépendant [. . .] saurait [. . .] que la personne finira par faire mal à l'autre » (*ibid.*, p. 78).

[29] In addition, the Crown led toxicology evidence showing that Ms. Gladue's blood alcohol concentration at the time of death was 340 mg, over four times the legal limit to drive. Relying on this and other evidence, the Crown theorized that Ms. Gladue was incapacitated and lying in the middle of the bed when Mr. Barton used a sharp object to cut her.

[30] The Crown also adduced evidence from an expert bloodstain analyst who noted that while bloodstains were found at the centre of the bed, none were found on the corner of the bed where Mr. Barton said Ms. Gladue was sitting, nor was there any blood on the carpet across which Ms. Gladue would have had to walk to enter the bathroom on her own.

[31] Finally, Crown counsel took the position that Mr. Barton's after-the-fact conduct — that is, the things he said and did after the alleged commission of the offence — betrayed his consciousness of guilt and belied his claim that Ms. Gladue's death was a mere "accident".

D. *Position of the Defence*

[32] In his defence, Mr. Barton denied using a sharp object. He also relied on the evidence of an expert who, unlike the Crown experts, noticed significant bridging in Ms. Gladue's wound and testified that it was a laceration resulting from blunt force trauma, not a cut. When presented with a hypothetical mirroring the sexual activity Mr. Barton said took place on the second night, the defence expert agreed that such activity could have caused the injury. She further stated that a number of factors might affect the strength of a woman's vaginal wall (e.g., age, nutrition, alcoholism, frequent sexual activity), and if the kind of sexual activity described by Mr. Barton did in fact occur on the first night, then that too could have weakened Ms. Gladue's vaginal wall on the second night.

[29] De plus, le ministère public a présenté des éléments de preuve de nature toxicologique indiquant qu'au moment de son décès, M^{me} Gladue avait une alcoolémie de 340 mg, soit quatre fois la limite permise par la loi pour conduire. S'appuyant, entre autres, sur ces éléments de preuve, le ministère public a avancé la thèse que M^{me} Gladue était ivre et gisait au milieu du lit lorsque M. Barton s'est servi d'un objet tranchant pour lui infliger une coupure.

[30] Le ministère public a présenté également le témoignage d'un expert analyste des taches de sang qui a indiqué que, si on a retrouvé des taches de sang au milieu du lit, il n'y en avait aucune au coin du lit, où M^{me} Gladue était assise aux dires de M. Barton, ni d'ailleurs sur le tapis sur lequel M^{me} Gladue aurait eu à marcher pour se rendre dans la salle de bain.

[31] Enfin, l'avocate du ministère public s'est dite d'avis que le comportement de M. Barton après le fait — c'est-à-dire les propos qu'il a tenus et les gestes qu'il a posés après la perpétration alléguée de l'infraction — avait trahi sa conscience de culpabilité et contredit sa prétention selon laquelle le décès de M^{me} Gladue était attribuable à un simple [TRADUCTION] « accident ».

D. *La position de la défense*

[32] En défense, M. Barton a nié avoir utilisé un objet tranchant. Il s'est également appuyé sur l'opinion d'une experte qui, contrairement aux experts du ministère public, a remarqué une forte présence de ponts tissulaires dans la blessure de M^{me} Gladue et a déclaré qu'il s'agissait d'une laceration causée par un traumatisme contondant, et non d'une coupure. Lorsqu'on lui a présenté le scénario hypothétique concernant l'activité sexuelle qui avait eu lieu la deuxième nuit, selon les dires de M. Barton, l'experte de la défense a convenu que l'activité en question aurait pu causer la blessure. Elle a indiqué que la résistance de la paroi vaginale d'une femme pouvait dépendre de plusieurs facteurs, dont l'âge, la nutrition, l'alcoolisme, la fréquence des rapports sexuels, et a ajouté que, si l'activité sexuelle décrite par M. Barton avait effectivement eu lieu la première nuit, il s'agissait d'un facteur de plus qui aurait pu contribuer à l'affaiblissement de la paroi vaginale de M^{me} Gladue la deuxième nuit.

[33] The defence further took the position that Ms. Gladue was only moderately intoxicated on the second night, relying on video evidence of her walking in the hotel hallway, evidence from various witnesses, and Mr. Barton's own testimony. The defence also maintained that Ms. Gladue consented to the sexual activity that occurred on both nights. In his closing address to the jury, defence counsel submitted that it was evident she consented on the second night because she left her clothes in the bathroom, came out naked, and "[s]he's a prostitute, and she's consenting to the sex" (A.R., vol. V, at p. 205). Counsel maintained that, in any event, "Mr. Barton would have obviously believed that she was consenting to sex" (*ibid.*), and therefore he could rely on the defence of honest but mistaken belief in communicated consent. Counsel stressed that there were "no groans of disagreement, in fact, only groans of agreement" and "there [were] no signs that she was in disagreement" (*ibid.*). Counsel also emphasized that the sexual activity was essentially the same both nights, the only difference being the depth of thrusting, and "Mr. Barton believes she consented night number one, night number two" (*ibid.*).

[34] The defence conceded several elements of unlawful act manslaughter — in particular, the defence conceded that Mr. Barton caused Ms. Gladue's death and the sexual activity in question was inherently dangerous and posed an objectively foreseeable risk that Ms. Gladue would suffer bodily harm. However, the defence maintained that this death was a mere "accident", which he claimed was antithetical to an intention to cause bodily harm and therefore did not amount to a vitiation of consent.

[35] Mr. Barton also admitted to virtually all of the after-the-fact conduct revealed in the Crown's case. He acknowledged that he told a string of lies but said he was in a state of shock, panic, and fear that his wife and employer would find out that he was involved with a sex worker. He also said he lied

[33] La défense a en outre affirmé que M^{me} Gladue était dans un état d'ébriété modéré la deuxième nuit, invoquant la preuve vidéo qui la montre marchant dans le couloir de l'hôtel, les déclarations de divers témoins, ainsi que la déposition de M. Barton lui-même. La défense a aussi fait valoir que M^{me} Gladue avait donné son consentement à l'activité sexuelle qui s'était déroulée les deux nuits. Dans son exposé final au jury, l'avocat de la défense a affirmé que le consentement de M^{me} Gladue la deuxième nuit était manifeste puisqu'elle s'était déshabillée dans la salle de bain, en était ressortie nue et qu'elle [TRADUCTION] « se prostituait et était consentante aux rapports sexuels » (d.a., vol. V, p. 205). L'avocat de la défense a soutenu qu'en tout état de cause, « M. Barton a manifestement cru qu'elle était consentante aux rapports sexuels » (*ibid.*), et qu'il pouvait donc invoquer la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué. L'avocat a souligné qu'il n'y avait pas de « lamentations, mais seulement des gémissements de plaisir » et que « rien n'indiquait qu'elle n'était pas d'accord » (*ibid.*). L'avocat a également souligné que l'activité sexuelle en question était pour l'essentiel la même les deux nuits, la seule différence tenant à la profondeur du mouvement de va-et-vient, précisant que « M. Barton croit qu'elle a consenti la première nuit, ainsi que la deuxième nuit » (*ibid.*).

[34] La défense a concédé l'existence de plusieurs éléments constitutifs de l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal, admettant en particulier que M. Barton a causé la mort de M^{me} Gladue et que l'activité sexuelle en question était dangereuse de par sa nature et présentait un risque objectivement prévisible que M^{me} Gladue subisse des lésions corporelles. Or, l'avocat de la défense a fait valoir que la mort de M^{me} Gladue était purement [TRADUCTION] « accidentelle », ce qui constituait l'antithèse de l'intention de causer des lésions corporelles et n'était donc pas assimilable à un vice de consentement.

[35] Monsieur Barton a aussi admis pratiquement l'ensemble du comportement après le fait révélé par la preuve du ministère public. Il a reconnu avoir débité une série de mensonges, mais a déclaré qu'il était dans un état de choc et de panique et qu'il craignait que son épouse et son employeur apprennent

because he was suspicious of everyone with whom he spoke.

III. Decisions Below

A. *Alberta Court of Queen's Bench (Graesser J., Sitting with a Jury)*

[36] Mr. Barton was tried before a judge and jury. Crown and defence counsel assisted the trial judge in drafting his final charge to the jury outlining the legal principles to be applied. Following deliberation, the jury acquitted Mr. Barton of first degree murder and the included offence of unlawful act manslaughter.

B. *Alberta Court of Appeal (Fraser C.J.A., Watson and Martin J.J.A.), 2017 ABCA 216, 55 Alta. L.R. (6th) 1*

[37] The Crown appealed Mr. Barton's acquittal and sought a new trial. It alleged four errors of law in its notice of appeal and factum before the Court of Appeal: (1) erroneous jury instructions on manslaughter; (2) erroneous jury instructions on motive; (3) the failure to hold a s. 276 hearing; and (4) erroneous jury instructions that a complainant's consent to sexual activity on a previous occasion could support the defence of honest but mistaken belief in communicated consent on a later occasion.

[38] Two interveners were granted leave to make submissions on the definition of "sexual activity" under s. 273.1(1), the procedure required under the s. 276 regime, and the meaning of "consent" from a substantive equality perspective (see 2016 ABCA 68, 37 Alta. L.R. (6th) 253, at paras. 12-13).

[39] In lengthy and detailed reasons, the Court of Appeal allowed the Crown's appeal, identifying a list of errors that, in its view, each independently warranted a new trial, including: (1) erroneous jury

qu'il avait sollicité les services d'une travailleuse du sexe. Il a ajouté avoir menti parce qu'il se méfiait de tous ses interlocuteurs.

III. Les décisions des juridictions inférieures

A. *Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (le juge Graesser, siégeant avec un jury)*

[36] Monsieur Barton a subi son procès devant un juge et un jury. La procureure du ministère public et l'avocat de la défense ont aidé le juge du procès à rédiger l'exposé final aux jurés faisant état des principes juridiques applicables. À la suite des délibérations, le jury a acquitté M. Barton de l'accusation de meurtre au premier degré et de l'infraction incluse d'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal.

B. *Cour d'appel de l'Alberta (la juge en chef Fraser et les juges Watson et Martin), 2017 ABCA 216, 55 Alta. L.R. (6th) 1*

[37] Le ministère public a porté en appel l'acquiescement de M. Barton et a demandé la tenue d'un nouveau procès. Dans son avis d'appel et son mémoire adressé à la Cour d'appel, le ministère public a signalé quatre erreurs de droit : (1) les directives erronées données au jury sur l'homicide involontaire coupable; (2) les directives erronées données au jury sur le mobile; (3) le défaut de tenir l'audition prévue à l'art. 276; et (4) les directives erronées au jury selon lesquelles le consentement du plaignant à une activité sexuelle antérieure peut étayer la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué par la suite.

[38] Deux intervenants ont reçu l'autorisation de présenter des observations sur la définition d'« activité sexuelle » au sens du par. 273.1(1), la procédure prévue à l'art. 276 et le sens de « consentement » du point de vue de l'égalité réelle (voir 2016 ABCA 68, 37 Alta. L.R. (6th) 253, par. 12-13).

[39] Dans de longs motifs détaillés, la Cour d'appel a accueilli l'appel du ministère public, relevant une liste d'erreurs dont, à son avis, chacune justifiait à elle seule la tenue d'un nouveau procès, notamment :

instructions on after-the-fact conduct; (2) erroneous jury instructions on motive; (3) the failure to conduct a s. 276 hearing; (4) the failure to define the “sexual activity in question”; (5) the failure to accurately define the required elements of sexual assault (in particular, consent, honest but mistaken belief in communicated consent, and the reasonable steps requirement); and (6) the failure to define the elements of unlawful act manslaughter (namely, dangerousness and the *mens rea* of objectively foreseeable risk of bodily harm).

[40] In addition, the Court of Appeal expressed serious concern that national pattern jury charges on sexual offences contribute to stereotypes, cause persistent analytical problems in applying the law, and exacerbate inequality, leading it to recommend new pattern charges.

[41] In the result, the Court of Appeal allowed the Crown’s appeal, set aside Mr. Barton’s acquittal, and ordered a new trial on first degree murder.

[42] Mr. Barton now appeals to this Court.

IV. Issues

[43] I would state the main issues on appeal as follows:

- (1) Was Mr. Barton denied procedural fairness at the Court of Appeal?
- (2) Did the trial judge err in failing to apply the s. 276 regime, and if so, what consequences followed?
- (3) Did the trial judge err in his instructions on motive?
- (4) Did the trial judge err in his instructions on the objective fault element of unlawful act manslaughter?

(1) les directives erronées données au jury sur le comportement après le fait; (2) les directives erronées données au jury sur le mobile; (3) le défaut de tenir l’audition prévue à l’art. 276; (4) l’omission de définir l’« activité sexuelle »; (5) l’omission de bien définir les éléments requis de l’agression sexuelle (plus précisément le consentement, la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué, et l’obligation relative aux mesures raisonnables); et (6) l’omission de définir les éléments constitutifs de l’homicide involontaire coupable résultant d’un acte illégal (à savoir la dangerosité et la *mens rea* associées au risque objectivement prévisible de lésions corporelles).

[40] En outre, la Cour d’appel s’est dite fort préoccupée par le modèle national d’exposé fait aux jurés relativement aux infractions d’ordre sexuel qui favorise les stéréotypes, compromet constamment l’analyse et l’application des règles de droit et exacerbe les inégalités, ce qui l’a amenée à recommander l’élaboration d’un nouveau modèle d’exposé.

[41] La Cour d’appel a donc accueilli l’appel du ministère public, annulé l’acquittal de M. Barton et ordonné la tenue d’un nouveau procès pour meurtre au premier degré.

[42] Monsieur Barton se pourvoit maintenant devant notre Cour.

IV. Les questions en litige

[43] Je formulerais ainsi les principales questions en litige dans le présent pourvoi :

- (1) La Cour d’appel a-t-elle privé M. Barton de l’équité procédurale?
- (2) Le juge du procès a-t-il commis une erreur en n’appliquant pas le régime prévu à l’art. 276 et, dans l’affirmative, quelles en ont été les conséquences?
- (3) Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans ses directives sur le mobile?
- (4) Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans ses directives sur l’élément de faute objective requis dans le cas de l’homicide involontaire coupable résultant d’un acte illégal?

(5) Did the trial judge err in his instructions on after-the-fact conduct?

[44] If one or more error is shown, then the question becomes whether a new trial is warranted, and if so, on what charge.

V. Analysis

A. *Procedural Fairness Principles*

[45] Procedural fairness issues weave throughout Mr. Barton's submissions before this Court. Accordingly, I will first provide a brief summary of the relevant law on three sets of procedural fairness principles relied on by Mr. Barton: (1) the Crown's limited right to appeal an acquittal, (2) the requirements that must be observed by appellate courts when raising new issues, and (3) the proper scope of intervenor submissions in criminal appeals. I will then turn to the substantive issues on appeal, considering Mr. Barton's procedural arguments as they arise on an issue-by-issue basis.

(1) The Crown's Limited Right to Appeal an Acquittal

[46] In Canada, the Crown's right to appeal an acquittal is broader than in most other common law jurisdictions (see *R. v. Evans*, [1993] 2 S.C.R. 629, at pp. 645-46; *R. v. Varga* (1994), 180 O.R. (3d) 784, at p. 792 (C.A.)). However, as I will explain, it is not without limits.

[47] Out of concerns over fairness to the accused and in particular the principle against double jeopardy, which is enshrined in s. 11(h) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the Crown is barred from securing a new trial by advancing a new theory of liability for the first time on appeal (see *Wexler v. The King*, [1939] S.C.R. 350; *Savard v. The King*, [1946] S.C.R. 20, at pp. 33-34, 37 and 49; *R. v. Penno*, [1990] 2 S.C.R. 865, at pp. 895-96; *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451, at p. 481). Moreover,

(5) Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans ses directives sur le comportement après le fait?

[44] Si l'existence d'une ou de plusieurs erreurs est établie, il s'agit alors de décider si la tenue d'un nouveau procès est justifiée et, si oui, sur quelle accusation.

V. Analyse

A. *Les principes d'équité procédurale*

[45] L'avocat de M. Barton soulève la question de l'équité procédurale tout au long de sa plaidoirie devant la Cour. Par conséquent, je résumerai d'abord les règles de droit applicables aux trois principes d'équité procédurale qu'invoque M. Barton : (1) le droit restreint du ministère public de porter en appel un acquittement, (2) les exigences auxquelles doivent satisfaire les cours d'appel lorsqu'elles soulèvent de nouvelles questions, et (3) la portée que doivent avoir les observations formulées par les intervenants dans des pourvois en matière criminelle. Je passerai ensuite aux questions de fond qui se posent dans le présent pourvoi, et j'examinerai les arguments procéduraux invoqués par M. Barton au fur et à mesure que j'aborderai chaque question en litige.

(1) Le droit restreint du ministère public de porter en appel un acquittement

[46] Au Canada, le droit du ministère public de faire appel d'un acquittement est plus large que celui prévu dans la plupart des autres pays de common law (voir *R. c. Evans*, [1993] 2 R.C.S. 629, p. 645-646; *R. c. Varga* (1994), 180 O.R. (3d) 784, p. 792 (C.A.)). Toutefois, comme je vais l'expliquer plus loin, la portée de ce droit n'est pas illimitée.

[47] Par souci d'équité envers l'accusé, et particulièrement par souci de respecter le principe de la protection contre le double péril, consacré à l'al. 11h) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, il est interdit au ministère public d'obtenir un nouveau procès en avançant une nouvelle thèse de la responsabilité en appel (voir *Wexler c. The King*, [1939] R.C.S. 350; *Savard c. The King*, [1946] R.C.S. 20, p. 33-34, 37 et 49; *R. c. Penno*, [1990] 2 R.C.S. 865, p. 895-896; *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451, p. 481).

as Doherty J.A. explained in *Varga*, “[d]ouble jeopardy principles suffer even greater harm where the arguments advanced on appeal contradict positions taken by the Crown at trial” (p. 793). In short, “[a] Crown appeal cannot be the means whereby the Crown puts forward a different case than the one it chose to advance at trial” (*ibid.*).

[48] However, the Crown’s failure to object to a misdirection in a jury charge does not necessarily preclude an order for a new trial (see *Cullen v. The King*, [1949] S.C.R. 658, at pp. 664-65; *R. v. George*, [1960] S.C.R. 871, at pp. 875-77 and 890). In particular, the passive inadvertence of Crown counsel at trial does not waive the public interest in a verdict untainted by materially deficient jury instructions.

[49] But even so, when assessing whether an alleged error in a jury charge warrants appellate intervention, the failure to object “says something about both the overall accuracy of the jury instructions and the seriousness of the alleged misdirection” (*R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314, at para. 38; see also *Thériault v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 336, at pp. 343-44; *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523, at para. 58; *R. v. Patel*, 2017 ONCA 702, 356 C.C.C. (3d) 187, at para. 82). This is particularly the case where counsel has specifically endorsed the instruction in question (see *Patel*, at para. 82).

(2) New Issues Raised by Appellate Courts

[50] In *R. v. Mian*, 2014 SCC 54, [2014] 2 S.C.R. 689, this Court established guidelines governing the circumstances and manner in which appellate courts may raise new issues. “[N]ew issues” are “legally and factually distinct from the grounds of appeal raised by the parties” and “cannot reasonably be said to stem from the issues as framed by the parties” (para. 30). While appellate courts enjoy jurisdiction to raise new issues, they may do so only to avert the risk of an injustice (para. 43). Where, for example, there is good reason to believe the result at

En outre, comme le juge Doherty l’a expliqué dans l’arrêt *Varga*, [TRADUCTION] « [l]e principe de la protection contre le double péril est compromis davantage lorsque les arguments plaidés en appel contredisent la thèse que soutient le ministère public au procès » (p. 793). Bref, « [l]’appel formé par le ministère public ne saurait constituer un moyen de communication d’une preuve différente que celle présentée au procès » (*ibid.*).

[48] Or, l’absence d’opposition du ministère public à une directive erronée dans l’exposé au jury ne fait pas forcément obstacle à une ordonnance de nouveau procès (voir *Cullen c. The King*, [1949] R.C.S. 658, p. 664-665; *R. c. George*, [1960] R.C.S. 871, p. 875-877 et 890). Plus précisément, l’inadvertance passive manifestée par la procureure du ministère public au procès n’écarte pas l’intérêt public au prononcé d’un verdict qui ne soit pas vicié par des directives au jury comportant des lacunes importantes.

[49] Mais même là, lorsqu’il s’agit d’évaluer si une erreur alléguée dans l’exposé au jury justifie une intervention en appel, l’absence d’opposition « est révélatrice quant à la justesse générale des directives au jury et à la gravité de la directive qui serait erronée » (*R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314, par. 38; voir aussi *Thériault c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 336, p. 343-344; *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523, par. 58; *R. c. Patel*, 2017 ONCA 702, 356 C.C.C. (3d) 187, par. 82). Il en est particulièrement ainsi lorsque l’avocat a expressément souscrit à la directive en question (voir *Patel*, par. 82).

(2) Les nouvelles questions soulevées par les cours d’appel

[50] Dans l’arrêt *R. c. Mian*, 2014 CSC 54, [2014] 2 R.C.S. 689, notre Cour a établi des lignes directrices régissant les circonstances dans lesquelles les cours d’appel peuvent soulever de nouvelles questions, ainsi que la manière d’y procéder. Les « questions [. . .] nouvelles sont différentes, sur les plans juridique et factuel, des moyens d’appel soulevés par les parties [. . .] et on ne peut pas raisonnablement prétendre qu’elles découlent des questions formulées par les parties » (par. 30). Les cours d’appel ont compétence pour soulever de nouvelles questions, mais

trial would realistically have differed had the error identified by the appellate court not been made, intervention is warranted (para. 45).

[51] When an appellate court decides to raise a new issue, it must give notice to the parties and provide them with an opportunity to respond (para. 54). As a general rule, notice should be given “as soon as is practically possible after the issue crystallizes” (para. 57), and the notice must ensure the parties are sufficiently informed so they may prepare and respond (para. 54). The form of response required “will depend on the particular issue raised by the court. Counsel may wish to address the issue orally, file further written argument, or both” (para. 59). At the end of the day, “the underlying concern should be ensuring that the court receives full submissions on the new issue” (*ibid.*), and the primary considerations are the dictates of natural justice and the rule of *audi alteram partem* — the duty to hear the other side.

(3) The Proper Scope of Intervener Submissions in Criminal Appeals

[52] Finally, there is the role of interveners in criminal appeals. As stated in *R. v. Morgentaler*, [1993] 1 S.C.R. 462, “[t]he purpose of an intervention is to present the court with submissions which are useful and different from the perspective of a non-party who has a special interest or particular expertise in the subject matter of the appeal” (p. 463). In particular, interveners play a vital role in our justice system by providing unique perspectives and specialized forms of expertise that assist the court in deciding complex issues that have effects transcending the interests of the particular parties before it. These observations remain as true in the criminal context as they are in the civil context.

[53] However, interveners must not overstep their proper role, particularly in criminal appeals. In

uniquement pour éviter les situations qui risquent d’entraîner une injustice (par. 43). Par exemple, lorsqu’il existe une bonne raison de croire que l’issue du procès aurait réalitement été différente si l’erreur relevée par la cour d’appel n’avait pas été commise, l’intervention de cette dernière est justifiée (par. 45).

[51] Lorsqu’une cour d’appel décide de soulever une nouvelle question, les parties doivent en être notifiées et avoir l’occasion d’y répondre (par. 54). En règle générale, la cour d’appel doit donner avis « dès qu’il est pratiquement possible de le faire après que la question se cristallise » (par. 57), et veiller à ce que les parties en soient suffisamment informées pour qu’elles puissent se préparer et y répondre (par. 54). La forme de la réponse « dépend[r]a de la question particulière soulevée par la cour. Les procureurs voudront peut-être simplement présenter des observations orales sur le sujet, ou plutôt déposer d’autres arguments écrits ou faire les deux » (par. 59). En définitive, « l’enjeu sous-jacent est de faire en sorte que la cour reçoive des observations complètes sur la nouvelle question » (*ibid.*). Il importe avant tout de respecter la justice naturelle et la règle *audi alteram partem*, soit l’obligation d’entendre l’autre partie.

(3) La portée que doivent avoir les observations formulées par les intervenants dans des appels en matière criminelle

[52] Enfin, il reste le rôle des intervenants dans les appels en matière criminelle. Comme il est mentionné dans l’arrêt *R. c. Morgentaler*, [1993] 1 R.C.S. 462, « [u]ne intervention vise à saisir la cour d’allégations utiles et différentes du point de vue d’un tiers qui a un intérêt spécial ou une connaissance particulière de la question visée par la procédure d’appel » (p. 463). Plus particulièrement, les intervenants jouent un rôle crucial dans notre système de justice en apportant une perspective unique et une expertise spécialisée qui permettent à la cour de trancher des questions complexes dont les répercussions dépassent le cadre des intérêts des parties à l’instance. Il en va de même tant en ce qui concerne les affaires criminelles que les affaires civiles.

[53] Toutefois, les intervenants doivent se garder d’outrepasser leur véritable rôle, notamment dans

fairness to the accused, they must not assume the role of third-party Crown prosecutors, nor can they “widen or add to the points in issue” (*Morgentaler*, at p. 463), particularly where doing so would widen or add to the Crown’s grounds of appeal from an acquittal. Appellate courts, in turn, have a duty to enforce these principles and protect the accused’s right to a fair trial under ss. 7 and 11(d) of the *Charter* by ensuring interveners do not stray beyond their proper — and important — role.

B. *Standard of Review for Reversible Error*

[54] In Canada, misdirection in a jury charge is an error of law from which the Crown may appeal. When considering arguments of alleged misdirection, the appellate court must review the charge as a whole from a functional perspective, asking whether the jury was properly, not perfectly, equipped to decide the case, keeping in mind that it is the substance of the charge, not adherence to a set formula, that matters (see *Jacquard*, at para. 62; *Daley*, at para. 30; *R. v. Jaw*, 2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26, at para. 32; *R. v. Mack*, 2014 SCC 58, [2014] 3 S.C.R. 3, at para. 49). Alleged errors must be examined “in the context of the entire charge and of the trial as a whole” (*Jaw*, at para. 32).

C. *Section 276 and Prior Sexual Activity Evidence*

(1) A Brief History of the Section 276 Regime

[55] Historically, the *Code* did not place any specific limits on the admissibility of evidence about a complainant’s prior sexual activities or the uses to which that evidence could be put. Consequently, there was nothing stopping counsel from adducing such evidence through cross-examination of the

le cadre des appels en matière criminelle. Par souci d’équité envers l’accusé, les intervenants ne doivent pas se substituer aux procureurs du ministère public et ne peuvent pas non plus « élargir la portée des questions en litige ou [. . .] y ajouter quoi que ce soit » (*Morgentaler*, p. 463), surtout lorsqu’une telle démarche élargirait la portée des moyens d’appel invoqués par le ministère public contre un verdict d’acquiescement ou y ajouterait quelque chose. La cour d’appel, pour sa part, est tenue d’appliquer ces principes et de protéger le droit de l’accusé à un procès équitable, garanti par l’art. 7 et l’al. 11d) de la *Charte*, en veillant à ce que les intervenants s’en tiennent à leur rôle véritable — et important.

B. *La norme de contrôle applicable en cas d’erreur justifiant l’infirmité du verdict*

[54] Au Canada, la présence de directives erronées dans l’exposé au jury constitue une erreur de droit que le ministère public peut porter en appel. Lorsqu’elle est appelée à se prononcer sur une allégation concernant une directive erronée, la cour d’appel doit évaluer l’exposé dans son ensemble, du point de vue pratique, en se demandant si le jury a reçu des directives non pas parfaites, mais appropriées, qui lui permettaient de trancher l’affaire, tout en gardant à l’esprit que c’est la teneur de l’exposé qui compte, non le respect d’une formule consacrée (voir *Jacquard*, par. 62; *Daley*, par. 30; *R. c. Jaw*, 2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26, par. 32; *R. c. Mack*, 2014 CSC 58, [2014] 3 R.C.S. 3, par. 49). La cour d’appel doit examiner l’erreur alléguée « dans le contexte de l’ensemble de l’exposé au jury et du déroulement général du procès » (*Jaw*, par. 32).

C. *L’article 276 et la preuve concernant le comportement sexuel antérieur*

(1) Un bref historique du régime prévu à l’art. 276

[55] Par le passé, le *Code* n’avait pas pour effet de circonscrire l’admissibilité de la preuve concernant le comportement sexuel antérieur du plaignant ni l’utilisation de celle-ci. En conséquence, rien n’empêchait les avocats de présenter des éléments de preuve de cette nature en contre-interrogeant la plaignante et de faire

complainant and arguing, based on myths and stereotypes that were aided and abetted by the common law, that it undermined her credibility or increased the likelihood that she consented to the sexual activity in question because she had a propensity to consent (see H. C. Stewart, *Sexual Offences in Canadian Law* (loose-leaf), at § 7:400.10). In this way, evidence of prior sexual activities was used to “blacken the character of the complainant, distort the trial process, and undermine the ability of the criminal justice system to effectively and fairly try sexual allegations” (*R. v. L.S.*, 2017 ONCA 685, 40 C.R. (7th) 351, at para. 79).

[56] In 1982, however, as part of a broader legislative package aimed at protecting the integrity of the person, protecting children and special groups, safeguarding public decency, and eliminating sexual discrimination, Parliament tabled the first “rape shield” provisions (see Standing Committee on Justice and Legal Affairs, *Minutes of Proceedings and Evidence*, No. 77, 1st Sess., 32nd Parl., April 22, 1982, at p. 77:29).³ These provisions restricted the right of defence counsel in proceedings “in respect of” certain sexual offences to adduce evidence of a complainant’s sexual conduct on other occasions. One of the core objectives of these provisions was to debunk the “twin myths”, being the myths that “unchaste women” are (1) more likely to have consented to the sexual activity in question and (2) less worthy of belief.

[57] Almost a decade later, in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, this Court struck down s. 276 of the *Code*, as it then read, which set out a blanket exclusion of sexual activity evidence subject to three exceptions. The Court determined that although the provision had the laudable goals of abolishing the

³ The term “rape shield” should be avoided for several reasons, including the fact that the relevant provisions do not offer protection against rape, apply to a number of sexual assault offences that do not involve rape, and have purposes going beyond shielding the complainant from the rigours of cross-examination (see *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at pp. 604 (per McLachlin J.) and 648 (per L’Heureux-Dubé J.)).

valoir, compte tenu des mythes et stéréotypes que la common law encourageait, que ce comportement antérieur minait sa crédibilité ou augmentait la probabilité qu’elle ait donné son consentement au comportement sexuel en question parce qu’elle avait une propension au consentement (voir H. C. Stewart, *Sexual Offences in Canadian Law* (feuilles mobiles), § 7:400.10). La preuve concernant le comportement sexuel antérieur servait ainsi à [TRADUCTION] « ternir la réputation de la plaignante, dénaturer le procès et saper la capacité du système de justice pénale de tenir un procès efficace et équitable sur des allégations de sévices sexuels » (*R. c. L.S.*, 2017 ONCA 685, 40 C.R. (7th) 351, par. 79).

[56] Or, en 1982, dans le cadre d’un ensemble de mesures législatives de large portée visant à protéger l’intégrité de la personne, les enfants et certains autres groupes, à défendre les bonnes mœurs et à enrayer la discrimination sexuelle, le législateur a déposé le premier projet de loi comprenant des dispositions sur la « protection des victimes de viol » (voir Comité permanent de la justice et des questions juridiques, *Procès-verbaux et témoignages*, n° 77, 1^{re} sess., 32^e lég., le 22 avril 1982, p. 77:29)³. Ces dispositions ont eu pour effet de restreindre le droit de la défense de présenter, dans des procédures « portant sur » certaines infractions d’ordre sexuel, une preuve relative au comportement sexuel de la plaignante à d’autres occasions. En outre, ces dispositions avaient notamment pour objectif fondamental de détruire les « deux mythes » consacrés, voulant que « les femmes de mœurs faciles » soient (1) plus susceptibles d’avoir consenti à l’activité sexuelle en question et (2) moins dignes de foi.

[57] Presque dix ans plus tard, dans l’arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, notre Cour a déclaré inopérant l’art. 276 du *Code*, dans sa version en vigueur à l’époque, qui établissait une interdiction générale de présenter une preuve de comportement sexuel, assujettie à trois exceptions. La Cour a statué que, malgré son

³ Il convient d’éviter l’expression « protection des victimes de viol » pour plusieurs raisons, notamment parce que les dispositions applicables ne confèrent pas de protection contre le viol, s’appliquent à plusieurs infractions d’agression sexuelle qui ne comportent pas de viol, et visent des objectifs dont la portée dépasse la protection du plaignant contre les rigueurs du contre-interrogatoire (voir *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, p. 604 (la juge McLachlin) et p. 648 (la juge L’Heureux-Dubé)).

outmoded, sexist use of sexual activity evidence, it “oversho[t] the mark and render[ed] inadmissible evidence which may be essential to the presentation of legitimate defences and hence to a fair trial” (p. 625). In its stead, the Court articulated common law principles governing the admissibility of sexual activity evidence.

[58] In the wake of *Seaboyer*, Parliament enacted a new s. 276 regime in 1992 through Bill C-49, which ushered in a suite of major reforms to the law on sexual offences in Canada (see *An Act to Amend the Criminal Code (sexual assault)*, S.C. 1992, c. 38). The animating purposes behind this new regime, aligned with those of its predecessor, were to protect the integrity of the trial by excluding irrelevant and misleading evidence, protect the accused’s right to a fair trial, and encourage the reporting of sexual offences by protecting the security and privacy of complainants (see *Seaboyer*, at pp. 605-6; *R. v. Darrach*, 2000 SCC 46, [2000] 2 S.C.R. 443, at paras. 19 and 25). It essentially codified the principles set out by this Court in *Seaboyer* (see *Darrach*, at para. 20) and established substantive rules that prevent evidence of a complainant’s sexual activities from being used for improper purposes, backed by procedural requirements designed to enforce these rules. This general framework, which survived a constitutional challenge in *Darrach*, remains in place today, albeit in amended form.

(2) The Section 276 Regime⁴

[59] Section 276(1) of the *Code* reads:

Evidence of complainant’s sexual activity

276(1) In proceedings in respect of an offence under section 151, 152, 153, 153.1, 155 or 159, subsection 160(2)

⁴ On December 13, 2018, various amendments to the s. 276 regime came into force. These reasons deal with the s. 276 regime as it existed before that date.

objet louable d’abolir la pratique sexiste et dépassée consistant à utiliser des preuves concernant le comportement sexuel, la disposition législative « [allait] au-delà de ce qui est nécessaire et rend[ait] inadmissibles des éléments de preuve qui peuvent être essentiels à la présentation d’une défense légitime et, partant, à la tenue d’un procès équitable » (p. 625). La Cour a formulé à la place les principes de common law régissant l’admissibilité de la preuve sur le comportement sexuel.

[58] Dans la foulée de l’arrêt *Seaboyer*, le législateur a instauré en 1992 un nouveau régime à l’art. 276 en adoptant le projet de loi C-49, qui a marqué le lancement d’une série de réformes majeures visant les infractions d’ordre sexuel au Canada (voir la *Loi modifiant le Code criminel (agression sexuelle)*, L.C. 1992, c. 38). Les objectifs qui animaient ce nouveau régime allaient dans le sens des objectifs de son prédécesseur et visaient à protéger l’intégrité du procès en écartant la preuve non pertinente et trompeuse, à garantir le droit de l’accusé à un procès équitable et à encourager la dénonciation des infractions d’ordre sexuel en protégeant la sécurité et la vie privée des plaignants (voir *Seaboyer*, p. 605-606; *R. c. Darrach*, 2000 CSC 46, [2000] 2 R.C.S. 443, par. 19 et 25). Le libellé du nouvel article était essentiellement la codification des principes énoncés par la Cour dans l’arrêt *Seaboyer* (voir *Darrach*, par. 20). En outre, cette disposition établissait des règles de fond qui empêchaient d’utiliser à des fins irrégulières la preuve du comportement sexuel antérieur d’un plaignant, ainsi que d’autres dispositions qui énonçaient la procédure à suivre pour appliquer ces règles. Ce cadre général, qui a résisté à une contestation constitutionnelle dans l’arrêt *Darrach*, demeure toujours en vigueur, quoique sous une forme modifiée.

(2) Le régime établi à l’art. 276⁴

[59] Le paragraphe 276(1) du *Code* prévoit ce qui suit :

Preuve concernant le comportement sexuel du plaignant

276(1) Dans les poursuites pour une infraction prévue aux articles 151, 152, 153, 153.1, 155 ou 159, aux

⁴ Le 13 décembre 2018 marque l’entrée en vigueur de diverses modifications apportées au régime prévu à l’art. 276. Les présents motifs portent sur l’art. 276 dans sa version antérieure à cette date.

or (3) or section 170, 171, 172, 173, 271, 272 or 273, evidence that the complainant has engaged in sexual activity, whether with the accused or with any other person, is not admissible to support an inference that, by reason of the sexual nature of that activity, the complainant

(a) is more likely to have consented to the sexual activity that forms the subject matter of the charge; or

(b) is less worthy of belief.

[60] This section gives effect to the holding in *Seaboyer* that the “twin myths”, identified in paras. (a) and (b) respectively, “are simply not relevant at trial” and “can severely distort the trial process” (*Darrach*, at para. 33). It is “an expression of the fundamental rule that to be admissible, evidence must be relevant to a fact in issue” (*L.S.*, at para. 45), and it confirms that the twin myths simply “have no place in a rational and just system of law” (*Seaboyer*, at p. 630). These myths are “prohibited not only as a matter of social policy but also as a matter of ‘false logic’” (*R. v. Boone*, 2016 ONCA 227, 347 O.A.C. 250, at para. 37, citing *R. v. W.H.*, 2015 ONSC 3087, at para. 10 (CanLII); see also *Seaboyer*, at p. 605).

[61] However, under s. 276(2), prior sexual activity evidence⁵ adduced by or on behalf of the accused is potentially admissible for other purposes where it meets a three-fold test:

Idem

276(2) In proceedings in respect of an offence referred to in subsection (1), no evidence shall be adduced by or on behalf of the accused that the complainant has engaged in sexual activity other than the sexual activity

⁵ To be clear, s. 276(2) covers evidence of the complainant’s sexual activities both before and after the alleged offence took place. However, for convenience, I will use the language “prior sexual activity evidence” in these reasons, as there is obviously no evidence of any post-offence sexual activity in this case.

paragraphes 160(2) ou (3) ou aux articles 170, 171, 172, 173, 271, 272 ou 273, la preuve de ce que le plaignant a eu une activité sexuelle avec l’accusé ou un tiers est inadmissible pour permettre de déduire du caractère sexuel de cette activité qu’il est :

a) soit plus susceptible d’avoir consenti à l’activité à l’origine de l’accusation;

b) soit moins digne de foi.

[60] Cette disposition législative fait suite à la conclusion formulée dans l’arrêt *Seaboyer* selon laquelle les « deux mythes » mentionnés aux al. a) et b) « ne sont simplement pas pertinents au procès » et « peuvent dénaturer gravement » celui-ci (*Darrach*, par. 33). Elle est [TRADUCTION] « l’expression de la règle fondamentale voulant que l’admissibilité de la preuve dépende de sa pertinence relativement à un fait en cause » (*L.S.*, par. 45), et confirme que ces deux mythes « ne sauraient [tout simplement] exister à l’intérieur d’un système juridique rationnel et juste » (*Seaboyer*, p. 630). Les mythes en question sont [TRADUCTION] « prohibés non seulement sur le plan de la politique sociale mais aussi à titre d’“illogisme” » (*R. c. Boone*, 2016 ONCA 227, 347 O.A.C. 250, par. 37, citant *R. c. W.H.*, 2015 ONSC 3087, par. 10 (CanLII); voir aussi *Seaboyer*, p. 605).

[61] Cependant, au titre du par. 276(2), la preuve concernant le comportement sexuel antérieur⁵ présentée par l’accusé ou son représentant pourrait être admissible à d’autres fins si elle répond à un critère à trois volets :

Conditions de l’admissibilité

276(2) Dans les poursuites visées au paragraphe (1), l’accusé ou son représentant ne peut présenter de preuve de ce que le plaignant a eu une activité sexuelle autre que celle à l’origine de l’accusation sauf si le juge, le juge de la cour

⁵ Pour être clair, le par. 276(2) vise la preuve concernant le comportement sexuel du plaignant à la fois antérieur et postérieur à l’infraction reprochée. Or, par souci de commodité, j’utiliserai l’énoncé « preuve concernant le comportement sexuel antérieur » dans les présents motifs, car il n’est évidemment pas question de comportement sexuel postérieur en l’espèce.

that forms the subject-matter of the charge, whether with the accused or with any other person, unless the judge, provincial court judge or justice determines, in accordance with the procedures set out in sections 276.1 and 276.2, that the evidence

- (a) is of specific instances of sexual activity;
- (b) is relevant to an issue at trial; and
- (c) has significant probative value that is not substantially outweighed by the danger of prejudice to the proper administration of justice.

[62] This provision essentially mirrors the common law principles set out in *Seaboyer* (see *Darrach*, at para. 38). Importantly, it indicates that evidence of the complainant's prior sexual activity adduced by or on behalf of the accused is presumptively inadmissible unless, after the procedures set out in ss. 276.1 and 276.2 have been followed, the trial judge rules to the contrary, applying the three-fold test prescribed in s. 276(2).

[63] In making this admissibility determination, the trial judge must take into account the factors listed under s. 276(3):

- (a) the interests of justice, including the right of the accused to make a full answer and defence;
- (b) society's interest in encouraging the reporting of sexual assault offences;
- (c) whether there is a reasonable prospect that the evidence will assist in arriving at a just determination in the case;
- (d) the need to remove from the fact-finding process any discriminatory belief or bias;
- (e) the risk that the evidence may unduly arouse sentiments of prejudice, sympathy or hostility in the jury;
- (f) the potential prejudice to the complainant's personal dignity and right of privacy;

provinciale ou le juge de paix décide, conformément aux articles 276.1 et 276.2, à la fois :

- a) que cette preuve porte sur des cas particuliers d'activité sexuelle;
- b) que cette preuve est en rapport avec un élément de la cause;
- c) que le risque d'effet préjudiciable à la bonne administration de la justice de cette preuve ne l'emporte pas sensiblement sur sa valeur probante.

[62] Cette disposition reflète essentiellement les principes de common law énoncés dans l'arrêt *Seaboyer* (voir *Darrach*, par. 38). Fait important, elle indique que la preuve concernant le comportement sexuel antérieur du plaignant présentée par l'accusé ou son représentant est présumée inadmissible sauf si, au terme des procédures prévues aux art. 276.1 et 276.2 et après avoir appliqué le critère à trois volets énoncé au par. 276(2), le juge du procès décide le contraire.

[63] Pour décider si la preuve est admissible, le juge du procès doit prendre en considération les facteurs suivants énumérés au par. 276(3) :

- a) l'intérêt de la justice, y compris le droit de l'accusé à une défense pleine et entière;
- b) l'intérêt de la société à encourager la dénonciation des agressions sexuelles;
- c) la possibilité, dans de bonnes conditions, de parvenir, grâce à elle, à une décision juste;
- d) le besoin d'écarter de la procédure de recherche des faits toute opinion ou préjugé discriminatoire;
- e) le risque de susciter abusivement, chez le jury, des préjugés, de la sympathie ou de l'hostilité;
- f) le risque d'atteinte à la dignité du plaignant et à son droit à la vie privée;

(g) the right of the complainant and of every individual to personal security and to the full protection and benefit of the law; and

(h) any other factor that the judge, provincial court judge or justice considers relevant.

g) le droit du plaignant et de chacun à la sécurité de leur personne, ainsi qu'à la plénitude de la protection et du bénéfice de la loi;

h) tout autre facteur qu'il estime applicable en l'espèce.

[64] In addition to providing for substantive rules governing the admissibility of prior sexual activity evidence adduced by or on behalf of the defence, the s. 276 regime contains procedural components set out in ss. 276.1 to 276.4, which include the following salient provisions. Where the accused seeks to adduce evidence of the complainant's prior sexual activities, the accused must make a written application to the court setting out (a) detailed particulars of the evidence the accused seeks to adduce, and (b) the relevance of that evidence to an issue at trial (s. 276.1(1) and (2)). Where the accused submits such an application and the trial judge is satisfied the evidence is capable of being admitted under s. 276(2), a hearing must be held (s. 276.1(4)). Both the jury and the public must be excluded from this hearing, and the complainant is not compellable (s. 276.2(1) and (2)). Following the hearing, the judge must provide reasons setting out whether any of the evidence is admissible (s. 276.2(3)). If any of the evidence is admissible, then the trial judge must instruct the jury on the purposes for which that evidence can — and *cannot* — be used (s. 276.4).

[65] Finally, a ruling on the admissibility of prior sexual activity evidence under s. 276 is not necessarily set in stone. There may be circumstances in which it would be appropriate for the trial judge to reopen a s. 276 ruling and hold a new hearing to reconsider the admissibility of prior sexual activity evidence. By way of illustration, where a complainant makes a statement to the police that prior sexual activity occurred but later contradicts that evidence in her testimony at trial, that contradictory testimony would open the door to the defence bringing a renewed s. 276 application seeking to have the prior sexual activity evidence admitted for credibility purposes (see *R. v. Crosby*, [1995] 2 S.C.R. 912; *R. v. Harris* (1997), 118 C.C.C. (3d) 498 (Ont. C.A.)), despite an initial ruling of inadmissibility. This is but one example. There may be other circumstances in which

[64] En plus d'instaurer les règles de fond qui régissent l'admissibilité de la preuve concernant le comportement sexuel antérieur présentée par la défense ou son représentant, le régime prévu à l'art. 276 comporte des éléments procéduraux énoncés aux art. 276.1 à 276.4, dont les plus pertinents sont présentés ci-après. Lorsqu'il veut présenter une preuve concernant le comportement sexuel antérieur du plaignant, l'accusé adresse sa demande à la cour par écrit et y énonce a) toutes précisions au sujet de la preuve en cause, et b) le rapport de celle-ci avec un élément de la cause (par. 276.1(1) et (2)). Par la suite, une fois convaincu de la possibilité d'admettre la preuve au titre du par. 276(2), le juge tient une audition (par. 276.1(4)). Le jury et le public sont exclus de l'audition et le plaignant n'est pas un témoin contraignable (par. 276.2(1) et (2)). Le juge est tenu de motiver la décision qu'il rend à la suite de l'audition, en précisant les éléments de preuve retenus (par. 276.2(3)). Le cas échéant, le juge du procès doit donner des instructions au jury quant à l'utilisation que celui-ci peut faire — ou *non* — de ces éléments de preuve (art. 276.4).

[65] Enfin, une décision sur l'admissibilité de la preuve concernant le comportement sexuel antérieur en application de l'art. 276 n'est pas nécessairement coulée dans le béton. Dans certaines circonstances, il conviendrait que le juge du procès revoit une décision fondée sur l'art. 276 et tienne une nouvelle audition pour réexaminer l'admissibilité de la preuve concernant le comportement sexuel antérieur. À la seule fin d'illustrer mes propos, je note que, dans le cas où la déclaration de la plaignante faite à la police au sujet d'une activité sexuelle antérieure contredit le témoignage qu'elle donne par la suite au procès, la défense pourrait présenter une nouvelle demande fondée sur l'art. 276 en vue de faire admettre la preuve concernant le comportement sexuel antérieur pour attaquer la crédibilité (voir *R. c. Crosby*, [1995] 2 R.C.S. 912; *R. c. Harris* (1997), 118 C.C.C. (3d)

it would be appropriate for the trial judge to reopen a s. 276 ruling and hold a new hearing to reconsider the admissibility of prior sexual activity evidence.

(3) Proceedings Below

[66] Turning to the case at hand, in its opening address to the jury, the Crown referred to Ms. Gladue as a “prostitute” and explained that she and Mr. Barton “struck a working relationship” on the night before her death (A.R., vol. III, p. 13). In addition, without submitting an application under s. 276.1(1) and (2) of the *Code*, Mr. Barton testified at length about his sexual activity with Ms. Gladue on the night prior to her death. The Crown did not object, nor did the trial judge order a separate hearing to consider the admissibility and permissible uses of this evidence. Consequently, the evidence went to the jury unedited and without a detailed limiting instruction.

[67] The Court of Appeal found this to be a serious error. It concluded that the failure to comply with the s. 276 regime led to reversible misdirection in the jury charge on the permissible uses of prior sexual activity evidence and the defence of honest but mistaken belief in communicated consent. It held that this error warranted a new trial on first degree murder.

(4) Procedural Fairness Argument

[68] Mr. Barton submits that as a matter of procedural fairness, the s. 276 issue was not properly raised before the Court of Appeal. Respectfully, I disagree. While the Crown did not object to Mr. Barton’s testimony about Ms. Gladue’s prior sexual activity, in my view, its failure to do so was not fatal. The ultimate responsibility for enforcing compliance with

498 (C.A. Ont.)), malgré la décision initiale portant irrecevabilité de cette preuve. Il ne s’agit que d’un exemple. Il pourrait y avoir d’autres circonstances où il y aurait lieu pour le juge du procès de revoir une décision fondée sur l’art. 276 et de tenir une nouvelle audition afin de réexaminer l’admissibilité de la preuve concernant le comportement sexuel antérieur.

(3) Les instances inférieures

[66] En l’espèce, dans son exposé introductif en anglais au jury, le ministère public a qualifié M^{me} Gladue de « *prostitute* », expliquant qu’elle avait établi avec M. Barton [TRADUCTION] « des rapports lucratifs » la nuit précédant son décès (d.a., vol. III, p. 13). En outre, sans présenter de demande au titre des par. 276.1(1) et (2) du *Code*, M. Barton a longuement témoigné de l’activité sexuelle à laquelle il s’était livré en compagnie de M^{me} Gladue la nuit précédant le décès de cette dernière. Le ministère public ne s’y est pas opposé. Le juge du procès n’a pas non plus ordonné la tenue d’une audition distincte sur l’admissibilité de cette preuve et sur l’utilisation qui pouvait en être faite. En conséquence, cette preuve a été soumise au jury dans sa version intégrale, sans faire l’objet d’une directive restrictive détaillée.

[67] La Cour d’appel a estimé qu’il s’agissait d’une grave erreur, concluant que l’omission de se conformer au régime de l’art. 276 avait entraîné, dans l’exposé fait au jury sur l’utilisation pouvant être faite de la preuve concernant le comportement sexuel antérieur et de la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué, une directive erronée justifiant l’infirmité du verdict. La Cour d’appel a statué que l’erreur en question justifiait la tenue d’un nouveau procès pour meurtre au premier degré.

(4) L’argument relatif à l’équité procédurale

[68] Monsieur Barton soutient que, s’agissant de l’équité procédurale, la question relative à l’art. 276 n’a pas été régulièrement soulevée devant la Cour d’appel. Avec égards, je ne suis pas d’accord. Le ministère public ne s’est pas opposé au témoignage de M. Barton à propos du comportement sexuel antérieur de M^{me} Gladue, mais son omission n’était pas, à

the mandatory s. 276 regime lies squarely with the trial judge, not with the Crown. After all, it is the trial judge, not the Crown, who is the gatekeeper in a criminal trial. Moreover, I simply cannot accept that a complainant's dignity, equality, and privacy rights, which the s. 276 regime is meant to protect, may be waived by mere Crown inadvertence. There is nothing in the record suggesting that the Crown made a deliberate attempt to avoid the application of the s. 276 regime, and indeed it had no reason to. It certainly gained no tactical advantage as a result of non-compliance — quite the opposite. And in any event, given the important objectives underlying s. 276, the Crown should refrain from commenting on a complainant's prior sexual history unless necessary.

[69] Having settled the procedural fairness aspect of the s. 276 issue, I turn to its substance.

(5) The Applicability of the Section 276 Regime

[70] The first substantive issue is one of scope: Can the s. 276 regime apply in a case where the offence charged — here, murder under ss. 231(5)(c) and 235(1) — is not one of the offences listed in s. 276(1)?

[71] This issue raises a question of statutory interpretation. The modern approach to statutory interpretation provides that “the words of an Act are to be read 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” (E. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87, as cited in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21).

[72] Beginning with the text, the opening words of s. 276(1) and (2) — proceedings “in respect of” a listed offence — are “of the widest possible scope” and are “probably the widest of any expression

mon avis, fatale. C’est au juge du procès qu’il revient en définitive de faire respecter le régime obligatoire de l’art. 276, et non au ministère public. Après tout, c’est le juge du procès, et non le ministère public, qui est le gardien de la loi dans un procès criminel. De plus, je ne puis tout simplement admettre que les droits de la plaignante à la dignité, à l’égalité et à la vie privée, que le régime de l’art. 276 vise à protéger, sont susceptibles de renonciation par simple inadvertance de la part du ministère public. Rien dans le dossier ne porte à croire que le ministère public a délibérément essayé d’écarter l’application du régime de l’art. 276 et, d’ailleurs, il n’avait aucune raison d’agir ainsi. Il n’avait certainement aucun avantage à en retirer d’un point de vue stratégique, bien au contraire. En tout état de cause, vu les objectifs importants qui sous-tendent l’art. 276, le ministère public devrait s’abstenir de commenter les antécédents sexuels du plaignant, sauf en cas de nécessité.

[69] Ayant tranché l’élément « équité procédurale » de la question relative à l’art. 276, je passe au fond de cette question.

(5) L’applicabilité du régime de l’art. 276

[70] La première question de fond qui se pose en l’espèce concerne la portée : Le régime de l’art. 276 peut-il s’appliquer dans un cas où l’infraction reprochée — en l’occurrence le meurtre au sens de l’al. 231(5)c) et du par. 235(1) — ne figure pas parmi les infractions énumérées au par. 276(1)?

[71] Cette question porte sur l’interprétation législative. Selon la méthode moderne en la matière, [TRADUCTION] « il faut lire les termes d’une loi 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 » (E. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87, cité dans *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21).

[72] D’emblée, au début des par. 276(1) et (2) — « [d]ans les poursuites pour une infraction » — la préposition « pour » a « la portée la plus large possible [. . .] Parmi toutes les expressions qui servent

intended to convey some connection between two related subject matters” (*Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at p. 39). These words import such meanings as “in relation to”, “with reference to”, or “in connection with” (*ibid.*).

[73] Parliament would not have chosen this exceptionally broad language if it intended to limit the application of the s. 276 regime to proceedings in which a listed offence was expressly charged. Narrower language such as “in a prosecution for” a listed offence or “where a person is charged with” a listed offence was equally available. Yet Parliament declined to adopt those narrower formulations and instead chose a much broader one. That choice must be given effect.

[74] Turning to purpose, the s. 276 regime’s objects — which include protecting the integrity of the trial by excluding irrelevant and misleading evidence, protecting the accused’s right to a fair trial, and encouraging the reporting of sexual offences by protecting the security and privacy of complainants (see *Seaboyer*, at pp. 605-6; *Darrach*, at paras. 19 and 25) — are fundamental. Giving the s. 276 regime a broad, generous interpretation that does not unduly restrict the regime’s scope of application would best achieve these objects.

[75] Moreover, imposing a rigid requirement that a listed offence must be expressly charged before the s. 276 regime can apply would put form over substance. The regime’s applicability would turn on the way in which the prosecutor drafts the charging document, not on whether, in substance, a listed offence is implicated in the proceeding. If a listed offence is implicated in the proceeding, surely it makes no difference that the Crown did not particularize that offence in the charging document.

[76] With these points in mind, I am of the view that the s. 276 regime applies to any proceeding in which an offence listed in s. 276(1) has some

à exprimer un lien quelconque entre deux sujets connexes, c’est probablement l’expression [. . .] qui est la plus large » (*Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, p. 39). Cette préposition signifie entre autres « concernant », « relativement à » ou « par rapport à » (*ibid.*).

[73] Le législateur n’aurait pas opté pour cette formulation exceptionnellement large s’il avait eu l’intention de restreindre l’application du régime de l’art. 276 aux poursuites pour une infraction énumérée, expressément reprochée. Il lui était également loisible d’opter pour une formulation plus étroite, par exemple « dans une poursuite » pour une infraction énumérée ou « dans le cas d’une personne inculpée » d’une infraction énumérée. Or, le législateur a refusé d’adopter ces énoncés de portée plus restreinte, choisissant plutôt une formulation plus large, à laquelle il faut donner effet.

[74] En ce qui concerne les objectifs du régime prévu à l’art. 276, protéger l’intégrité du procès en excluant les éléments de preuve non pertinents et trompeurs, protéger le droit de l’accusé à un procès équitable et encourager la dénonciation des infractions d’ordre sexuel en protégeant la sécurité et la vie privée des plaignants (voir *Seaboyer*, p. 605-606; *Darrach*, par. 19 et 25), sont tous des éléments incontournables. Une interprétation large et généreuse du régime de l’art. 276 qui ne restreint pas indûment son champ d’application permettrait de mieux atteindre ces objectifs.

[75] Par ailleurs, en imposant l’exigence stricte que l’application du régime de l’art. 276 soit assujettie à l’inculpation expresse d’une infraction énumérée, on ferait primer la forme sur le fond. L’applicabilité de ce régime dépendrait ainsi de la façon dont la poursuite rédige le document d’inculpation, et non de la question de savoir si une infraction énumérée est vraiment en jeu dans l’instance. Le cas échéant, il n’importe sans doute pas que le ministère public n’ait pas mentionné cette infraction dans le document d’accusation.

[76] Eu égard à ce qui précède, j’estime que le régime de l’art. 276 s’applique à toute poursuite où il existe un lien entre l’infraction reprochée et une

connection to the offence charged, even if no listed offence was particularized in the charging document. For example, this broad relational test would be satisfied where the listed offence is the predicate offence for the offence charged or an included offence of the offence charged.

[77] In Mr. Barton’s case, the s. 276 regime was engaged because the offence charged, first degree murder under ss. 231(5)(c) and 235(1), was premised on sexual assault with a weapon contrary to s. 272, which is an offence listed in s. 276(1). That alone was sufficient to engage the s. 276 regime.

[78] In this case, it is plain that the proceeding implicated an offence listed in s. 276(1). However, that will not always be the case. With that in mind, going forward, where there is uncertainty about whether the s. 276 regime applies to the proceeding in question, the trial judge should raise that issue with the parties at the earliest opportunity and, after giving the parties the opportunity to make submissions, issue a ruling on the matter. If the trial judge holds that the s. 276 regime applies, then the defence may require an adjournment to prepare the necessary application under s. 276.1(1) and (2) to have the proposed evidence admitted.

[79] The foregoing analysis points to the conclusion that Mr. Barton’s testimony about Ms. Gladue’s sexual activity on the night before her death was subject to the s. 276 regime. However, Mr. Barton stresses that s. 276(2) applies only in respect of “evidence . . . adduced by or on behalf of the accused” and submits that the s. 276 regime therefore does not apply to evidence adduced by or on behalf of the Crown. Based on this premise, he maintains that by referring to Ms. Gladue as a “prostitute” in its opening address and explaining that she and Mr. Barton “struck a working relationship” on the night before her death, the Crown opened the door to wholesale admission of Mr. Barton’s evidence about Ms. Gladue’s past sexual activities, without having to first sift that evidence through the s. 276 filter. He also says that the Crown’s questioning of witnesses about Ms. Gladue’s relationship with him, and about his question to his colleague about

infraction énumérée au par. 276(1), même si le document d’inculpation n’en fait aucunement mention. Par exemple, il serait satisfait à ce critère relationnel large si l’infraction énumérée était une infraction sous-jacente à l’infraction reprochée ou incluse dans celle-ci.

[77] Dans le cas de M. Barton, le régime de l’art. 276 entrainait en jeu parce que l’infraction reprochée, le meurtre au premier degré visé à l’al. 231(5)c) et au par. 235(1), découlait d’une agression sexuelle armée contraire à l’art. 272, soit une des infractions énumérées au par. 276(1). Ce facteur justifiait à lui seul l’application du régime de l’art. 276.

[78] En l’espèce, il est manifeste que la poursuite porte sur une infraction énumérée au par. 276(1). Or, il n’en est pas toujours ainsi. Gardant cela à l’esprit, à l’avenir, en cas de doute quant à l’application du régime de l’art. 276 à l’instance en cause, le juge du procès devrait en informer les parties à la première occasion et, après avoir donné à celles-ci la possibilité de présenter des observations à cet égard, il doit trancher la question. Si le juge du procès conclut à l’application du régime de l’art. 276, la défense peut demander un ajournement pour préparer la demande à déposer au titre des par. 276.1(1) et (2) en vue de faire admettre la preuve proposée.

[79] L’analyse qui précède porte à conclure que le témoignage de M. Barton sur le comportement sexuel de M^{me} Gladue la veille de sa mort était assujéti au régime de l’art. 276. M. Barton souligne cependant que le par. 276(2) ne s’applique qu’à [TRADUCTION] « la preuve [. . .] présentée par l’accusé ou son représentant » et fait valoir que le régime de l’art. 276 n’est donc pas applicable à la preuve présentée par le ministère public ou son représentant. Sur la foi de cette prémisse, M. Barton soutient qu’en qualifiant M^{me} Gladue de « *prostitute* » dans son exposé introductif et en expliquant qu’elle et lui avaient [TRADUCTION] « établi des rapports lucratifs » la nuit précédant la mort de M^{me} Gladue, le ministère public a ouvert la porte à l’admissibilité de l’ensemble de son témoignage concernant le comportement sexuel antérieur de M^{me} Gladue, sans avoir à passer au préalable par le filtre de l’art. 276. M. Barton ajoute que l’interrogatoire des témoins mené par le ministère

whether he wanted a “piece” of Ms. Gladue, had the same effect.

[80] Respectfully, I cannot agree. First, s. 276(1), which confirms the irrelevance of the “twin myths”, is categorical in nature and applies irrespective of which party has led the prior sexual activity evidence. Thus, regardless of the evidence adduced by the Crown, Mr. Barton’s evidence was inadmissible to support either of the “twin myths”. Moving to s. 276(2), while it is true that this provision applies only in respect of “evidence . . . adduced by or on behalf of the accused”, the common law principles articulated in *Seaboyer* speak to the general admissibility of prior sexual activity evidence. Given that the reasoning dangers inherent in prior sexual activity evidence are potentially present regardless of which party adduces the evidence, trial judges should follow this Court’s guidance in *Seaboyer* to determine the admissibility of Crown-led prior sexual activity evidence in a *voir dire* (see pp. 633-36).

[81] However, the limited information conveyed in the Crown’s opening address did not, in my view, exclude s. 276(2)’s application to Mr. Barton’s detailed testimony about Ms. Gladue’s sexual activity on the night before her death, which went well beyond the basic narrative recounted by the Crown. Nor did the Crown’s limited questioning of witnesses on Ms. Gladue’s relationship with Mr. Barton and Mr. Barton’s question to his colleague about whether he wanted a “piece” of Ms. Gladue have this effect. These were mere drops in the expansive pool of information Mr. Barton flooded the jury with through his testimony. In short, the Crown did not give him a “free pass” and cloak his evidence with immunity from the s. 276 regime.

public au sujet de ses rapports avec M^{me} Gladue et de la question qu’il avait posée à son collègue, à savoir s’il voulait lui aussi [TRADUCTION] « s’amuser » avec M^{me} Gladue, a eu le même effet.

[80] Soit dit en tout respect, je ne peux souscrire à cette argumentation. Tout d’abord, le par. 276(1), qui confirme le manque de pertinence des « deux mythes », est catégorique de par sa nature et s’applique indépendamment de la partie qui présente la preuve concernant le comportement sexuel antérieur. Donc, sans égard à la preuve présentée par le ministère public, le témoignage de M. Barton ne pouvait être admis à l’appui de l’un ou l’autre de ces « deux mythes ». Ensuite, pour ce qui est du par. 276(2), il est vrai que cette disposition ne s’applique qu’à la preuve présentée par « l’accusé ou son représentant », mais les principes de common law énoncés dans l’arrêt *Seaboyer* portent sur l’admissibilité générale de la preuve concernant le comportement sexuel antérieur. Compte tenu des risques liés au raisonnement qui sont inhérents dans le cas de la preuve concernant le comportement sexuel antérieur, quelle que soit la partie qui présente la preuve, le juge du procès devrait s’inspirer de l’arrêt *Seaboyer* et tenir un voir-dire sur l’admissibilité de la preuve présentée par le ministère public au sujet du comportement sexuel antérieur (voir p. 633-636).

[81] Pourtant, le peu d’information véhiculée par le ministère public dans son exposé introductif n’a pas eu pour effet, à mon avis, d’écarter l’application du par. 276(2) au témoignage détaillé de M. Barton au sujet de l’activité sexuelle à laquelle s’était livrée M^{me} Gladue la veille de sa mort, témoignage qui est allé bien au-delà de l’exposé des faits essentiels présenté par le ministère public. Les questions adressées par le ministère public aux témoins sur les rapports de M^{me} Gladue avec M. Barton et la question posée par M. Barton à son collègue, à savoir s’il voulait lui aussi « s’amuser » avec M^{me} Gladue, n’ont pas eu non plus cet effet. Il ne s’agissait que de simples gouttes dans la mare d’information dont M. Barton a inondé le jury durant son témoignage. Bref, le ministère public n’a pas donné à ce dernier un « passe-droit » ni n’a mis sa déposition à l’abri du régime de l’art. 276.

[82] It follows that before adducing evidence of Ms. Gladue's sexual activity on the night before her death, Mr. Barton was required to make an application under s. 276.1(1) and (2). Similarly, the trial judge was required to determine whether that evidence was capable of being admitted under s. 276(2) and, if so, hold an *in camera* hearing to determine the admissibility of that evidence (ss. 276.1(4), 276.2(1) and 276.2(2)). Following the issuance of reasons (s. 276.2(3)), if any of the evidence was deemed admissible, then the trial judge would have been required to issue a detailed instruction to the jury identifying the purposes for which the evidence could — and *could not* — be used (s. 276.4).

[83] Yet none of these requirements was observed. While this non-compliance may have been advantageous to Mr. Barton, as his evidence was shielded from scrutiny under the s. 276 regime, it came at the expense of Ms. Gladue's dignity and privacy (which continued despite her death), the truth-seeking process, and trial fairness, which must be assessed “from both the perspective of the accused and of society more broadly” (*R. v. Bjelland*, 2009 SCC 38, [2009] 2 S.C.R. 651, at para. 22 (emphasis added)). As this Court stated in *Darrach*, an accused does not have the right “to adduce misleading evidence to support illegitimate inferences” and thereby “distort the truth-seeking function of the trial process” (para. 37, citing *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, at para. 74).

[84] Finally, since the procedural requirements under ss. 276.1 to 276.4 were not observed, I am of the view that it would be both unwise and practically unworkable for this Court to speculate about what prior sexual activity evidence would have been admitted, and for what purposes, had a s. 276 hearing been held. However, assuming without deciding that at least some of Mr. Barton's evidence was admissible, a careful limiting instruction was essential to instruct the jury on the permissible and impermissible uses of that evidence. Because that did not happen, the jury was left adrift in a sea of dangerous and impermissible inferences.

[82] Par conséquent, avant de présenter une preuve concernant le comportement sexuel de M^{me} Gladue la veille de sa mort, M. Barton était tenu de déposer une demande en application des par. 276.1(1) et (2). Dans la même veine, le juge du procès devait établir si la preuve était admissible au titre du par. 276(2) et, le cas échéant, tenir une audition à huis clos pour décider effectivement de l'admissibilité de la preuve (par. 276.1(4), 276.2(1) et 276.2(2)). Après avoir motivé sa décision (par. 276.2(3)), si tout ou partie de la preuve était admissible, le juge du procès devait donner des directives détaillées au jury quant à l'utilisation que celui-ci pouvait faire — ou *non* — de cette preuve (art. 276.4).

[83] Or, aucune de ces exigences n'a été respectée. Bien que ce non-respect ait pu tourner à l'avantage de M. Barton, puisque son témoignage échappait à l'examen au regard du régime de l'art. 276, il portait atteinte à la dignité et à la vie privée de M^{me} Gladue (lesquels subsistent encore malgré sa mort), ainsi qu'à la fonction de recherche de la vérité et au caractère équitable du procès, qui doit être évalué « tant du point de vue de l'accusé que de celui de la société dans son ensemble » (*R. c. Bjelland*, 2009 CSC 38, [2009] 2 R.C.S. 651, par. 22 (je souligne)). Comme l'a affirmé notre Cour dans l'arrêt *Darrach*, l'accusé n'a pas le droit « de produire des éléments de preuve trompeurs pour étayer des déductions illégitimes » et par le fait même « de fausser la fonction de recherche de la vérité du processus judiciaire » (par. 37, citant *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 74).

[84] Enfin, puisque les exigences procédurales prévues aux art. 276.1 à 276.4 n'ont pas été respectées, j'estime qu'il serait à la fois malavisé et pratiquement impossible pour notre Cour de formuler des hypothèses sur quels éléments de preuve concernant le comportement sexuel antérieur auraient été admis, et à quelles fins, si l'audition avait été tenue en application de l'art. 276. Toutefois, à supposer, sans en décider, qu'au moins une partie du témoignage présenté par M. Barton était admissible, une directive restrictive minutieuse était nécessaire pour guider le jury quant à l'utilisation que celui-ci pouvait faire ou non de cette déposition. En l'absence d'une telle directive, le jury a été laissé à la dérive dans une mer d'inférences périlleuses et inacceptables.

[85] Further, as I will develop, the failure to observe the requirements of the s. 276 regime had ripple effects, most acutely in the instructions on the defence that is commonly associated with s. 276: the defence of honest but mistaken belief in communicated consent (see *Darrach*, at para. 59).

D. *Instructions on the Defence of Honest but Mistaken Belief in Communicated Consent*

(1) Legal Principles

[86] One of the ways in which an accused may respond to a charge of sexual assault is to rely on the defence of honest but mistaken belief in communicated consent. To lay the foundation for the analysis that follows, it will first be useful to briefly review several key principles relating to this defence, namely: (a) the role consent plays in the sexual assault analysis, (b) the necessity of having a belief in *communicated* consent in order to raise the relevant defence, (c) mistakes of law, and (d) the reasonable steps requirement. I will address these four points in turn.

(a) *The Role of Consent in the Sexual Assault Analysis*

[87] A conviction for sexual assault, like any other true crime, requires that the Crown prove beyond a reasonable doubt that the accused committed the *actus reus* and had the necessary *mens rea*. A person commits the *actus reus* of sexual assault “if he touches another person in a sexual way without her consent” (*R. v. J.A.*, 2011 SCC 28, [2011] 2 S.C.R. 440, at para. 23). The *mens rea* consists of the “intention to touch and knowing of, or being reckless of or wilfully blind to, a lack of consent on the part of the person touched” (*R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, at para. 42).

[88] “Consent” is defined in s. 273.1(1) of the *Code* as “the voluntary agreement of the complainant to

[85] En outre, comme je l’explique plus loin, le défaut d’observer les exigences du régime de l’art. 276 a eu un effet d’entraînement, surtout dans les directives données sur le moyen de défense couramment associé à l’art. 276 : la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué (voir *Darrach*, par. 59).

D. *Les directives sur la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué*

(1) Les principes juridiques

[86] La croyance sincère mais erronée au consentement communiqué fait partie des moyens que l’accusé peut invoquer à sa défense contre une accusation d’agression sexuelle. Pour jeter les bases de l’analyse qui suit, il sera d’abord utile d’examiner brièvement plusieurs grands principes en la matière, à savoir : a) le rôle que joue le consentement dans l’analyse relative à l’agression sexuelle, b) la nécessité d’avoir une croyance au consentement *communiqué* pour pouvoir invoquer le moyen de défense pertinent, c) les erreurs de droit, et d) l’obligation relative aux mesures raisonnables. Je vais aborder ces éléments à tour de rôle.

a) *Le rôle que joue le consentement dans l’analyse relative à l’agression sexuelle*

[87] Pour obtenir une déclaration de culpabilité pour agression sexuelle, tout comme dans le cas d’autres vrais crimes, le ministère public doit établir, hors de tout doute raisonnable, que l’accusé a effectivement commis l’*actus reus* et qu’il avait la *mens rea* nécessaire. Une personne commet l’*actus reus* de l’agression sexuelle « si elle fait des attouchements à caractère sexuel à une autre personne sans le consentement de celle-ci » (*R. c. J.A.*, 2011 CSC 28, [2011] 2 R.C.S. 440, par. 23). La *mens rea* comporte « l’intention de se livrer à des attouchements sur une personne et la connaissance de son absence de consentement ou l’insouciance ou l’aveuglement volontaire à cet égard » (*R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, par. 42).

[88] Le « consentement » est défini au par. 273.1(1) du *Code* comme « l’accord volontaire du plaignant à

engage in the sexual activity in question”.⁶ It is the “conscious agreement of the complainant to engage in every sexual act in a particular encounter” (*J.A.*, at para. 31), and it must be freely given (see *Ewanchuk*, at para. 36). This consent must exist at the time the sexual activity in question occurs (*J.A.*, at para. 34, citing *Ewanchuk*, at para. 26), and it can be revoked at any time (see *Code*, s. 273.1(2)(e); *J.A.*, at paras. 40 and 43). Further, as s. 273.1(1) makes clear, “consent” is not considered in the abstract. Rather, it must be linked to the “sexual activity in question”, which encompasses “the specific physical sex act”, “the sexual nature of the activity”, and “the identity of the partner”, though it does not include “conditions or qualities of the physical act, such as birth control measures or the presence of sexually transmitted diseases” (*R. v. Hutchinson*, 2014 SCC 19, [2014] 1 S.C.R. 346, at paras. 55 and 57).

[89] Consent is treated differently at each stage of the analysis. For purposes of the *actus reus*, “consent” means “that the complainant in her mind wanted the sexual touching to take place” (*Ewanchuk*, at para. 48). Thus, at this stage, the focus is placed squarely on the complainant’s state of mind, and the accused’s perception of that state of mind is irrelevant. Accordingly, if the complainant testifies that she did not consent, and the trier of fact accepts this evidence, then there was no consent — plain and simple (see *Ewanchuk*, at para. 31). At this point, the *actus reus* is complete. The complainant need not *express* her lack of consent, or revocation of consent, for the *actus reus* to be established (see *J.A.*, at para. 37).

l’activité sexuelle »⁶. Il s’agit de « l’accord volontaire du plaignant à chacun des actes sexuels accomplis à une occasion précise » (*J.A.*, par. 31), et il doit être donné librement (voir *Ewanchuk*, par. 36). Le consentement doit être manifesté au moment où l’activité sexuelle a lieu (*J.A.*, par. 34, citant *Ewanchuk*, par. 26) et peut être révoqué à tout moment (voir l’al. 273.1(2)e du *Code*; *J.A.*, par. 40 et 43). De plus, comme il est énoncé clairement au par. 273.1(1), le « consentement » n’est pas examiné dans l’abstrait. Il vise plutôt l’« activité sexuelle », qui englobe « l’acte sexuel physique précis », « la nature sexuelle de l’acte » et « l’identité précise du partenaire », mais ne vise pas « les conditions ou les caractéristiques de l’acte physique, telles les mesures contraceptives qui sont prises ou la présence de maladies transmissibles sexuellement » (*R. c. Hutchinson*, 2014 CSC 19, [2014] 1 R.C.S. 346, par. 55 et 57).

[89] La notion de « consentement » diffère selon l’étape de l’analyse. Pour les besoins de l’*actus reus*, la notion de « consentement » signifie que « dans son esprit, la plaignante souhaitait que les attouchements sexuels aient lieu » (*Ewanchuk*, par. 48). Donc, à ce stade, l’accent est mis sans détour sur l’état d’esprit de la plaignante, alors que la perception que l’accusé avait de cet état d’esprit n’entre pas en jeu. Par conséquent, si la plaignante témoigne qu’elle n’a pas consenti et que le juge des faits accepte son témoignage, il n’y a tout simplement pas eu consentement (voir *Ewanchuk*, par. 31). À cette étape, l’analyse de l’*actus reus* est terminée. Pour que l’*actus reus* soit établi, point n’est besoin que la plaignante ait *manifesté* l’absence de consentement ou la révocation de son consentement (voir *J.A.*, par. 37).

⁶ Section 273.1(2) adds that no consent is obtained where:

- (a) the agreement is expressed by the words or conduct of a person other than the complainant;
- (b) the complainant is incapable of consenting to the activity;
- (c) the accused induces the complainant to engage in the activity by abusing a position of trust, power or authority;
- (d) the complainant expresses, by words or conduct, a lack of agreement to engage in the activity; or
- (e) the complainant, having consented to engage in sexual activity, expresses, by words or conduct, a lack of agreement to continue to engage in the activity.

Section 273.1(3) clarifies that these provisions do not limit the circumstances in which no consent is obtained.

⁶ De plus, le par. 273.1(2) indique que le consentement du plaignant ne se déduit pas des cas où :

- a) l’accord est manifesté par des paroles ou par le comportement d’un tiers;
- b) il est incapable de le former;
- c) l’accusé l’incite à l’activité par abus de confiance ou de pouvoir;
- d) il manifeste, par ses paroles ou son comportement, l’absence d’accord à l’activité;
- e) après avoir consenti à l’activité, il manifeste, par ses paroles ou son comportement, l’absence d’accord à la poursuite de celle-ci.

Le paragraphe 273.1(3) précise que les dispositions susmentionnées n’ont pas pour effet de limiter les circonstances dans lesquelles le consentement ne se déduit pas.

[90] For purposes of the *mens rea*, and specifically for purposes of the defence of honest but mistaken belief in communicated consent, “consent” means “that the complainant had affirmatively communicated by words or conduct her agreement to engage in [the] sexual activity with the accused” (*Ewanchuk*, at para. 49). Hence, the focus at this stage shifts to the mental state of the accused, and the question becomes whether the accused honestly believed “the complainant effectively said ‘yes’ through her words and/or actions” (*ibid.*, at para. 47).

(b) *The Necessity of Having an Honest Belief in Communicated Consent*

[91] This Court has consistently referred to the relevant defence as being premised on an “honest but mistaken belief in consent” (see, e.g., *R. v. Esau*, [1997] 2 S.C.R. 777, at para. 1; *Ewanchuk*, at para. 43; *Darrach*, at para. 51; *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3, at para. 57; *R. v. Gunning*, 2005 SCC 27, [2005] 1 S.C.R. 627, at para. 32; *J.A.*, at para. 24), and the *Code* itself refers to the accused’s “belief in consent” (s. 273.2(b) (heading)). However, this Court’s jurisprudence is clear that in order to make out the relevant defence, the accused must have an honest but mistaken belief that the complainant actually *communicated* consent, whether by words or conduct (see *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836, at paras. 39 and 43-44 (per L’Heureux-Dubé J.); *Ewanchuk*, at para. 46; *J.A.*, at paras. 37, 42 and 48). As L’Heureux-Dubé J. stated in *Park*, “[a]s a practical matter, therefore, the principal considerations that are relevant to this defence are (1) the complainant’s actual communicative behaviour, and (2) the totality of the admissible and relevant evidence explaining how the accused perceived that behaviour to communicate consent. Everything else is ancillary” (para. 44 (emphasis in original)).

[92] Therefore, in my view, it is appropriate to refine the judicial lexicon and refer to the defence more accurately as an “honest but mistaken belief in *communicated* consent”. This refinement is intended to focus all justice system participants on the crucial question of *communication* of consent and avoid

[90] Pour les besoins de la *mens rea*, particulièrement pour l’application de la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué, la notion de « consentement » signifie « que la plaignante avait, par ses paroles ou son comportement, manifesté son accord à l’activité sexuelle avec l’accusé » (*Ewanchuk*, par. 49). Par conséquent, l’analyse porte à cette étape sur l’état d’esprit de l’accusé; la question est alors de savoir si l’accusé croyait sincèrement « que le plaignant avait vraiment dit “oui” par ses paroles, par ses actes, ou les deux » (*ibid.*, par. 47).

b) *La nécessité d’avoir une croyance sincère au consentement communiqué*

[91] Notre Cour a constamment affirmé que le moyen de défense pertinent est fondé sur la « croyance sincère mais erronée au consentement » (voir, p. ex., *R. c. Esau*, [1997] 2 R.C.S. 777, par. 1; *Ewanchuk*, par. 43; *Darrach*, par. 51; *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3, par. 57; *R. c. Gunning*, 2005 CSC 27, [2005] 1 R.C.S. 627, par. 32; *J.A.*, par. 24). Le *Code* lui-même renvoie à la « croyance [de l’accusé] au consentement » (l’al. 273.2b) (l’intertitre)). Or, il ressort de la jurisprudence de notre Cour que, pour établir la défense pertinente, l’accusé doit faire état d’une croyance sincère mais erronée que la plaignante a, en fait, *communiqué* son consentement, par ses paroles ou par ses actes (voir *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836, par. 39 et 43-44 (la juge L’Heureux-Dubé); *Ewanchuk*, par. 46; *J.A.*, par. 37, 42 et 48). Comme l’a dit la juge L’Heureux-Dubé dans l’arrêt *Park*, « [e]n pratique, les principaux facteurs pertinents quant à ce moyen de défense sont donc (1) le comportement communicatif proprement dit de la plaignante et (2) l’ensemble des éléments de preuve admissibles et pertinents qui expliquent comment l’accusé a perçu ce comportement comme exprimant un consentement. Tout le reste est secondaire » (par. 44 (souligné dans l’original)).

[92] J’estime donc qu’il convient d’affiner la terminologie juridique en désignant le moyen de défense avec plus de précision par l’expression « croyance sincère mais erronée au consentement *communiqué* », qui doit faire en sorte que tous les intervenants du système de justice mettent l’accent sur la

inadvertently straying into the forbidden territory of assumed or implied consent.

[93] Focusing on the accused's honest but mistaken belief in the *communication* of consent has practical consequences. Most significantly, in seeking to rely on the complainant's prior sexual activities in support of a defence of honest but mistaken belief in communicated consent, the accused must be able to explain how and why that evidence informed his honest but mistaken belief that she *communicated* consent to the sexual activity in question at the time it occurred (see S. C. Hill, D. M. Tanovich and L. P. Strezos, *McWilliams' Canadian Criminal Evidence* (5th ed. (loose-leaf)), at § 16:20.50.30). For example, in some cases, prior sexual activities may establish legitimate expectations about how consent is communicated between the parties, thereby shaping the accused's perception of communicated consent to the sexual activity in question at the time it occurred. American scholar Michelle Anderson puts it this way: “. . . prior negotiations between the complainant and the defendant regarding the specific acts at issue or customs and practices about those acts should be admissible. These negotiations, customs, and practices between the parties reveal their legitimate expectations on the incident in question” (M. J. Anderson, “Time to Reform Rape Shield Laws: Kobe Bryant Case Highlights Holes in the Armour” (2004), 19 *Crim. Just.* 14, at p. 19, cited in Hill, Tanovich and Strezos, at § 16:20.50.30). These “negotiations” would not, however, include an agreement involving broad advance consent to any and all manner of sexual activity. As I will explain, a belief that the complainant gave broad advance consent to sexual activity of an undefined scope will afford the accused no defence, as that belief is premised on a mistake of law, not fact.

[94] However, great care must be taken not to slip into impermissible propensity reasoning (see *Seaboyer*, at p. 615). The accused cannot rest his defence on the false logic that the complainant's prior sexual activities, by reason of their sexual nature, made her more likely to have consented to the sexual

question vitale de la *communication* du consentement et évitent de s'aventurer, par inadvertance, sur le terrain interdit du consentement présumé ou tacite.

[93] L'insistance sur la croyance sincère mais erronée de l'accusé à la *communication* du consentement a des conséquences pratiques. Avant tout, en cherchant à invoquer le comportement sexuel antérieur de la plaignante pour appuyer la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué, l'accusé doit pouvoir expliquer comment et pourquoi cette preuve venait renforcer sa croyance sincère mais erronée au consentement *communiqué* donné par la plaignante à l'activité sexuelle au moment où elle a eu lieu (voir S. C. Hill, D. M. Tanovich et L. P. Strezos, *McWilliams' Canadian Criminal Evidence* (5^e éd. (feuilles mobiles)), § 16:20.50.30). Dans certains cas, par exemple, le comportement sexuel antérieur peut établir l'existence d'une attente légitime quant à la façon dont le consentement est communiqué entre les parties, influant ainsi sur la perception qu'a l'accusé du consentement communiqué à l'activité sexuelle lorsqu'elle a eu lieu. La juriste américaine Michelle Anderson affirme : [TRADUCTION] « . . . les négociations antérieures entre le plaignant et l'accusé concernant les actes précis en cause ou les coutumes et les pratiques en la matière devraient être admissibles. Ces négociations, coutumes et pratiques intervenues entre les parties révèlent leur attente légitime quant à l'incident en question » (M. J. Anderson, « Time to Reform Rape Shield Laws : Kobe Bryant Case Highlights Holes in the Armour » (2004), 19 *Crim. Just.* 14, p. 19, cité dans Hill, Tanovich et Strezos, § 16:20.50.30). Les « négociations » ne comprennent cependant pas l'entente sur un consentement général donné à l'avance à toute forme d'activité sexuelle. Comme je l'explique ci-après, la croyance que la plaignante a donné son consentement général à l'avance à une activité sexuelle non définie ne saurait être invoquée comme moyen de défense, vu qu'elle repose sur une erreur de droit, non de fait.

[94] Toutefois, il faut bien se garder d'adopter un raisonnement inacceptable quant à la propension (voir *Seaboyer*, p. 615). L'accusé ne saurait fonder sa défense sur la logique défectueuse que le comportement sexuel antérieur de la plaignante, de par sa nature, rendait cette dernière davantage susceptible

activity in question, and on this basis he believed she consented. This is the first of the “twin myths”, which is prohibited under s. 276(1)(a) of the *Code*.

(c) *Mistakes of Law*

[95] A mistake of fact defence operates where the accused mistakenly perceived facts that negate, or raise a reasonable doubt about, the fault element of the offence (see *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120, at p. 148, per Dickson J. (dissenting, but not on this point)). Honest but mistaken belief in communicated consent falls within this category of defences (see *Ewanchuk*, at paras. 42-43; *J.A.*, at para. 48).

[96] But the law draws a distinction between mistakes of *fact* and mistakes of *law*. As a general rule, the latter offer no excuse (see *Code*, s. 19; *R. v. Forster*, [1992] 1 S.C.R. 339, at p. 346; *R. v. MacDonald*, 2014 SCC 3, [2014] 1 S.C.R. 37, at para. 58). As the Court of Appeal in this case put it, “[n]o one in this country is entitled to their own law” (para. 245). Therefore, to the extent an accused’s defence of honest but mistaken belief in communicated consent rests on a mistake of *law* — including “what counts as consent” from a legal perspective — rather than a mistake of *fact*, the defence is of no avail (see *Stewart*, at § 3:600.30.10).

[97] For present purposes, three consent-related mistakes of law are particularly relevant: implied consent, broad advance consent, and propensity to consent. I will address these concepts in turn.

(i) Implied Consent (*Ewanchuk*)

[98] The “specious” defence of implied consent “rests on the assumption that unless a woman protests or resists, she should be ‘deemed’ to consent” (*Ewanchuk*, at para. 103, per McLachlin J. (as she then was)). *Ewanchuk* makes clear that this concept has no place in Canadian law. As Major J. stated for the majority, “a belief that silence, passivity or

d’avoir consenti à l’activité sexuelle en question, et qu’il avait cru pour cette raison à son consentement. Il s’agit du premier des « deux mythes » qui est interdit par l’al. 276(1)a) du *Code*.

c) *Les erreurs de droit*

[95] La défense d’erreur de fait s’applique lorsque l’accusé croit erronément en un état de fait qui écarte l’élément de faute de l’infraction ou qui suscite un doute raisonnable quant à cet élément (voir *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120, p. 148, le juge Dickson (dissident, mais non sur ce point)). La croyance sincère mais erronée au consentement communiqué s’inscrit dans cette catégorie de défenses (voir *Ewanchuk*, par. 42-43; *J.A.*, par. 48).

[96] Or, la loi établit une distinction entre les erreurs de *fait* et les erreurs de *droit*. En règle générale, l’erreur de droit n’est nullement une excuse (voir l’art. 19 du *Code*; *R. c. Forster*, [1992] 1 R.C.S. 339, p. 346; *R. c. MacDonald*, 2014 CSC 3, [2014] 1 R.C.S. 37, par. 58). Comme l’a dit la Cour d’appel en l’espèce, [TRADUCTION] « [n]ul n’a le droit au Canada de faire sa propre loi » (par. 245). Par conséquent, dans la mesure où la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué est fondée sur une erreur de *droit* — y compris relativement à la [TRADUCTION] « teneur du consentement » du point de vue juridique — plutôt que sur une erreur de *fait*, ce moyen de défense n’est d’aucun secours (voir *Stewart*, § 3:600.30.10).

[97] Pour les besoins du présent pourvoi, trois erreurs de droit liées au consentement revêtent une importance particulière : le consentement tacite, le consentement général donné à l’avance et la propension à consentir. Je traiterai de ces notions tour à tour.

(i) Le consentement tacite (l’arrêt *Ewanchuk*)

[98] Le moyen de défense « spécieux » fondé sur le consentement tacite « repose sur la présomption voulant que, à moins qu’elle proteste ou résiste, une femme est “réputée” consentir » (*Ewanchuk*, par. 103, la juge McLachlin (plus tard juge en chef)). Il ressort de l’arrêt *Ewanchuk* que cette notion n’a pas sa place en droit canadien. Comme le juge Major

ambiguous conduct constitutes consent is a mistake of law, and provides no defence” (para. 51, citing *R. v. M. (M.L.)*, [1994] 2 S.C.R. 3; see also J. Benedet, “Sexual Assault Cases at the Alberta Court of Appeal: The Roots of *Ewanchuk* and the Unfinished Revolution” (2014), 52 *Alta. L. Rev.* 127). It is also a mistake of law to infer that “the complainant’s consent was implied by the circumstances, or by the relationship between the accused and the complainant” (*J.A.*, at para. 47). In short, it is an error of law — not fact — to assume that unless and until a woman says “no”, she has implicitly given her consent to any and all sexual activity.

(ii) Broad Advance Consent (*J.A.*)

[99] “Broad advance consent” refers to the legally erroneous notion that the complainant agreed to future sexual activity of an undefined scope (see *J.A.*, at paras. 44-48). As summarized in *J.A.*, the definition of “consent” under s. 273.1(1) “suggests that the consent of the complainant must be specifically directed to each and every sexual act, negating the argument that broad advance consent is what Parliament had in mind” and “this Court has also interpreted this provision as requiring the complainant to consent to the activity ‘at the time it occur[s]’” (para. 34, citing *Ewanchuk*, at para. 26). Thus, a belief that the complainant gave broad advance consent to sexual activity of an undefined scope will afford the accused no defence, as that belief is premised on a mistake of law, not fact.

(iii) Propensity to Consent (*Seaboyer*)

[100] The law prohibits the inference that the complainant’s prior sexual activities, by reason of their sexual nature, make it more likely that she consented to the sexual activity in question (see *Code*, s. 276(1)(a); *Seaboyer*). This is the first of the “twin myths”. Accordingly, an accused’s belief that the complainant’s prior sexual activities, by reason of

l’a affirmé au nom des juges majoritaires, « le fait de croire que le silence, la passivité ou le comportement ambigu de la plaignante valent consentement de sa part est une erreur de droit et ne constitue pas un moyen de défense » (par. 51, citant *R. c. M. (M.L.)*, [1994] 2 R.C.S. 3; voir aussi J. Benedet, « Sexual Assault Cases at the Alberta Court of Appeal : The Roots of *Ewanchuk* and the Unfinished Revolution » (2014), 52 *Alta. L. Rev.* 127). De plus, le fait d’inférer que « le consentement du plaignant était implicite, compte tenu des circonstances ou de la relation [que l’accusé] entretenait avec lui » (*J.A.*, par. 47) constitue aussi une erreur de droit. Bref, c’est une erreur de droit — non de fait — de présumer qu’à moins qu’elle dise « non », une femme donne implicitement son consentement à toute activité sexuelle.

(ii) Le consentement général donné à l’avance (l’arrêt *J.A.*)

[99] La notion de « consentement général donné à l’avance » renvoie à l’idée erronée en droit selon laquelle le plaignant manifeste son accord à une activité sexuelle ultérieure d’une nature non définie (voir *J.A.*, par. 44-48). Comme il est résumé dans l’arrêt *J.A.*, la définition de « consentement » au par. 273.1(1) « indique que le plaignant doit consentir spécifiquement à chacun des actes sexuels et réfute l’argument que le législateur entendait inclure un consentement général donné à l’avance » et « selon la Cour, cette disposition exige que la plaignante consente aux attouchements “lorsqu’[ils] ont [. . .] lieu” » (par. 34, citant *Ewanchuk*, par. 26). Par conséquent, le fait de croire que le plaignant a donné son consentement général à l’avance à une activité sexuelle non définie ne saurait être invoqué comme moyen de défense, vu que cette croyance repose sur une erreur de droit, non de fait.

(iii) La propension à consentir (l’arrêt *Seaboyer*)

[100] La loi interdit d’inférer que le comportement sexuel antérieur de la plaignante, de par sa nature, rend celle-ci davantage susceptible d’avoir consenti à l’activité sexuelle en question (voir l’al. 276(1)a) du *Code* et l’arrêt *Seaboyer*). Il s’agit du premier des « deux mythes ». Par conséquent, la croyance de l’accusé que le comportement sexuel antérieur de la plaignante, de

their sexual nature, made it more likely that she was consenting to the sexual activity in question is a mistake of law.

(d) *The Reasonable Steps Requirement*

[101] Finally, the availability of the defence of honest but mistaken belief in communicated consent is not unlimited. Section 273.2 of the *Code*, which formed part of the 1992 reforms to Canada's sexual assault laws, places important limits on the defence. That section reads:

Where belief in consent not a defence

273.2 It is not a defence to a charge under section 271, 272 or 273 that the accused believed that the complainant consented to the activity that forms the subject-matter of the charge, where

- (a) the accused's belief arose from the accused's
 - (i) self-induced intoxication, or
 - (ii) recklessness or wilful blindness; or
- (b) the accused did not take reasonable steps, in the circumstances known to the accused at the time, to ascertain that the complainant was consenting.

[102] As is apparent, s. 273.2 applies in respect of various sexual assault offences: sexual assault under s. 271; sexual assault with a weapon, involving threats to a third party, or causing bodily harm under s. 272; and aggravated sexual assault under s. 273.

[103] The jurisprudence on the reasonable steps requirement under s. 273.2(b) remains underdeveloped, and academic commentators have highlighted the need for greater clarity (see, e.g., E. A. Sheehy, "Judges and the Reasonable Steps Requirement: The Judicial Stance on Perpetration Against Unconscious Women", in E. A. Sheehy, ed., *Sexual Assault in*

par son caractère sexuel, rendait celle-ci davantage susceptible d'avoir consenti à l'activité sexuelle en question constitue une erreur de droit.

d) *L'obligation relative aux mesures raisonnables*

[101] Enfin, la possibilité d'invoquer la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué n'est pas sans limite. L'article 273.2 du *Code*, adopté à la suite de la réforme de 1992 visant les dispositions législatives canadiennes en matière d'agression sexuelle, circonscrit de manière importante la portée de ce moyen de défense. En voici le libellé :

Exclusion du moyen de défense fondé sur la croyance au consentement

273.2 Ne constitue pas un moyen de défense contre une accusation fondée sur les articles 271, 272 ou 273 le fait que l'accusé croyait que le plaignant avait consenti à l'activité à l'origine de l'accusation lorsque, selon le cas :

- a) cette croyance provient :
 - (i) soit de l'affaiblissement volontaire de ses facultés,
 - (ii) soit de son insouciance ou d'un aveuglement volontaire;
- b) il n'a pas pris les mesures raisonnables, dans les circonstances dont il avait alors connaissance, pour s'assurer du consentement.

[102] De toute évidence, l'art. 273.2 s'applique relativement à différentes infractions en matière d'agression sexuelle : l'agression sexuelle visée à l'art. 271; l'agression sexuelle armée, les menaces à une tierce personne ou l'infliction de lésions corporelles visées à l'art. 272; et l'agression sexuelle grave visée à l'art. 273.

[103] La jurisprudence concernant l'obligation relative aux mesures raisonnables prévue à l'al. 273.2b) demeure embryonnaire, alors que la doctrine met en relief le besoin d'une clarté accrue à cet égard (voir, p. ex., E. A. Sheehy, « Judges and the Reasonable Steps Requirement : The Judicial Stance on Perpetration Against Unconscious Women », dans E. A.

Canada: Law, Legal Practice and Women's Activism (2012); L. Vandervort, "The Prejudicial Effects of 'Reasonable Steps' in Analysis of *Mens Rea* and Sexual Consent: Two Solutions" (2018), 55 *Alta. L. Rev.* 933). With that in mind, although the trial judge's limited instructions on reasonable steps were not raised by the Crown as a ground of appeal from Mr. Barton's acquittal, a few comments and observations are warranted to promote greater clarity in the law and provide guidance for future cases — including the new trial on unlawful act manslaughter that, for reasons I will explain, is required in this case.

(i) The Reasonable Steps Requirement as a Precondition With Objective and Subjective Dimensions

[104] Section 273.2(b) imposes a precondition to the defence of honest but mistaken belief in communicated consent — no reasonable steps, no defence. It has both objective and subjective dimensions: the accused must take steps that are objectively reasonable, and the reasonableness of those steps must be assessed in light of the circumstances known to the accused at the time (see *R. v. Cornejo* (2003), 68 O.R. (3d) 117 (C.A.), at para. 22, leave to appeal refused, [2004] 3 S.C.R. vii, citing K. Roach, *Criminal Law* (2nd ed. 2000), at p. 157; see also Sheehy, at pp. 492-93). Notably, however, s. 273.2(b) does not require the accused to take "all" reasonable steps, unlike the analogous restriction on the defence of mistaken belief in legal age imposed under s. 150.1(4) of the *Code*⁷ (see *R. v. Darrach* (1998), 38 O.R. (3d) 1 (C.A.), at p. 24, aff'd 2000 SCC 46, [2000] 2 S.C.R. 443 (without comment on this point)).

⁷ Section 150.1(4) reads: "It is not a defence to a charge under section 151 or 152, subsection 160(3) or 173(2), or section 271, 272 or 273 that the accused believed that the complainant was 16 years of age or more at the time the offence is alleged to have been committed unless the accused took all reasonable steps to ascertain the age of the complainant".

Sheehy, dir., *Sexual Assault in Canada : Law, Legal Practice and Women's Activism* (2012); L. Vandervort, « The Prejudicial Effects of "Reasonable Steps" in Analysis of *Mens Rea* and Sexual Consent : Two Solutions » (2018), 55 *Alta. L. Rev.* 933). Cela étant, bien que le ministère public n'ait pas invoqué le caractère restreint des directives données par le juge du procès sur les mesures raisonnables comme moyen d'appel contre l'acquiescement de M. Barton, il convient de formuler quelques observations par souci de clarté quant à l'état du droit et en guise d'orientation pour les causes à venir, notamment le nouveau procès pour homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal qui, pour des raisons que j'expliquerai plus loin, s'impose en l'espèce.

(i) L'obligation relative aux mesures raisonnables à titre de condition préalable comportant des dimensions objective et subjective

[104] L'alinéa 273.2b) impose une condition préalable à la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué : l'absence de mesures raisonnables emporte exclusion de ce moyen de défense. Cette condition comporte à la fois une dimension objective et une dimension subjective : l'accusé doit prendre des mesures objectivement raisonnables pour s'assurer du consentement et le caractère raisonnable de ces mesures doit être apprécié eu égard aux circonstances dont il avait alors connaissance (voir *R. c. Cornejo* (2003), 68 O.R. (3d) 117 (C.A.), par. 22, autorisation d'appel refusée, [2004] 3 R.C.S. vii, citant K. Roach, *Criminal Law* (2^e éd. 2000), p. 157; voir aussi Sheehy, p. 492-493). Il est toutefois à noter qu'aux termes de ce même al. 273.2b), l'accusé n'est pas tenu de prendre « toutes » les mesures raisonnables, contrairement à la restriction analogue relative à la défense de la croyance erronée à l'âge légal imposée au par. 150.1(4) du *Code*⁷ (voir *R. c. Darrach* (1998), 38 O.R. (3d) 1 (C.A.), p. 24, conf. par 2000 CSC 46, [2000] 2 R.C.S. 443 (sans commentaire sur ce point)).

⁷ Le paragraphe 150.1(4) prévoit : « Le fait que l'accusé croyait que le plaignant était âgé de seize ans au moins au moment de la perpétration de l'infraction reprochée ne constitue un moyen de défense contre une accusation portée en vertu des articles 151 ou 152, des paragraphes 160(3) ou 173(2) ou des articles 271, 272 ou 273 que si l'accusé a pris toutes les mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge du plaignant. »

(ii) The Purpose of the Reasonable Steps Requirement

[105] The purpose of the reasonable steps requirement has been expressed in different ways. The authors of *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law* state that s. 273.2(b) of the *Code* seeks “to protect the security of the person and equality of women who comprise the huge majority of sexual assault victims by ensuring as much as possible that there is clarity on the part of both participants to a sexual act” (M. Manning and P. Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law* (5th ed. 2015), at p. 1094 (footnote omitted)). Abella J.A. (as she then was) wrote in *Cornejo* that the reasonable steps requirement “replaces the assumptions traditionally — and inappropriately — associated with passivity and silence” (para. 21). Professor Elizabeth Sheehy puts it this way: “Bill C-49’s ‘reasonable steps’ requirement was intended to criminalize sexual assaults committed by men who claim mistake without any effort to ascertain the woman’s consent or whose belief in consent relies on self-serving misogynist beliefs” (p. 492). The common thread running through each of these descriptions is this: the reasonable steps requirement rejects the outmoded idea that women can be taken to be consenting unless they say “no”.

(iii) What Can and Cannot Constitute Reasonable Steps

[106] Keeping in mind that “consent” is defined under s. 273.1(1) of the *Code* as “the voluntary agreement of the complainant to engage in the sexual activity in question”, what can constitute reasonable steps to ascertain consent? In my view, the reasonable steps inquiry is highly fact-specific, and it would be unwise and likely unhelpful to attempt to draw up an exhaustive list of reasonable steps or obscure the words of the statute by supplementing or replacing them with different language.

(ii) L’objectif de l’obligation relative aux mesures raisonnables

[105] L’objectif de l’obligation relative aux mesures raisonnables a été formulé de différentes manières. Selon les auteurs de l’ouvrage *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law*, l’al. 273.2b) du *Code* vise [TRADUCTION] « à garantir la sécurité de la personne et l’égalité des femmes qui forment la vaste majorité des victimes d’agressions sexuelles, en veillant autant que possible à la présence de clarté dans les rapports entre deux participants à un acte sexuel » (M. Manning et P. Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law* (5^e éd. 2015), p. 1094 (note en bas de page omise)). La juge Abella (maintenant juge de notre Cour) affirmait dans l’affaire *Cornejo* que l’obligation relative aux mesures raisonnables [TRADUCTION] « se substitue aux présomptions rattachées traditionnellement — et irrégulièrement — à la passivité et au silence » (par. 21). La professeure Elizabeth Sheehy s’exprime en ces termes : [TRADUCTION] « L’obligation relative aux “mesures raisonnables” prévue par le projet de loi C-49 avait pour objet de criminaliser les agressions sexuelles commises par des hommes qui prétendent avoir fait erreur sans pour autant avoir tenté de s’assurer du consentement de la femme ou bien qui invoquent des convictions misogynes intéressées pour justifier la croyance au consentement » (p. 492). Voici le dénominateur commun à toutes ces descriptions : l’obligation relative aux mesures raisonnables rejette l’idée périmée selon laquelle les femmes sont réputées consentir à moins qu’elles disent « non ».

(iii) Ce qui peut constituer ou non des mesures raisonnables

[106] Sans oublier que le « consentement » est défini au par. 273.1(1) du *Code* comme « l’accord volontaire du plaignant à l’activité sexuelle », qu’est-ce qui peut constituer des mesures raisonnables pour s’assurer du consentement? À mon avis, l’analyse relative aux mesures raisonnables repose grandement sur les faits. Il ne serait donc guère judicieux et utile d’essayer de dresser une liste exhaustive des mesures raisonnables ou d’occulter les termes de la loi en les complétant ou en les reformulant.

[107] That said, it is possible to identify certain things that clearly are *not* reasonable steps. For example, steps based on rape myths or stereotypical assumptions about women and consent cannot constitute reasonable steps. As such, an accused cannot point to his reliance on the complainant's silence, passivity, or ambiguous conduct as a reasonable step to ascertain consent, as a belief that any of these factors constitutes consent is a mistake of law (see *Ewanchuk*, at para. 51, citing *M. (M.L.)*). Similarly, it would be perverse to think that a sexual assault could constitute a reasonable step (see Sheehy, at p. 518). Accordingly, an accused's attempt to "test the waters" by recklessly or knowingly engaging in non-consensual sexual touching cannot be considered a reasonable step. This is a particularly acute issue in the context of unconscious or semi-conscious complainants (see Sheehy, at p. 537).

[108] It is also possible to identify circumstances in which the threshold for satisfying the reasonable steps requirement will be elevated. For example, the more invasive the sexual activity in question and/or the greater the risk posed to the health and safety of those involved, common sense suggests a reasonable person would take greater care in ascertaining consent. The same holds true where the accused and the complainant are unfamiliar with one another, thereby raising the risk of miscommunications, misunderstandings, and mistakes. At the end of the day, the reasonable steps inquiry is highly contextual, and what is required will vary from case to case.

[109] Overall, in approaching the reasonable steps analysis, trial judges and juries should take a purposive approach, keeping in mind that the reasonable steps requirement reaffirms that the accused cannot equate silence, passivity, or ambiguity with the communication of consent. Moreover, trial judges and juries should be guided by the need to protect and preserve every person's bodily integrity, sexual autonomy, and human dignity. Finally, if the reasonable

[107] Cela dit, il est possible de cerner certains éléments qui *ne* sont manifestement *pas* des mesures raisonnables. Par exemple, les mesures qui reposent sur les mythes liés au viol ou sur les présomptions stéréotypées au sujet des femmes et du consentement n'ont aucunement un caractère raisonnable. Ainsi, l'accusé ne saurait prétendre que le fait de se fier au silence, à la passivité ou au comportement ambigu de la plaignante est une mesure raisonnable pour s'assurer du consentement, car le fait de croire que l'un ou l'autre de ces facteurs emporte consentement constitue une erreur de droit (voir *Ewanchuk*, par. 51, citant *M. (M.L.)*). Dans le même ordre d'idées, il serait pour le moins abusif de penser qu'une agression sexuelle puisse constituer une mesure raisonnable (voir Sheehy, p. 518). Par conséquent, la tentative de l'accusé de [TRADUCTION] « tâter le terrain » en se livrant sciemment ou inconsidérément à des atouchements sexuels non consensuels ne saurait être considérée comme une mesure raisonnable. Il s'agit d'un enjeu particulièrement critique dans le cas où le plaignant est inconscient ou semi-conscient (voir Sheehy, p. 537).

[108] Il est également possible de préciser dans quelles circonstances le critère à remplir pour satisfaire à l'obligation relative aux mesures raisonnables sera plus exigeant. Par exemple, plus l'activité sexuelle est envahissante ou plus le risque pour la santé et la sécurité des participants est élevé, le bon sens veut qu'une personne raisonnable fasse preuve d'une grande prudence pour s'assurer du consentement. Il en va de même si l'accusé et le plaignant se connaissent peu, aggravant ainsi le risque de malentendus et d'erreurs. En définitive, l'analyse relative aux mesures raisonnables demeure largement tributaire du contexte et ses exigences varient d'un cas à l'autre.

[109] Dans l'ensemble, le juge du procès et le jury devraient aborder l'analyse relative aux mesures raisonnables en se concentrant sur l'objet et en n'oubliant pas que l'obligation relative aux mesures raisonnables confirme que l'accusé ne saurait assimiler le silence, la passivité et le comportement ambigu à la communication du consentement. De plus, le juge du procès et le jury devraient se laisser guider par le besoin de protéger l'intégrité physique

steps requirement is to have any meaningful impact, it must be applied with care — mere lip service will not do.

(iv) The Distinction Between Reasonable Steps and Reasonable Grounds

[110] Finally, the concept of reasonable steps to ascertain consent under s. 273.2(b) of the *Code* must be distinguished from the concept of reasonable grounds to support an honest belief in consent under s. 265(4). The latter section provides that in the context of an alleged assault, whether sexual or otherwise (see s. 265(2)), where the accused claims he believed the complainant consented to the conduct in question and the trial judge is “satisfied that there is sufficient evidence and that, if believed by the jury, the evidence would constitute a defence”, the trial judge “shall instruct the jury, when reviewing all the evidence relating to the determination of the honesty of the accused’s belief, to consider the presence or absence of reasonable grounds for that belief”. This provision rests on the idea that as the accused’s asserted belief in consent becomes less reasonable, it becomes increasingly doubtful that the asserted belief was honestly held (see *Pappajohn*, at pp. 155-56, per Dickson J. (dissenting, but not on this point)).

[111] In other words, where the accused is charged with some form of assault, the presence or absence of *reasonable grounds* is simply a factor to be considered in assessing the honesty of the accused’s asserted belief in consent in accordance with s. 265(4). By contrast, where the accused is charged with a sexual offence under ss. 271, 272, or 273, a failure to take reasonable steps is fatal to the defence of honest but mistaken belief in communicated consent by virtue of s. 273.2(b).

[112] With this in mind, in the context of a charge under ss. 271, 272, or 273 where the accused asserts an honest but mistaken belief in communicated consent, if either (1) there is no evidence upon which the

d’une personne, son autonomie sexuelle et sa dignité humaine. Enfin, si l’on veut que l’obligation relative aux mesures raisonnables ait un effet concret, il faut l’appliquer avec soin. Une analyse effectuée pour la forme n’est pas acceptable.

(iv) La distinction entre les mesures raisonnables et les motifs raisonnables

[110] Enfin, il faut établir une distinction entre la notion de mesures raisonnables pour s’assurer du consentement au sens de l’al. 273.2b) du *Code* et la notion de motifs raisonnables pour étayer la croyance sincère au consentement au sens du par. 265(4). Selon cette dernière disposition, dans le contexte d’une accusation de voies de fait, y compris d’agression sexuelle (voir le par. 265(2)), lorsque l’accusé allègue qu’il croyait que le plaignant avait consenti aux actes en question et que le juge du procès est « convaincu qu’il y a une preuve suffisante et que cette preuve constituerait une défense si elle était acceptée par le jury », le juge du procès « demande à ce dernier de prendre en considération, en évaluant l’ensemble de la preuve qui concerne la détermination de la sincérité de la croyance de l’accusé, la présence ou l’absence de motifs raisonnables pour celle-ci ». Cette disposition repose sur l’idée que, plus la croyance au consentement que l’accusé fait valoir devient déraisonnable, plus sa sincérité est douteuse (voir *Pappajohn*, p. 155-156, le juge Dickson (dissident, mais non sur ce point)).

[111] En d’autres termes, lorsque l’accusé est inculpé d’une forme quelconque de voies de fait, la présence ou l’absence de *motifs raisonnables* constitue simplement un facteur à prendre en considération dans l’appréciation, conformément au par. 265(4), de la sincérité de la croyance au consentement manifestée par l’accusé. En revanche, lorsque l’accusé est inculpé d’agression sexuelle en vertu des art. 271, 272 ou 273, l’omission de prendre les mesures raisonnables est fatale à la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué selon l’al. 273.2b).

[112] Dans cette optique, dans le contexte d’une accusation fondée sur les art. 271, 272, ou 273 où l’accusé affirme avoir eu une croyance sincère mais erronée au consentement communiqué, (1) s’il n’existe

trier of fact could find that the accused took reasonable steps to ascertain consent or (2) the Crown proves beyond a reasonable doubt that the accused failed to take reasonable steps to ascertain consent, then there would be no reason to consider the presence or absence of reasonable grounds to support an honest belief in consent under s. 265(4), since the accused would be legally barred from raising the defence due to the operation of s. 273.2(b).

[113] Finally, while the conceptual distinction between reasonable steps under s. 273.2(b) and reasonable grounds under s. 265(4) remains valid, as a practical matter it is hard to conceive of a situation in which reasonable steps would not also constitute reasonable grounds for the purpose of assessing the honesty of the accused's asserted belief.

(2) Instructions on the Defence of Honest but Mistaken Belief in Communicated Consent

[114] At trial, Mr. Barton relied on the defence of honest but mistaken belief in communicated consent. His testimony about Ms. Gladue's prior sexual activities featured prominently in his defence. It was this evidence that formed the foundation for his contention that the sexual activity on the second night was part of a continuing commercial transaction that began with the previous night's supposedly "similar" sexual activity, with an agreement to pay the same price on both nights.

[115] The trial judge instructed the jury that there was evidence before them that raised the defence of honest but mistaken belief in communicated consent. He explained that this defence is a mistake of fact defence and noted that they "should consider whether there were any reasonable grounds for [Mr. Barton's] belief" (A.R., vol. VIII, at p. 207). He also told the jury that in assessing this defence, they should consider, among other things, Mr. Barton's testimony about his perceptions of Ms. Gladue's verbal and

aucun élément de preuve permettant au juge des faits de conclure que l'accusé a pris des mesures raisonnables pour s'assurer du consentement ou (2) si le ministère public prouve hors de tout doute raisonnable que l'accusé n'a pas pris de mesures raisonnables pour s'assurer du consentement, il n'y a pas lieu de prendre en considération la présence ou l'absence de motifs raisonnables à l'appui d'une croyance sincère au consentement en vertu du par. 265(4), car l'accusé ne peut pas évoquer ce moyen de défense en raison de l'application de l'al. 273.2b).

[113] Enfin, bien que la distinction conceptuelle entre les mesures raisonnables au sens de l'al. 273.2b) et les motifs raisonnables au sens du par. 265(4) demeure valide, en pratique, il est difficile d'imaginer une situation où les mesures raisonnables ne constitueraient pas également des motifs raisonnables pour apprécier la sincérité de la croyance qu'affirme avoir eue l'accusé.

(2) Les directives sur la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué

[114] Au procès, M. Barton a invoqué la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué. Son témoignage au sujet des activités sexuelles antérieures de M^{me} Gladue a occupé une place importante dans sa défense. C'est ce témoignage qui a servi de fondement à sa prétention selon laquelle l'activité sexuelle exercée la deuxième nuit s'inscrivait dans une opération commerciale continue ayant débuté par l'activité sexuelle censément [TRADUCTION] « similaire » exercée la nuit précédente, assortie d'une entente prévoyant le paiement du même prix les deux nuits.

[115] Le juge du procès a indiqué aux jurés qu'ils disposaient d'éléments de preuve qui soulevaient la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué. Il a expliqué que cette défense constituait une défense d'erreur de fait et souligné qu'ils [TRADUCTION] « devaient se demander s'il existait des motifs raisonnables à l'appui de la croyance de [M. Barton] » (d.a., vol. VIII, p. 207). Il a également dit aux jurés qu'en appréciant ce moyen de défense, ils devaient tenir compte, entre autres

non-verbal responses to the activity he said took place on the second night, as well as Mr. Barton's testimony about what occurred on the first night, and in particular his testimony that he and Ms. Gladue had a "similar" sexual encounter on that night. He further instructed the jury on reasonable steps under s. 273.2(b) of the *Code*, stating: "You should consider whether the Crown has proven beyond a reasonable doubt that Mr. Barton failed to take reasonable steps in the circumstances known to him at the time to satisfy himself that Ms. Gladue was consenting to the type of sexual activity he described in his testimony" (*ibid.*, at p. 210). However, the trial judge did not indicate that the reasonable steps requirement is a precondition to the defence of honest but mistaken belief in communicated consent.

(3) Mistakes of Law in Mr. Barton's Defence

[116] To the extent Mr. Barton may have honestly perceived Ms. Gladue's consent due to a subjective misunderstanding of the *law*, rather than a misperception of the *facts*, the defence of honest but mistaken belief in communicated consent would afford him no shelter. As I will develop, in my respectful view, the trial judge in this case erred by failing to inoculate the jury against mistakes of law masquerading as mistakes of fact. In particular, the legally erroneous notions of implied consent, broad advance consent, and propensity to consent discussed above each haunted the courtroom. These were issues raised by the Crown both at trial and before the Court of Appeal, and I am not persuaded that any procedural fairness concerns preclude this Court from addressing them.

[117] Mr. Barton's defence rested largely on the notion that the sexual activity he said occurred on the first night led him to believe Ms. Gladue consented on the second night. In particular, he gave

choses, du témoignage de M. Barton au sujet de sa perception des réponses verbales et non verbales de M^{me} Gladue à l'activité qui, selon lui, s'était déroulée la deuxième nuit, ainsi que du témoignage de M. Barton au sujet de ce qui s'était produit la première nuit et, plus particulièrement, de son témoignage selon lequel M^{me} Gladue et lui avaient eu une rencontre sexuelle [TRADUCTION] « similaire » cette nuit-là. Il a en outre donné au jury des directives sur les mesures raisonnables au sens de l'al. 273.2b) du *Code*, affirmant ceci : « Vous devez vous demander si le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable que M. Barton n'a pas pris de mesures raisonnables, dans les circonstances dont il avait alors connaissance, pour s'assurer que M^{me} Gladue consentait au type d'activité sexuelle décrit dans son témoignage » (*ibid.*, p. 210). Cependant, le juge du procès n'a pas indiqué que l'obligation relative aux mesures raisonnables constituait une condition préalable au moyen de défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué.

(3) Les erreurs de droit dans la défense de M. Barton

[116] Dans la mesure où il est possible que M. Barton ait perçu sincèrement le consentement de M^{me} Gladue en raison d'une conception subjective erronée du *droit*, plutôt que d'une interprétation erronée des *faits*, la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué ne lui serait d'aucune utilité. Comme je vais l'expliquer, à mon humble avis, le juge du procès en l'espèce a commis une erreur en ne mettant pas le jury à l'abri des erreurs de droit déguisées en erreurs de fait. En particulier, les notions erronées en droit de consentement tacite, de consentement général donné à l'avance et de propension à consentir analysées ci-dessus ont chacune plané sur la salle d'audience. Il s'agit de questions que le ministère public a soulevées en première instance ainsi que devant la Cour d'appel, et je ne suis pas convaincu que des soucis relatifs à l'équité procédurale empêchent notre Cour de les examiner.

[117] La défense de M. Barton reposait en grande partie sur l'idée que l'activité sexuelle qui, selon lui, avait eu lieu la première nuit l'avait amené à croire que M^{me} Gladue était consentante la deuxième nuit.

evidence that he and Ms. Gladue agreed on the price of \$60 for “everything” on the first night, that they agreed on the same price on the second night, and that “she [knew] what she was coming for”. He considered the two nights as forming part of a continuing commercial transaction, with supposedly “similar” sexual activities occurring on both nights. Further, defence counsel stressed that “[s]he’s a prostitute, and she’s consenting to the sex” and that there were “[n]o groans of disagreement, in fact, only groans of agreement” and “there [were] no signs that she was in disagreement. He reasonably believed that she was consenting” (A.R., vol. V, at p. 205).

[118] Respectfully, Mr. Barton’s defence raised the spectre of several mistakes of law. First of all, a belief that the absence of signs of disagreement could be substituted for affirmative communication of consent is a mistake of law. As already explained, “implied consent” does not exist under Canadian sexual assault law. Further, a belief that prior “similar” sexual activities between the accused and the complainant, the complainant’s status as a sex worker, or the accused’s own speculation about what was going through the complainant’s mind could be substituted for communicated consent to the sexual activity in question at the time is a mistake of law. As a matter of law, consent must be specifically renewed — and communicated — for each sexual act. Moreover, a belief that the complainant could give broad advance consent to whatever the accused wanted to do to her is a mistake of law. Finally, the inference that the complainant’s past sexual activities, by reason of their sexual nature, may make it more likely that she consented to the sexual activity in question — the first of the “twin myths” — is also a mistake of law.

[119] With respect, I am of the view that it was incumbent on the trial judge to caution the jury against acting on these mistakes of law. The absence of such an instruction had an immediate impact on the defence of honest but mistaken belief in communicated

Plus particulièrement, il a déclaré dans son témoignage que M^{me} Gladue et lui s’étaient entendus sur un prix de 60 \$ pour [TRADUCTION] « l’ensemble » des services la première nuit, qu’ils avaient convenu du même prix la deuxième nuit et qu’elle « [connaissait] le but de sa visite ». Il a considéré les deux nuits comme faisant partie d’une opération commerciale continue dans laquelle des activités sexuelles censément « similaires » avaient eu lieu les deux nuits. De plus, l’avocat de la défense a souligné qu’elle « [était] une prostituée et consent[ait] à avoir des rapports sexuels » et qu’il n’y avait « pas de lamentations, mais seulement des gémissements de plaisir » et que « rien n’indiquait qu’elle n’était pas d’accord. Il croyait raisonnablement qu’elle était consentante » (d.a., vol. V, p. 205).

[118] Soit dit en tout respect, la défense de M. Barton évoquait le spectre de plusieurs erreurs de droit. D’abord, la croyance que l’absence de signes de désaccord pouvait se substituer à la communication positive du consentement constitue une erreur de droit. Comme je l’ai déjà expliqué, le « consentement tacite » n’existe pas en droit canadien relatif aux agressions sexuelles. Ensuite, la croyance que les activités sexuelles antérieures « similaires » entre l’accusé et la plaignante, le statut de travailleuse du sexe de la plaignante ou la propre hypothèse formulée par l’accusé selon laquelle ce que pensait la plaignante pouvaient se substituer au consentement communiqué à l’activité sexuelle au moment où elle a eu lieu constitue une erreur de droit. En droit, le consentement doit être expressément renouvelé — et communiqué — pour chaque acte sexuel. En outre, le fait de croire que la plaignante pouvait donner à l’avance un consentement général à tout ce que l’accusé voulait lui faire constitue une erreur de droit. Enfin, la déduction que la plaignante est plus susceptible d’avoir consenti à l’activité sexuelle en question en raison de ses activités sexuelles antérieures et du caractère sexuel de celles-ci — le premier des « deux mythes » — constitue également une erreur de droit.

[119] En toute déférence, j’estime qu’il incombait au juge du procès de mettre en garde le jury contre le fait de s’appuyer sur ces erreurs de droit. L’absence de directive en ce sens a eu un effet immédiat sur la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement

consent, as it allowed the defence to proceed while these mistakes of law were left unaddressed, thereby leaving the jurors without the necessary tools to engage in a proper analysis. This error was inextricably linked to the failure to hold a s. 276 hearing, which would have subjected the admissibility and permissible uses of the evidence of Ms. Gladue's prior sexual history to rigorous scrutiny and assisted in filtering out the mistakes of law raised by Mr. Barton's defence.

(4) Additional Guidance on Air of Reality Test and Reasonable Steps

[120] Strictly speaking, the foregoing analysis is sufficient to demonstrate that the trial judge's instructions on the defence of honest but mistaken belief in communicated consent were deficient. However, in the interest of providing guidance for future cases — including the new trial on unlawful act manslaughter that, for reasons I will explain later in these reasons, is necessary in this case — I would add the following brief comments.

[121] An accused who wishes to rely on the defence of honest but mistaken belief in communicated consent must first demonstrate that there is an air of reality to the defence. This necessarily requires that the trial judge consider whether there is any evidence upon which a reasonable trier of fact acting judicially could find (1) that the accused took reasonable steps to ascertain consent and (2) that the accused honestly believed the complainant communicated consent. This Court recently confirmed that where there is no evidence upon which the trier of fact could find that the accused took reasonable steps to ascertain consent, the defence of honest but mistaken belief in communicated consent must not be left with the jury (see *R. v. Gagnon*, 2018 SCC 41, [2018] 3 S.C.R. 3). A number of provincial appellate decisions, including the Court of Appeal's decision in this case, have reached the same conclusion (see, e.g., *Cornejo*, at para. 19; *R. v. Despins*, 2007 SKCA 119, 228 C.C.C. (3d) 475, at paras. 6 and 11-12; *R. v. Dippel*, 2011 ABCA 129, 281 C.C.C. (3d) 33, at paras. 22-23 and 28; *R. v. Flaviano*, 2013 ABCA 219,

communiqué, car elle a permis au moyen de défense de faire son chemin sans que ces erreurs de droit ne soient corrigées, privant ainsi les jurés des outils dont ils avaient besoin pour procéder à une analyse appropriée. Cette erreur était inextricablement liée à l'omission de tenir une audition en application de l'art. 276, qui aurait donné lieu à un examen rigoureux de l'admissibilité et des utilisations permises de la preuve relative au comportement sexuel antérieur de M^{me} Gladue et permis d'éliminer les erreurs de droit que soulevait le moyen de défense de M. Barton.

(4) Précisions sur le critère de la vraisemblance et les mesures raisonnables

[120] À proprement parler, l'analyse qui précède suffit à démontrer que les directives du juge du procès quant à la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué étaient lacunaires. Cependant, en vue de guider les tribunaux dans les affaires à venir — y compris le nouveau procès pour homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal qui, pour les raisons que j'exposerai plus loin dans les présents motifs, s'impose en l'espèce — j'ajouterai les brèves remarques qui suivent.

[121] L'accusé qui souhaite invoquer la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué doit d'abord démontrer la vraisemblance de celle-ci. Le juge du procès doit ainsi se demander s'il existe une preuve qui permette à un juge des faits raisonnable agissant d'une manière judiciaire de conclure (1) que l'accusé a pris des mesures raisonnables pour s'assurer du consentement et (2) que l'accusé croyait sincèrement que le plaignant avait communiqué son consentement. Notre Cour a confirmé récemment qu'en l'absence d'une preuve qui permette au juge des faits de conclure que l'accusé a pris des mesures raisonnables pour s'assurer du consentement, la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué ne doit pas être laissée à l'appréciation du jury (voir *R. c. Gagnon*, 2018 CSC 41, [2018] 3 R.C.S. 3). Cette même conclusion a été tirée dans bon nombre de décisions des cours d'appel provinciales, dont celle prononcée en l'espèce (voir, p. ex., *Cornejo*, par. 19; *R. c. Despins*, 2007 SKCA 119, 228 C.C.C. (3d) 475, par. 6 et 11-12; *R. c. Dippel*, 2011 ABCA 129,

368 D.L.R. (4th) 393, at paras. 41 and 50, aff'd 2014 SCC 14, [2014] 1 S.C.R. 270; C.A. reasons (2017), at para. 250).

[122] Accordingly, if there is no evidence upon which the trier of fact could find that the accused took reasonable steps to ascertain consent, then the defence of honest but mistaken belief in communicated consent has no air of reality and must not be left with the jury. This threshold analysis serves an important purpose: it keeps from the jury defences that lack a sufficient evidentiary foundation, thereby avoiding the risk that the jury might improperly give effect to a defective defence. As such, contrary to what occurred at trial in this case,⁸ the air of reality test should not be ignored.

[123] By contrast, if there *is* an air of reality to the defence of honest but mistaken belief in communicated consent, including the reasonable steps requirement, then the defence should be left with the jury. The onus would then shift to the Crown to negate the defence, which could be achieved by proving beyond a reasonable doubt that the accused failed to take reasonable steps. The trial judge should instruct the jury as such, making it clear that the reasonable steps requirement is a precondition to the defence. In addition, the trial judge should explain, as a matter of law, the type of evidence that *can* and *cannot* constitute reasonable steps, making sure any steps that are grounded in mistakes of law are relegated to the latter category. Where the Crown does not prove beyond a reasonable doubt that the accused failed to take reasonable steps, that does not lead automatically to an acquittal. In those circumstances, the trial judge should instruct the jury that they are required, as a matter of law, to go on to consider whether the Crown has nonetheless proven beyond a reasonable doubt that the accused did not have an honest but mistaken belief in communicated consent. This requirement flows from the fact that the defence

⁸ While the trial judge did not make an express ruling on whether the defence had an air of reality, the Crown did not object to the defence being left with the jury and has not argued that the defence had no air of reality.

281 C.C.C. (3d) 33, par. 22-23 et 28; *R. c. Flaviano*, 2013 ABCA 219, 368 D.L.R. (4th) 393, par. 41 et 50, conf. par 2014 CSC 14, [2014] 1 R.C.S. 270; motifs de la Cour d'appel (2017), par. 250).

[122] Par conséquent, s'il n'y a pas de preuve qui permette au juge des faits de conclure que l'accusé a pris des mesures raisonnables pour s'assurer du consentement, la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué est dépourvue de vraisemblance et ne doit pas être laissée à l'appréciation du jury. Cette analyse préliminaire joue un rôle important : elle soustrait à l'appréciation du jury les moyens de défense ne s'appuyant pas sur une preuve suffisante, évitant ainsi le risque que le jury puisse retenir à tort un moyen de défense défectueux. Par conséquent, contrairement à ce qui s'est produit au procès en l'espèce⁸, on ne devrait pas faire abstraction du critère de la vraisemblance.

[123] En revanche, si la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué a une certaine vraisemblance, y compris en ce qui a trait à l'obligation relative aux mesures raisonnables, il convient de laisser cette défense à l'appréciation du jury. Il incomberait alors au ministère public de réfuter cette défense, en établissant hors de tout doute raisonnable que l'accusé n'a pas pris de mesures raisonnables. Le juge du procès devrait donner au jury des directives à cet égard et préciser que l'obligation relative aux mesures raisonnables est une condition préalable à la défense. Le juge du procès devrait en outre expliquer quel type de preuve *peut* ou *ne peut pas*, en droit, constituer des mesures raisonnables, en s'assurant que les mesures qui sont fondées sur des erreurs de droit sont reléguées dans la dernière catégorie. Si le ministère public ne parvient pas à faire cette démonstration hors de tout doute raisonnable, cela n'entraîne pas forcément un verdict d'acquiescement. En pareil cas, le juge du procès devrait expliquer aux jurés qu'il leur appartient, en droit, de se demander si le ministère public a néanmoins établi hors de tout doute raisonnable que l'accusé n'avait pas une croyance sincère mais erronée au

⁸ Le juge du procès ne s'est pas prononcé expressément sur la vraisemblance de la défense, mais le ministère public ne s'est pas opposé à ce que le moyen de défense soit laissé à l'appréciation du jury et n'a pas fait valoir que la défense n'était pas vraisemblable.

is ultimately one of an “honest but mistaken belief in communicated consent”, not one of “reasonable steps”. Ultimately, if the Crown fails to disprove the defence beyond a reasonable doubt, then the accused would be entitled to an acquittal.

(5) Determination of the “Sexual Activity in Question”

[124] To provide guidance for future cases, I wish to make several observations on the trial judge’s instructions to the jury on the “sexual activity in question”.

[125] At trial, the defence conceded that Mr. Barton caused Ms. Gladue’s death. With that point conceded, a key issue for the jury was *what* sexual activity took place — that is, what was the “sexual activity in question” under s. 273.1(1) of the *Code*? The answer to that question would then frame the rest of the analysis: Did Ms. Gladue subjectively consent to that particular sexual activity? If not, did Mr. Barton honestly believe she communicated consent to that particular sexual activity at the time it occurred?

[126] Several parts of the trial judge’s charge suggested to the jury that they were effectively bound to accept Mr. Barton’s version of events regarding the “sexual activity in question”. For example, the trial judge stated:

- “[f]or there to have been a sexual assault, you will have to decide if Ms. Gladue consented . . . to the type of sexual activity described and demonstrated by Mr. Barton in his testimony” (A.R., vol. VIII, at pp. 197-98 (emphasis added));
- “there is some evidence that Cindy Gladue consented to the application of some force by Mr. Barton, including sexual activity and to the activity described by Mr. Barton in his testimony” (pp. 198-99 (emphasis added));

consentement communiqué. Cette exigence découle du fait que la défense en question porte en définitive sur une « croyance sincère mais erronée au consentement communiqué », non sur les « mesures raisonnables ». Au bout du compte, si le ministère public ne réussit pas à réfuter la défense hors de tout doute raisonnable, l’accusé aura alors droit à un acquittement.

(5) La définition de l’« activité sexuelle »

[124] Afin de guider les tribunaux dans les affaires à venir, je souhaite faire plusieurs observations au sujet des directives du juge du procès au jury sur l’« activité sexuelle ».

[125] Au procès, la défense a concédé que M. Barton avait causé la mort de M^{me} Gladue. Ce point étant concédé, l’une des questions clés que devait trancher le jury était celle de savoir *quelle* activité sexuelle avait eu lieu — c’est-à-dire, quelle était l’« activité sexuelle » au sens du par. 273.1(1) du *Code*? La réponse à cette question devait alors orienter le reste de l’analyse : M^{me} Gladue a-t-elle consenti subjectivement à cette activité sexuelle précise? Dans la négative, M. Barton a-t-il cru sincèrement qu’elle avait communiqué son consentement à cette activité sexuelle précise au moment où celle-ci avait eu lieu?

[126] Plusieurs passages de l’exposé du juge du procès aux jurés portaient ces derniers à croire qu’ils étaient effectivement tenus d’accepter la version des faits de M. Barton au sujet de l’« activité sexuelle ». Par exemple, le juge du procès a dit ceci :

[TRADUCTION]

- « [p]our qu’il y ait eu agression sexuelle, vous allez devoir décider si M^{me} Gladue a consenti [. . .] au type d’activité sexuelle décrit et démontré par M. Barton dans son témoignage » (d.a., vol. VIII, p. 197-198 (je souligne));
- « certains éléments de preuve indiquent que Cindy Gladue a consenti à l’emploi d’une certaine force par M. Barton, y compris l’activité sexuelle et l’activité décrites par M. Barton dans son témoignage » (p. 198-199 (je souligne));

- “[y]ou should consider whether the Crown has proven beyond a reasonable doubt that Mr. Barton failed to take reasonable steps in the circumstances known to him at the time to satisfy himself that Ms. Gladue was consenting to the type of sexual activity he described in his testimony” (p. 210 (emphasis added)); and
- “[w]hen you are considering whether Mr. Barton honestly believed that Cindy Gladue was capable of consenting . . . to the touching described by Mr. Barton in his testimony” (pp. 206-7 (emphasis added)).
- « [v]ous devez vous demander si le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable que M. Barton n’a pas pris de mesures raisonnables, dans les circonstances dont il avait alors connaissance, pour s’assurer que M^{me} Gladue consentait au type d’activité sexuelle décrit dans son témoignage » (p. 210 (je souligne));
- « [p]our déterminer si M. Barton a cru sincèrement que Cindy Gladue était capable de consentir [. . .] aux attouchements décrits par M. Barton dans son témoignage » (p. 206-207 (je souligne)).

[127] Respectfully, these instructions were problematic. In particular, rather than suggesting that Mr. Barton’s testimony was gospel, the trial judge ought to have clarified for the jury that in determining the “sexual activity in question”, they should look to the whole of the evidence, both direct and circumstantial, and they were not bound to accept Mr. Barton’s evidence simply because he was the only witness to the sexual activity in question who was alive to testify.

[128] With that in mind, there was a sound basis in the evidence to question the veracity of Mr. Barton’s account of the sexual activity in question. To cite just three examples:

- an expert bloodstain analyst noted that while bloodstains were found at the centre of the bed, which was consistent with the Crown’s theory that Ms. Gladue was lying in the middle of the bed when the sexual activity in question occurred, none were found on the corner of the bed where Mr. Barton said Ms. Gladue was sitting;
- toxicology evidence placed Ms. Gladue’s blood alcohol concentration at the time of death at over four times the legal limit to drive, which again was consistent with the Crown’s theory that she was lying incapacitated in the middle of the bed and inconsistent with Mr. Barton’s evidence that she was only moderately intoxicated; and
- un expert en analyse des taches de sang a mentionné que des taches de sang avaient été trouvées au centre du lit, ce qui était compatible avec la thèse du ministère public selon laquelle M^{me} Gladue était allongée au milieu du lit quand l’activité sexuelle avait eu lieu, mais qu’aucune tache n’avait été trouvée sur le coin du lit, où M^{me} Gladue était assise aux dires de M. Barton;
- les éléments de preuve toxicologiques indiquaient que l’alcoolémie de M^{me} Gladue au moment de sa mort était quatre fois supérieure à la limite permise par la loi pour conduire, ce qui était encore une fois compatible avec la thèse du ministère public selon laquelle elle était allongée, avec les facultés affaiblies, au milieu du lit, et incompatible avec le témoignage de M. Barton selon lequel elle n’était que modérément ivre;

[127] Soit dit en tout respect, ces directives étaient problématiques. Plus particulièrement, au lieu de laisser entendre que le témoignage de M. Barton était parole d’Évangile, le juge du procès aurait dû expliquer aux jurés qu’au moment de définir l’« activité sexuelle », ils devaient tenir compte de l’ensemble de la preuve, à la fois directe et circonstancielle, et qu’ils n’étaient pas tenus d’accepter le témoignage de M. Barton simplement parce qu’il était le seul témoin encore vivant de l’activité sexuelle.

[128] Or, la preuve comportait des éléments solides permettant de mettre en doute la véracité de la description qu’avait donnée M. Barton de l’activité sexuelle, pour ne citer que les trois exemples suivants :

- the sexual activity in question was evidently so forceful and violent as to be lethal, which calls into question whether Ms. Gladue consented and acted in the way Mr. Barton described.

[129] However, the Crown did not appeal on this basis, so for reasons of procedural fairness, I will not consider whether the deficient instructions on the “sexual activity in question” amounted to misdirection.

E. *Instructions on Motive*

(1) Motive

[130] Motive is ulterior intention — it is the end for which a crime is committed (see *Lewis v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 821, at pp. 831-35). In most criminal matters, to establish the mental element of the offence, the Crown need not prove motive. Instead, what it must prove is “intent” (i.e., “the exercise of a free will to use particular means to produce a particular result”) (*ibid.*, at p. 831).

[131] As explained in *Lewis*, where motive does not form an essential element of the offence, the necessity of charging a jury on motive falls along a continuum. At one end of the continuum are “cases where the evidence as to identity of the [offender] is purely circumstantial and proof of motive on the part of the Crown so essential that reference must be made to motive in charging the jury” (p. 837). At the other end of the continuum are cases where there is a proven absence of motive (see pp. 837-38). In such cases, the trial judge *must* charge on motive, as the proven absence of motive is ordinarily an important factor favouring the accused (see p. 835).

[132] But between these two poles, “the necessity to charge on motive depends upon the course of the trial and the nature and probative value of the evidence adduced”, and “[i]n these cases, a substantial discretion must be left to the trial judge” (p. 838). Moreover, “motive is always a matter of fact and evidence and, therefore, primarily for the judge and jury

- l’activité sexuelle fut de toute évidence vigoureuse et violente au point d’être mortelle, ce qui amène à se demander si M^{me} Gladue a consenti et agi comme l’a relaté M. Barton.

[129] Le ministère public n’ayant cependant pas interjeté appel pour ce motif, je m’abstiendrai, par souci d’équité procédurale, d’examiner la question de savoir si les directives lacunaires sur l’« activité sexuelle » constituaient des directives erronées.

E. *Les directives sur le mobile*

(1) Le mobile

[130] Le mobile est l’intention intrinsèque — l’intention avec laquelle on commet un crime (voir *Lewis c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 821, p. 831-835). Dans la plupart des affaires criminelles, pour établir l’élément moral de l’infraction, le ministère public n’a pas à prouver le mobile. Ce qu’il doit plutôt prouver, c’est l’« intention » (c.-à-d. « l’exercice d’une libre volonté d’utiliser certains moyens pour produire certains résultats ») (*ibid.*, p. 831).

[131] Comme il est expliqué dans l’arrêt *Lewis*, lorsque le mobile ne constitue pas un élément essentiel de l’infraction, la nécessité de donner des directives au jury sur la question du mobile se situe entre deux pôles. À l’un des pôles, on trouve les « affaires où la preuve de l’identité du [délinquant] est entièrement indirecte et la preuve du mobile par le ministère public tellement essentielle qu’on doit parler du mobile dans l’adresse au jury » (p. 837). À l’autre pôle, on trouve les affaires où il y a une preuve d’une absence de mobile (voir p. 837-838). Dans ces affaires, le juge du procès *doit* donner des directives sur le mobile, car la preuve de l’absence de mobile constitue généralement un facteur important qui joue en faveur de l’accusé (voir p. 835).

[132] Mais entre ces deux pôles, « la nécessité de donner une directive sur la question du mobile dépend du cours du procès et de la nature et de la valeur probante de la preuve », et « [d]ans ces derniers cas, le juge [du procès] doit pouvoir exercer une large discrétion » (p. 838). En outre, « le mobile est toujours une question de fait et de preuve et, par

rather than the appellate tribunal” and trial judges “must be given reasonable latitude” in charging the jury (p. 847). Accordingly, the trial judge’s decision as to whether to charge on motive “should not be lightly reversed” (p. 841). In addition, trial judges have discretion as to how to deal with issues relating to motive, and “there is no formula that must be followed” (*R. v. McMaster* (1998), 37 O.R. (3d) 543 (C.A.), at p. 547).

(2) Proceedings Below

[133] At trial, the Crown led no evidence of motive, and the trial judge rejected the defence’s submission that there was a proven absence of motive. There was thus no *proven absence* of motive, but rather an *absence of proven* motive.

[134] The charge on motive read:

Motive is a reason why somebody does something.

Proof of motive for the commission of an offence may be of assistance in determining whether Mr. Barton is guilty or not guilty of the offence charged or an included offence.

The Crown is not required to prove motive and, it introduced no evidence of motive.

In deciding whether people are guilty of an offence, what generally matters is what they did and whether they did it intentionally, not their reasons for doing it, although motive or the absence of motive may be of assistance in some cases.

It is for you to decide how much or how little you will rely on lack of motive to help you decide this case.

If you conclude that Bradley Barton had no motive to commit a particular offence, it would be an important

conséquent, il relève plutôt du juge et du jury que du tribunal d’appel » et « on doit [. . .] donner [au juge du procès] une latitude raisonnable » dans ses directives au jury (p. 847). Par conséquent, « on ne devrait pas infirmer [. . .] à la légère » la décision du juge du procès de donner ou non des directives portant sur le mobile (p. 841). De plus, le juge du procès a un pouvoir discrétionnaire quant à la façon de traiter des questions relatives au mobile, et [TRADUCTION] « il n’y a pas de formule à suivre » (*R. c. McMaster* (1998), 37 O.R. (3d) 543 (C.A.), p. 547).

(2) Les procédures devant les juridictions inférieures

[133] Au procès, le ministère public n’a présenté aucune preuve de mobile, et le juge du procès a rejeté l’argument de la défense selon lequel il y avait preuve de l’absence de mobile. Il n’y avait donc aucune *preuve de l’absence* de mobile, mais plutôt *absence de preuve* de mobile.

[134] L’exposé au jury sur le mobile était ainsi rédigé :

[TRADUCTION]

Le mobile est la raison pour laquelle quelqu’un fait quelque chose.

La preuve du mobile de la perpétration d’une infraction peut aider à décider si M. Barton est coupable ou non coupable de l’infraction reprochée ou d’une infraction incluse.

Le ministère public n’est pas tenu de prouver le mobile et il n’a présenté aucune preuve de mobile.

Lorsqu’il s’agit de décider si des gens sont coupables d’une infraction, ce qui compte généralement, c’est ce qu’ils ont fait et s’ils l’ont fait intentionnellement, et non les raisons pour lesquelles ils l’ont fait, même si le mobile ou l’absence de mobile peuvent être utiles dans certains cas.

C’est à vous de décider dans quelle mesure vous vous appuyez sur l’absence de mobile pour vous aider à trancher la présente affaire.

Si vous concluez que Bradley Barton n’avait aucune raison de perpétrer une infraction donnée, ce serait un fait important

fact for you to consider. It is a factor that might support Mr. Barton's denial of guilt and raise a reasonable doubt that the Crown has proven its case.

Members of the jury, you should give the evidence of absence of motive the weight you think it deserves. Lack of motive is only a factor that may persuade you one way or the other whether Mr. Barton is guilty or not guilty. You must consider the issue of motive in the context of all of the evidence.

(A.R., vol. VIII, pp. 164-65)

[135] The Court of Appeal held that the trial judge should not have given the jury any instruction on motive. The court reasoned that motive was simply irrelevant to the issues in play, and the charge left the jury with the false impression that the Crown's case was deficient because it had failed to prove motive. Moreover, the charge was, in the court's view, "one-sided" (para. 83). It held that the erroneous instructions on motive affected both the charge of first degree murder and the lesser and included offence of manslaughter.

(3) Discussion

[136] Respectfully, I cannot accede to the Crown's submission that the trial judge erred in his instructions on motive. Before this Court, the parties have not argued that the absence of proven motive was relevant to the unlawful act manslaughter offence, and I need not comment further on that point. However, in my view, motive was a relevant consideration bearing upon whether Mr. Barton intended to seriously harm or kill Ms. Gladue, which would go to the fault element for murder. In these circumstances, since there was neither a proven motive nor a proven absence of motive, it fell within the trial judge's "substantial discretion" to charge on motive, and therefore this Court should defer to his discretionary decision to do so.

dont vous devriez tenir compte. Il s'agit d'un facteur qui peut étayer la dénégation de culpabilité de M. Barton et soulever un doute raisonnable au sujet de l'idée que le ministère public a fait la preuve de l'infraction reprochée.

Membres du jury, vous devez accorder à la preuve d'absence de mobile le poids que vous croyez qu'elle mérite. L'absence de mobile n'est qu'un facteur qui peut vous convaincre dans un sens ou dans l'autre quant à la question de savoir si M. Barton est coupable ou non coupable. Vous devez examiner la question du mobile compte tenu de l'ensemble de la preuve.

(d.a., vol. VIII, p. 164-165)

[135] La Cour d'appel a conclu que le juge du procès n'aurait pas dû donner au jury de directives sur le mobile. La cour a estimé que le mobile n'était tout simplement pas pertinent quant aux questions en jeu, et que l'exposé donnait au jury la fausse impression que la thèse du ministère public comportait des lacunes parce que celui-ci n'avait pas prouvé le mobile. En outre, l'exposé était, selon la cour, [TRADUCTION] « unilatéral » (par. 83). La cour a conclu que les directives erronées sur le mobile ont eu une incidence tant sur l'accusation de meurtre au premier degré que sur celle moindre et incluse d'homicide involontaire coupable.

(3) Analyse

[136] En toute déférence, je ne puis souscrire à l'argument du ministère public selon lequel le juge du procès a commis une erreur dans ses directives sur le mobile. Devant notre Cour, les parties n'ont pas fait valoir que l'absence de preuve de mobile était pertinente à l'égard de l'infraction d'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal, et je n'ai pas besoin de commenter davantage ce point. J'estime toutefois que le mobile était un facteur pertinent ayant une incidence sur la question de savoir si M. Barton avait l'intention de causer des blessures graves à M^{me} Gladue ou de la tuer, une question qui touche l'élément de faute de l'infraction de meurtre. Dans ces circonstances, étant donné qu'il n'y avait ni preuve de mobile ni preuve de l'absence de mobile, la décision de donner des directives sur le mobile relevait de la « large discrétion » du juge du procès, et la Cour doit par conséquent s'en remettre à sa décision discrétionnaire de le faire.

[137] Nor, in my view, was the charge on motive so unbalanced as to amount to misdirection. As indicated, the trial judge instructed the jury that if they found a lack of motive, then that would be an “important fact for [them] to consider”. However, at the same time, he made it perfectly clear that “[t]he Crown is not required to prove motive”, that motive or the absence of motive “may” be of assistance, and that it was up to the jury to decide “how much or how little” it would rely on lack of motive. In my view, while the motive instructions could have been clearer, when read fairly and as a whole, they were reasonably balanced and did not place undue emphasis on the importance of establishing motive or suggest that proving motive was essential for a conviction.

[138] Relatedly, while I am inclined to agree with the Court of Appeal that cases may arise in which the trial judge should explain to the jury how a “generalized purpose or attitude” — for example, an animus towards sex workers or Indigenous women, including a desire to use sex workers or Indigenous women in an objectifying or dehumanizing manner for personal gratification — could qualify as a “motive” (para. 81), in my respectful view, this was not one of those cases. I say this because the Crown did not argue at trial that there was any evidence that Mr. Barton held any such “generalized purpose or attitude” on which the jury ought to be instructed.

[139] Accordingly, I would not accede to the argument that the trial judge’s charge on motive constituted reversible error.

F. *Instructions on the Objective Fault Element of Unlawful Act Manslaughter*

(1) Proceedings Below

[140] The fault element of unlawful act manslaughter consists of “objective foreseeability of the risk of

[137] L’exposé au jury sur le mobile n’était pas non plus, à mon avis, si peu équilibré qu’il constituait une directive erronée. Comme je l’ai indiqué, le juge du procès a dit aux jurés que, s’ils concluaient à l’absence de mobile, ce serait [TRADUCTION] « un fait important dont [ils] devr[ai]ent tenir compte », mais il a en même temps indiqué très clairement que « [l]e ministère public n’est pas tenu de prouver le mobile », que le mobile ou l’absence de mobile « peuvent » être utiles et qu’il appartenait aux jurés de décider « dans quelle mesure » ils allaient s’appuyer sur l’absence de mobile. D’après moi, même si les directives portant sur le mobile auraient pu être plus claires, lorsqu’on les interprète de manière juste et dans leur ensemble, elles étaient raisonnablement équilibrées et n’insistaient pas indûment sur l’importance d’établir le mobile ni ne laissaient entendre que la preuve du mobile était essentielle à une déclaration de culpabilité.

[138] Dans le même ordre d’idées, bien que je sois porté à convenir avec la Cour d’appel qu’il peut arriver que le juge du procès doive expliquer au jury en quoi une [TRADUCTION] « intention ou attitude générale » — par exemple, une animosité envers les travailleuses du sexe ou les femmes autochtones, notamment le désir de traiter les travailleuses du sexe ou les femmes autochtones comme des objets ou d’une manière déshumanisante pour son propre plaisir — peut constituer un « mobile » (par. 81), ce n’était pas, à mon humble avis, le cas en l’espèce. Je l’affirme parce que le ministère public n’a pas soutenu au procès qu’il existait une preuve indiquant que M. Barton avait une telle « intention ou attitude générale » au sujet de laquelle le jury devait recevoir des directives.

[139] Par conséquent, je suis d’avis de ne pas accepter l’argument selon lequel l’exposé du juge du procès sur le mobile constituait une erreur justifiant l’infirmité du verdict.

F. *Les directives sur l’élément de faute objective de l’infraction d’homicide involontaire coupable résultant d’un acte illégal*

(1) Les procédures devant les juridictions inférieures

[140] L’élément de faute de l’infraction d’homicide involontaire coupable résultant d’un acte

bodily harm which is neither trivial nor transitory, in the context of a dangerous act” (*Creighton*, at p. 45; see also *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944, at p. 961). An objectively dangerous act is one that is “likely to subject another person to danger of harm or injury” (*DeSousa*, at p. 961).

[141] At trial, the defence conceded that “clearly [the act] was dangerous. It caused death” (A.R., vol. VIII, at p. 95). The Crown accepted that it would be appropriate to instruct the jury that if they are satisfied that Mr. Barton committed an unlawful act, then it was implicit that the act was dangerous. In addition, the defence requested that the language of objectively foreseeable bodily harm be removed from the charge, and the Crown agreed to this language being taken out.

[142] However, on appeal, the Crown reversed its position, arguing that the instructions on dangerousness were deficient and the trial judge’s failure to refer to the objective fault element of unlawful act manslaughter unfairly minimized its expert evidence, particularly the expert opinion that if Ms. Gladue’s injury was caused by insertion of one’s fingers and hand up into her vagina, it would have taken such force that “an independent witness . . . would know . . . you’re going to hurt that person” (A.R., vol. IV, at p. 78). The Court of Appeal accepted the Crown’s position on appeal.

(2) Discussion

[143] Before this Court, Mr. Barton submits that the Court of Appeal should not have entertained the Crown’s submission on this point. I agree. In my respectful view, the Crown had to live with the decision it made at trial regarding the instructions on the objective fault element of unlawful act manslaughter.

illégal s’entend de « la prévisibilité objective (dans le contexte d’un acte dangereux) du risque de lésions corporelles qui ne sont ni sans importance ni de nature passagère » (*Creighton*, p. 45; voir aussi *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944, p. 961). L’acte objectivement dangereux en est un qui est « de nature à soumettre une autre personne à un risque de préjudice ou de lésions corporelles » (*DeSousa*, p. 961).

[141] Au procès, la défense a concédé que [TRADUCTION] « [l’acte] était manifestement dangereux. Il a causé la mort » (d.a., vol. VIII, p. 95). Le ministère public a reconnu qu’il conviendrait d’indiquer aux jurés que, s’ils sont convaincus que M. Barton a commis un acte illégal, l’acte était implicitement dangereux. La défense a en outre demandé que les mots « lésions corporelles objectivement prévisibles » soient retirés de l’exposé, et le ministère public a accepté le retrait de ces mots.

[142] Cependant, en appel, le ministère public est revenu sur sa position, faisant valoir que les directives quant au caractère dangereux étaient lacunaires et que l’omission du juge du procès de mentionner l’élément de faute objective de l’infraction d’homicide involontaire coupable résultant d’un acte illégal réduisait l’effet de sa preuve d’expert, surtout l’opinion d’expert selon laquelle, pour que la blessure de M^{me} Gladue ait été causée par l’insertion des doigts et de la main de quelqu’un dans son vagin, il aurait fallu utiliser une force telle qu’un [TRADUCTION] « témoin indépendant [. . .] saurait [. . .] que la personne finira par faire mal à l’autre » (d.a., vol. IV, p. 78). La Cour d’appel a souscrit à la position du ministère public en appel.

(2) Analyse

[143] Devant notre Cour, M. Barton soutient que la Cour d’appel n’aurait pas dû examiner l’argument du ministère public sur ce point. Je suis d’accord. À mon humble avis, le ministère public devait composer avec la décision qu’il avait prise au procès concernant les directives sur l’élément de faute objective de l’infraction d’homicide involontaire coupable résultant d’un acte illégal.

G. *Instructions on After-the-Fact Conduct*(1) Proceedings Below

[144] At trial, the Crown argued that Mr. Barton’s after-the-fact conduct betrayed his consciousness of guilt for having committed an offence and belied his claim that Ms. Gladue’s death was a mere “accident”, though the Crown conceded that this evidence was irrelevant to whether he had the requisite intent for murder. The alternative inference, urged by Mr. Barton, was that his actions were motivated by his shock, panic, and fear that his wife and employer would discover he was involved with a prostitute. He also maintained that his string of lies was a result of his inability to trust anyone.

[145] In his charge on consciousness of guilt, the trial judge instructed the jury not to infer that Mr. Barton “is guilty of any offence as a result of his after-the-fact conduct, but [that conduct] may be used to assess his claim that Cindy Gladue’s injury was an accident. . . . This evidence might only be used to draw an inference relating to Ms. Gladue’s injuries being accidental” (A.R., vol. I, pp. 148-49). He did not instruct the jury that they could consider Mr. Barton’s after-the-fact conduct in assessing his overall credibility.

[146] The Court of Appeal held that these instructions were deficient in several ways, mainly: (1) they failed to instruct the jury to consider Mr. Barton’s after-the-fact conduct in evaluating his overall credibility, and (2) they impermissibly confined the permissible uses of the after-the-fact conduct evidence to rebutting the “defence” of “accident”.

[147] On the latter point, the Court of Appeal considered that a key word was missing from the

G. *Les directives relatives au comportement après le fait*(1) Les procédures devant les juridictions inférieures

[144] Au procès, le ministère public a fait valoir que le comportement de M. Barton après le fait trahissait sa conscience de culpabilité d’avoir commis une infraction et contredisait sa prétention selon laquelle la mort de M^{me} Gladue était un simple [TRADUCTION] « accident », bien qu’il ait concédé que cet élément de preuve n’était pas pertinent quant à la question de savoir si M. Barton avait l’intention requise pour commettre un meurtre. Selon la conclusion subsidiaire que préconise M. Barton, ses actes étaient attribuables à son état de choc et de panique de même qu’à la crainte que son épouse et son employeur découvrent qu’il avait retenu les services d’une prostituée. Il a également soutenu que ses mensonges étaient dus à son incapacité de faire confiance à qui que ce soit.

[145] Dans son exposé sur la conscience de culpabilité, le juge du procès a dit aux jurés de ne pas conclure que M. Barton [TRADUCTION] « est coupable d’une infraction en raison de son comportement après le fait, mais [que ce comportement] peut être utilisé pour apprécier sa prétention selon laquelle la blessure de Cindy Gladue était un accident. [. . .] Cet élément de preuve ne peut servir qu’à tirer une conclusion relative au caractère accidentel des blessures de M^{me} Gladue » (d.a., vol. I, p. 148-149). Il n’a pas précisé aux jurés qu’ils pouvaient tenir compte du comportement de M. Barton après le fait pour apprécier sa crédibilité générale.

[146] La Cour d’appel a conclu que ces directives étaient lacunaires sous plusieurs rapports, notamment : (1) elles n’indiquaient pas au jury de tenir compte du comportement de M. Barton après le fait pour apprécier sa crédibilité générale, et (2) elles limitaient de façon inacceptable les utilisations permises de la preuve relative au comportement après le fait à la réfutation de la [TRADUCTION] « défense d’accident ».

[147] Sur ce dernier point, la Cour d’appel a estimé qu’il manquait un mot clé dans la phrase suivante

following sentence in the charge: “You cannot infer that Mr. Barton is guilty of any [specific] offence as a result of his after-the-fact conduct, but it may be used to access his claim that Cindy Gladue’s injury was an accident” (para. 63). The word “specific” was required because the charge was intended to communicate to the jury that they could not infer from Mr. Barton’s after-the-fact conduct that he thought he committed *murder*, as opposed to some other offence. The Court of Appeal considered that this omission would have left the jury with the mistaken impression that the after-the-fact conduct evidence could not be used to infer guilt at all.

[148] The Court of Appeal held that these two errors warranted a new trial on first degree murder.

(2) Discussion

[149] In my respectful view, the Court of Appeal should not have ordered a new trial on the after-the-fact conduct issue. This conclusion flows from two sets of procedural fairness principles reviewed above: (1) the Crown’s limited right to appeal an acquittal, and (2) the requirements that must be observed by appellate courts when raising new issues. I will apply these principles in turn.

[150] First, the Crown was actively involved in drafting the jury charge and in fact requested an instruction nearly identical to language that, according to the Court of Appeal, amounted to reversible misdirection. Further, at no point did the Crown request a specific instruction directing the jury to consider Mr. Barton’s after-the-fact conduct in assessing his credibility. Instead, the Crown actively assisted in drafting the charge, vetted the final draft, and did not object. In short, the Crown not only gave its blessing to the alleged error, it largely created it. As Doherty J.A. wrote in *R. v. Bouchard*, 2013 ONCA 791, 314 O.A.C. 113, aff’d 2014 SCC 64, [2014] 3 S.C.R. 283, “[w]hen the trial judge’s instructions are consistent with the instructions worked out by

de l’exposé : [TRADUCTION] « Vous ne pouvez pas conclure que M. Barton est coupable d’une infraction [précise] en raison de son comportement après le fait, mais [ce comportement] peut être utilisé pour évaluer sa prétention voulant que la blessure de Cindy Gladue ait été accidentelle » (par. 63). Le mot « précise » était nécessaire parce que l’exposé visait à informer les jurés qu’ils ne pouvaient pas conclure du comportement de M. Barton après le fait qu’il pensait avoir commis un *meurtre*, par opposition à une autre infraction. La Cour d’appel a estimé que cette omission avait donné au jury la fausse impression que la preuve relative au comportement après le fait ne pouvait absolument pas être utilisée pour conclure à la culpabilité.

[148] La Cour d’appel a jugé que ces deux erreurs justifiaient la tenue d’un nouveau procès pour meurtre au premier degré.

(2) Analyse

[149] À mon humble avis, la Cour d’appel n’aurait pas dû ordonner la tenue d’un nouveau procès sur la question du comportement après le fait. Cette conclusion découle de deux principes d’équité procédurale examinés précédemment : (1) le droit restreint du ministère public de porter en appel un acquittement, et (2) les exigences auxquelles doivent satisfaire les cours d’appel lorsqu’elles soulèvent de nouvelles questions. J’appliquerai ces principes successivement.

[150] Premièrement, le ministère public a participé activement à la rédaction de l’exposé au jury et a en fait demandé une directive presque identique à un libellé qui, selon la Cour d’appel, constituait une directive erronée justifiant l’infirmité du verdict. De plus, le ministère public n’a jamais demandé de directive précise intimant au jury de tenir compte du comportement de M. Barton après le fait pour apprécier sa crédibilité. Le ministère public a plutôt collaboré activement à la rédaction de l’exposé et examiné soigneusement la version définitive, sans s’y opposer. Bref, le ministère public a non seulement approuvé l’erreur alléguée, mais il l’a aussi en grande partie créée. Comme l’a écrit le juge d’appel Doherty dans *R. c. Bouchard*, 2013 ONCA 791,

counsel and the trial judge in the pre-charge conference, and counsel has no objections after the charge is delivered, it is an understatement to describe counsel's silence as merely 'a failure to object'" (para. 38). Moreover, the Crown did not target the instructions on after-the-fact conduct in its notice of appeal or factum before the Court of Appeal. Instead, as I will explain, the Court of Appeal raised the issue on its own motion.

[151] Second, although the Court of Appeal notified the parties at the outset of the hearing that it would raise new issues, it did not specify the precise nature of those issues or indicate whether one or more could result in Mr. Barton's acquittal being set aside. Further, although the issues relating to the charge on after-the-fact conduct had evidently crystallized *before* the hearing began, the court did not advise defence counsel of its concerns prior to the hearing. As a result, defence counsel was not in a position to seek an adjournment to consider the issue and potentially provide further written submissions. The court then allowed the Crown to advance certain arguments on after-the-fact conduct for the first time in reply submissions, and at the end of the hearing the court indicated that there was no need for further written argument. In my respectful view, applying *Mian*, this was an instance in which it was necessary to request supplementary written submissions from both parties, whether before or after the hearing, particularly since the after-the-fact conduct issue put Mr. Barton's acquittal on the line.

[152] For these reasons, I am respectfully of the view that the Court of Appeal should not have ordered a new trial based on the alleged deficiencies in the after-the-fact conduct instructions. Further, I would not entertain the Crown's arguments on the after-the-fact conduct instructions here.

314 O.A.C. 113, conf. par 2014 CSC 64, [2014] 3 R.C.S. 283, [TRADUCTION] « [L]orsque les directives du juge du procès sont conformes à celles élaborées par les avocats et le juge du procès lors de la conférence préalable à l'exposé, et que les avocats n'expriment aucune opposition une fois que l'exposé est fait, c'est un euphémisme de dire que le silence de l'avocat constitue une simple "omission de s'opposer" » (par. 38). En outre, le ministère public n'a pas mentionné les directives relatives au comportement après le fait dans l'avis d'appel ou le mémoire qu'il a déposés à la Cour d'appel. Comme je l'expliquerai, c'est plutôt la Cour d'appel qui a soulevé la question de son propre chef.

[151] Deuxièmement, bien que la Cour d'appel ait avisé les parties à l'ouverture de l'audience qu'elle entendait soulever de nouvelles questions, elle n'a pas précisé la nature de ces questions ni indiqué si une ou plusieurs d'entre elles pouvaient entraîner l'annulation de l'acquittement de M. Barton. De plus, même si les questions relatives à l'exposé sur le comportement après le fait ont de toute évidence pris corps *avant* le début de l'audience, la cour n'a pas fait connaître ses préoccupations à l'avocat de la défense avant l'audience. L'avocat de la défense n'était donc pas en mesure de demander un ajournement pour examiner la question et éventuellement présenter d'autres observations écrites. La cour a ensuite autorisé le ministère public à faire valoir pour la première fois certains arguments sur le comportement après le fait dans des observations en réponse et, à la fin de l'audience, la cour a indiqué qu'une argumentation écrite supplémentaire n'était pas nécessaire. À mon humble avis, si l'on applique l'arrêt *Mian*, il s'agissait d'un cas où il fallait demander des observations écrites supplémentaires aux deux parties, avant ou après l'audience, d'autant plus que la question du comportement après le fait mettait en jeu l'acquittement de M. Barton.

[152] Pour ces motifs, j'estime, en toute déférence, que la Cour d'appel n'aurait pas dû ordonner la tenue d'un nouveau procès en raison des lacunes que présenteraient les directives relatives au comportement après le fait. De plus, je suis d'avis de ne pas examiner ici les arguments du ministère public sur les directives relatives au comportement après le fait.

[153] Lastly, though I need not finally decide the issue, I am skeptical of the Crown’s argument that the trial judge’s instructions on after-the-fact conduct were so defective as to amount to reversible error. I say this for three main reasons.

[154] First, beginning with the absence of a specific instruction linking Mr. Barton’s after-the-fact conduct to his overall credibility, this Court’s jurisprudence confirms that after-the-fact conduct can be used to impugn the accused’s credibility (see *Jaw*, at para. 39, citing *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72, at para. 26). That said, I am not persuaded the jury would have failed to recognize, as a matter of common sense, that the fact Mr. Barton admittedly told a string of lies following Ms. Gladue’s death could be considered in assessing his overall credibility. Much of course would depend on the jury’s assessment of Mr. Barton’s explanations for having told these lies. Assuming his explanations were rejected as untruthful, then in line with the trial judge’s general instructions on assessing credibility, the jurors would have recognized that a person who lies is less worthy of belief. To suggest otherwise is to assume jurors leave their common sense at the door when they enter the courtroom. Furthermore, I observe that the Crown never requested a specific instruction linking Mr. Barton’s after-the-fact conduct to his credibility, nor has it suggested, whether before this Court or the courts below, that his after-the-fact conduct had any bearing whatsoever on whether he had the requisite intent for murder. To the contrary, Crown counsel stressed at trial: “I want to make sure . . . that after-the-fact conduct goes to his . . . position that this is an accident, not intention for murder or manslaughter” (A.R., vol. VI, at p. 156 (emphasis added)).

[155] Second, while the trial judge’s failure to include the word “specific” in his charge was undoubtedly an error, I doubt this omission irreparably

[153] Enfin, bien que je n’aie pas à trancher la question de façon définitive, j’ai des doutes à propos de l’argument du ministère public selon lequel les directives du juge du procès relatives au comportement après le fait étaient défectueuses au point de constituer une erreur justifiant l’infirmité du verdict. Je l’affirme pour trois principales raisons.

[154] Commençons par l’absence de directive précise établissant un lien entre le comportement de M. Barton après le fait et sa crédibilité générale. La jurisprudence de notre Cour confirme que l’on peut se servir de la conduite après le fait pour attaquer la crédibilité de l’accusé (voir *Jaw*, par. 39, citant *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72, par. 26). Cela dit, je ne suis pas convaincu que le jury n’aurait pas reconnu, par bon sens, qu’il était possible de tenir compte du fait que M. Barton a avoué avoir raconté un tissu de mensonges à la suite de la mort de M^{me} Gladue dans l’évaluation de sa crédibilité générale. Cela dépend bien sûr en grande partie de ce que pense le jury des explications données par M. Barton pour avoir raconté ces mensonges. À supposer que ses explications aient été rejetées car elles n’étaient pas dignes de foi, les jurés auraient alors reconnu, en conformité avec les directives générales du juge du procès sur l’évaluation de la crédibilité, qu’une personne qui ment est moins digne de foi. Prétendre le contraire revient à supposer que les jurés cessent de faire preuve de bon sens en entrant dans la salle d’audience. Je note en outre que le ministère public n’a jamais demandé de directive précise établissant un lien entre le comportement de M. Barton après le fait et sa crédibilité et il n’a pas non plus laissé entendre, que ce soit devant notre Cour ou les juridictions inférieures, que sa conduite après le fait avait un quelconque rapport avec la question de savoir s’il avait l’intention requise pour commettre un meurtre. Au contraire, la procureure du ministère public a souligné au procès : [TRADUCTION] « Je tiens à m’assurer [. . .] que le comportement après le fait touche à son [. . .] opinion qu’il s’agit d’un accident, et non à l’intention de commettre un meurtre ou un homicide involontaire coupable » (d.a., vol. VI, p. 156 (je souligne)).

[155] Ensuite, bien que le juge du procès ait sans aucun doute commis une erreur en n’ajoutant pas le mot [TRADUCTION] « précise » dans son exposé,

tainted the charge. In assessing the seriousness of this error, it must be borne in mind that a charge should not be “endlessly dissected and subjected to minute scrutiny and criticism” (*R. v. Cooper*, [1993] 1 S.C.R. 146, at p. 163); “[a]n appellate court must examine the alleged error in the context of the entire charge and of the trial as a whole” (*Jaw*, at para. 32); and at the end of the day, “[i]t is the overall effect of the charge that matters” (*Daley*, at para. 31). With these principles in mind, I note that the trial judge’s charge on after-the-fact conduct contained a number of passages that are both clear and free from legal error, including the following:

- “[t]he Crown’s position is that [the after-the-fact conduct] evidence is circumstantial evidence that can lead you to conclude that Mr. Barton is guilty of criminal conduct, as opposed to having caused Ms. Gladue’s death by accident” (A.R., vol. VIII, at pp. 169-70);
- “[y]ou must not infer Mr. Barton’s guilt from his after-the-fact conduct unless, when you consider it along with all the other evidence, you are satisfied that it is consistent with his guilt and is inconsistent with any other reasonable conclusion” (p. 170);
- “evidence of after-the-fact conduct has only an indirect bearing on the issue of Mr. Barton’s guilt. You must be careful about inferring his guilt from this evidence because there might be other explanations for this conduct” (pp. 170-71); and
- “[y]ou cannot use [the after-the-fact conduct] evidence to draw any conclusion as to which of the available offences Mr. Barton might be guilty of” (p. 172).

[156] In my view, when read fairly and as a whole, the trial judge’s charge on after-the-fact conduct adequately, albeit imperfectly, conveyed to the jury that

je doute que cette omission a entaché l’exposé de manière irréparable. Pour juger de la gravité de cette erreur, il faut garder à l’esprit qu’on ne doit pas « sans cesse disséquer [l’exposé], [l]e soumettre à un examen détaillé et [l]e critiquer » (*R. c. Cooper*, [1993] 1 R.C.S. 146, p. 163); « [u]ne cour d’appel doit examiner l’erreur alléguée dans le contexte de l’ensemble de l’exposé au jury et du déroulement général du procès » (*Jaw*, par. 32); en définitive, « [c]’est l’effet global de l’exposé qui compte » (*Daley*, par. 31). Ayant ces principes à l’esprit, je signale que l’exposé du juge du procès sur le comportement après le fait renfermait plusieurs passages à la fois clairs et non entachés d’une erreur de droit, dont les suivants :

[TRADUCTION]

- « [l]e ministère public estime que [la preuve relative au comportement après le fait] est une preuve circonstancielle qui peut vous amener à conclure que M. Barton est coupable d’une conduite criminelle au lieu d’avoir causé accidentellement la mort de M^{me} Gladue » (d.a., vol. VIII, p. 169-170);
- “[v]ous ne devez pas déduire du comportement de M. Barton après le fait qu’il est coupable, sauf si, eu égard à ce comportement et aux autres éléments de preuve, vous êtes convaincus que celui-ci est compatible avec la culpabilité de M. Barton et incompatible avec toute autre conclusion raisonnable » (p. 170);
- « la preuve relative au comportement après le fait n’a qu’une incidence indirecte sur la culpabilité de M. Barton. Vous devez faire preuve de prudence avant de déduire sa culpabilité de la preuve car il peut y avoir d’autres explications à ce comportement » (p. 170-171); et
- « [v]ous ne pouvez utiliser [la preuve relative au comportement après le fait] pour tirer quelque conclusion que ce soit à propos des infractions dont M. Barton pourrait être coupable » (p. 172).

[156] À mon avis, interprété équitablement dans son ensemble, l’exposé du juge du procès sur le comportement après le fait explique adéquatement au

they could consider Mr. Barton's after-the-fact conduct in assessing guilt and equipped them to do so.

[157] Third, it is telling that the Crown not only vetted and approved the instructions on after-the-fact conduct, but also helped shape those instructions. As indicated, when assessing whether an alleged error in a jury charge warrants appellate intervention, the failure to object “says something about both the overall accuracy of the jury instructions and the seriousness of the alleged misdirection” (*Jacquard*, at para. 38; see also *Thériault*, at pp. 343-44; *Daley*, at para. 58; *Patel*, at para. 82), and this is particularly the case where counsel has specifically endorsed the instruction in question (see *Patel*, at para. 82). Not only that, but the Crown did not even target the instructions on after-the-fact conduct in its notice of appeal or factum before the Court of Appeal, and when the court raised the matter for the first time, Crown counsel requested additional time to research the issue. In sum, in light of the Crown's conduct in the courts below, it can hardly be said that the alleged errors were glaring and serious.

[158] Accordingly, while I need not finally decide the matter, I am inclined to the view that the trial judge's instructions on after-the-fact conduct, while imperfect, were not so defective as to amount to reversible error. Regardless, any deficiencies in those instructions can be rectified by the trial judge presiding over the new trial on unlawful act manslaughter, to which I now turn.

H. *New Trial*

[159] Having addressed the key substantive issues on appeal, I come to the question of remedy: Is a new trial warranted? If so, on what offence — murder, manslaughter, or both?

jury, quoique de manière imparfaite, qu'ils peuvent tenir compte de la conduite de M. Barton après le fait dans l'examen de sa culpabilité et leur donne les outils dont ils ont besoin pour le faire.

[157] Troisièmement, il est révélateur que le ministre public a non seulement étudié et approuvé les directives sur le comportement après le fait, mais aussi contribué à leur formulation. Comme je l'ai indiqué, lorsqu'il s'agit de se demander si l'erreur dont serait entaché l'exposé au jury justifie une intervention en appel, l'omission 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 » (*Jacquard*, par. 38; voir aussi *Thériault*, p. 343-344; *Daley*, par. 58; *Patel*, par. 82), et cela est particulièrement vrai lorsque l'avocat a souscrit explicitement à la directive en question (voir *Patel*, par. 82). Qui plus est, le ministre public ne s'est même pas attardé aux directives sur le comportement après le fait dans son avis d'appel ou son mémoire soumis à la Cour d'appel, et quand cette dernière a soulevé la question la première fois, la procureure du ministre public a demandé plus de temps pour faire des recherches à ce sujet. En somme, vu la façon dont le ministre public s'est comporté devant les juridictions inférieures, on ne peut guère affirmer que les erreurs reprochées étaient flagrantes et graves.

[158] En conséquence, bien que je n'aie pas à trancher le point de manière définitive, je suis enclin à penser que les directives du juge du procès sur le comportement après le fait, quoiqu'imparfaites, n'étaient pas défectueuses au point de constituer une erreur justifiant l'infirmité du verdict. Quoi qu'il en soit, toute faille dans ces directives peut être corrigée par le juge qui présidera le nouveau procès pour homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal, procès que j'examinerai maintenant.

H. *Le nouveau procès*

[159] Après avoir examiné les principales questions de fond soulevées en appel, j'en viens à la question de la réparation : Un nouveau procès est-il justifié? Si oui, pour quelle infraction : le meurtre, l'homicide involontaire coupable, ou les deux?

[160] In considering these questions, this Court must keep in mind that a jury acquittal is not set aside lightly (see *R. v. Sutton*, 2000 SCC 50, [2000] 2 S.C.R. 595, at para. 2). To secure a new trial, the Crown bears a heavy burden: it must demonstrate that the error or errors in question “might reasonably be thought, in the concrete reality of the case at hand, to have had a material bearing on the acquittal” (*R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609, at para. 14). A mere hypothetical possibility that the accused would have been convicted but for the error or errors will not suffice (see *ibid.*). However, the Crown is not required to demonstrate that the verdict would necessarily have been different (see *ibid.*).

(1) A New Trial on Unlawful Act Manslaughter Is Warranted

[161] To acquit Mr. Barton of unlawful act manslaughter, the jury had to resolve the central questions of whether Ms. Gladue subjectively consented to the “sexual activity in question” in accordance with s. 273.1(1) of the *Code* and, if not, whether Mr. Barton honestly but mistakenly believed she communicated her consent to that sexual activity at the time it occurred.

[162] In my view, the failure to implement the s. 276 regime carried a significant risk that the jury would, whether consciously or unconsciously, engage in impermissible forms of reasoning on these central issues, thereby irreparably tainting the truth-seeking process. In the context of this particular case, which involved an Indigenous woman who engaged in sex work and who was not alive to tell the jury her side of the story, this error was particularly grave, as the risk of prior sexual activity evidence being used improperly, thereby compromising the truth-seeking function of the courts, was exceptionally high. Without proper instruction, the jury was left to cobble together its own unstated rules about how it would use this evidence. Furthermore, the trial judge’s failure to implement the s. 276 regime was exacerbated by, and was inseparable from, the

[160] En examinant ces questions, notre Cour doit se rappeler que l’acquittal par un jury ne doit pas être annulé à la légère (voir *R. c. Sutton*, 2000 CSC 50, [2000] 2 R.C.S. 595, par. 2). Pour obtenir un nouveau procès, le ministère public doit s’acquitter d’un lourd fardeau : il doit démontrer « qu’il serait raisonnable de penser, compte tenu des faits concrets de l’affaire, que [l’erreur ou les erreurs en question] [. . .] ont eu une incidence significative sur le verdict d’acquittal » (*R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2016] 1 R.C.S. 609, par. 14). La simple possibilité hypothétique que l’accusé ait été déclaré coupable n’eussent été l’erreur ou les erreurs ne suffit pas (voir *ibid.*). Cependant, le ministère public n’est pas tenu de démontrer que le verdict aurait nécessairement été différent (voir *ibid.*).

(1) La tenue d’un nouveau procès pour homicide involontaire coupable résultant d’un acte illégal est justifiée

[161] Pour acquitter M. Barton de l’accusation d’homicide involontaire coupable résultant d’un acte illégal, le jury devait résoudre les questions cruciales de savoir si M^{me} Gladue avait consenti subjectivement à l’« activité sexuelle » conformément au par. 273.1(1) du *Code* et, dans la négative, si M. Barton avait cru sincèrement mais à tort qu’elle avait communiqué son consentement à cette activité sexuelle au moment où elle avait eu lieu.

[162] À mon avis, l’omission d’appliquer le régime prévu par l’art. 276 risquait grandement d’amener les jurés à adopter, consciemment ou non, des formes inadmissibles de raisonnement sur ces questions cruciales, entachant ainsi irrémédiablement la recherche de la vérité. Dans le contexte de la présente affaire, où il était question d’une femme autochtone qui travaillait dans l’industrie du sexe et qui n’était plus là pour relater sa version des faits au jury, cette erreur était particulièrement grave, car le risque que la preuve relative au comportement sexuel antérieur soit mal utilisée, entravant par le fait même la fonction de recherche de la vérité des tribunaux, était exceptionnellement élevé. Sans directives appropriées, il ne restait plus au jury qu’à concocter ses propres règles tacites sur la façon d’utiliser cette preuve. De plus, l’omission du juge du procès d’appliquer le régime

failure to caution the jury against mistakes of law masquerading as mistakes of fact when considering the defence of honest but mistaken belief in communicated consent — assuming that defence was available to Mr. Barton at all. That will be a matter for the presiding judge at the new trial.

[163] Individually, these errors were serious. Together, they were devastating. They went straight to the heart of the lesser and included offence of unlawful act manslaughter, which was premised on sexual assault. Accordingly, I am satisfied that the Crown has met its heavy burden: in the concrete reality of the case at hand, it can reasonably be thought that the trial judge's errors had a material bearing on Mr. Barton's acquittal for unlawful act manslaughter. Therefore, I would order a new trial on that offence.

[164] The only question that remains is whether a new trial on first degree murder is also warranted.

(2) A New Trial on First Degree Murder Is Not Warranted

[165] The Crown conceded before the Court of Appeal that the only ground of appeal that would warrant a new trial on first degree murder was the motive issue. Nonetheless, the Court of Appeal held that non-compliance with the s. 276 regime warranted a new trial on first degree murder.

[166] Reversing its position from the one it took before the Court of Appeal, the Crown now argues that the entire charge was tainted by the failure to observe the requirements of s. 276. Respectfully, for three main reasons, I cannot agree.

[167] First, the Crown's case on first degree murder hinged on a relatively straightforward factual

prévu par l'art. 276 a été aggravée, sans pouvoir en être dissociée, par le défaut de mettre le jury en garde contre les erreurs de droit déguisées en erreurs de fait au moment d'examiner la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué — à supposer que M. Barton ait pu se prévaloir de ce moyen de défense. Il appartiendra au juge qui présidera le nouveau procès de trancher cette question.

[163] Prises isolément, ces erreurs étaient graves. Prises ensemble, elles étaient désastreuses. Elles sont allées directement au cœur de l'infraction moindre et incluse d'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal, qui était fondée sur l'agression sexuelle. Par conséquent, je suis convaincu que le ministère public s'est acquitté de son lourd fardeau : compte tenu des faits concrets de l'affaire, il est raisonnable de penser que les erreurs du juge du procès ont eu une incidence significative sur l'acquiescement de M. Barton à l'égard de l'accusation d'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal. En conséquence, je suis d'avis d'ordonner la tenue d'un nouveau procès pour cette infraction.

[164] La seule question qui subsiste est de savoir si la tenue d'un nouveau procès pour meurtre au premier degré est elle aussi justifiée.

(2) La tenue d'un nouveau procès pour meurtre au premier degré n'est pas justifiée

[165] Le ministère public a concédé devant la Cour d'appel que le seul moyen d'appel qui justifierait la tenue d'un nouveau procès pour meurtre au premier degré était la question du mobile. La Cour d'appel a néanmoins conclu que le non-respect du régime prévu par l'art. 276 justifiait la tenue d'un nouveau procès pour meurtre au premier degré.

[166] Revenant sur la position qu'il a prise en Cour d'appel, le ministère public fait maintenant valoir que l'ensemble de l'exposé a été entaché par la non-observation des exigences de l'art. 276. En toute déférence, je ne puis me ranger à son avis pour trois raisons principales.

[167] Premièrement, la thèse du ministère public à l'égard du meurtre au premier degré tenait à une

question: Did Mr. Barton cut Ms. Gladue using a sharp object? Indeed, the Crown stressed in its closing submissions to the jury that “[t]he major determination for you in this case is whether Mr. Barton used a knife” (A.R., vol. V, at p. 222). If he did, then the only question was whether he had the requisite mental element for murder, and keeping in mind the common sense inference that a person generally intends the natural and probable consequences of his or her actions (see *Daley; R. v. Walle*, 2012 SCC 41, [2012] 2 S.C.R. 438, at para. 3), the trial judge rightly noted that “it [would] not be much of a stretch to conclude that there was an intention to harm or injure her” (A.R., vol. I, at p. 137). However, if the jury was *not* satisfied that Mr. Barton cut Ms. Gladue, then the charge of murder could not be sustained, a point conceded by the Crown at trial.

[168] The Crown made a tactical choice to focus its efforts on developing its theory that Mr. Barton cut Ms. Gladue using a sharp object. Absent evidence of a “murder weapon”, the Crown’s murder case turned primarily on its expert evidence that Ms. Gladue’s fatal wound was a cut. Evidently, the jury was not persuaded. This can perhaps be explained by defence counsel’s success in casting doubt on the Crown experts’ opinion during cross-examination and pitting that evidence against the opinion of his own expert, which contrasted starkly with that of the Crown experts. In short, on the factual question of whether Mr. Barton cut Ms. Gladue, the Crown lost in a battle of experts.

[169] Second, and relatedly, the Crown has provided no plausible explanation for how the jury could have used prior sexual activity evidence to improperly reason its way through the first degree murder charge.

question factuelle relativement simple : M. Barton avait-il infligé une coupure à M^{me} Gladue au moyen d’un objet tranchant? En effet, dans son plaidoyer final au jury, le ministère public a souligné que [TRADUCTION] « [l]a principale question que vous devez trancher dans la présente affaire est de savoir si M. Barton a utilisé un couteau » (d.a., vol. V, p. 222). S’il l’a fait, alors la seule question qui se posait était de savoir s’il avait l’élément moral requis pour le meurtre, et compte tenu de la déduction conforme au bon sens selon laquelle une personne souhaite généralement les conséquences naturelles et probables de ses actes (voir *Daley; R. c. Walle*, 2012 CSC 41, [2012] 2 R.C.S. 438, par. 3), le juge du procès a fait observer à juste titre qu’il [TRADUCTION] « ne [serait] pas exagéré de conclure qu’il avait l’intention de lui faire du mal ou de la blesser » (d.a., vol. I, p. 137). Cependant, si le jury *n’était pas* convaincu que M. Barton a infligé une coupure à M^{me} Gladue, alors l’accusation de meurtre ne pouvait être maintenue, un point que le ministère public a concédé au procès.

[168] Le ministère public a fait le choix stratégique de concentrer ses efforts sur le développement de sa thèse voulant que M. Barton ait infligé une coupure à M^{me} Gladue au moyen d’un objet tranchant. Faute de preuve de l’existence d’une [TRADUCTION] « arme du crime », la thèse de meurtre du ministère public reposait principalement sur sa preuve d’expert selon laquelle la blessure mortelle de M^{me} Gladue était une coupure. De toute évidence, le jury n’en a pas été convaincu. Cela s’explique peut-être par le fait que l’avocat de la défense a réussi à jeter un doute sur l’avis des experts du ministère public lors du contre-interrogatoire et à y opposer l’avis de sa propre experte, lequel contrastait nettement avec celui des experts du ministère public. En somme, sur la question factuelle de savoir si M. Barton avait infligé une coupure à M^{me} Gladue, le ministère public a perdu la bataille des experts.

[169] Deuxièmement, et sur une note connexe, le ministère public n’a fourni aucune explication plausible quant à la façon dont le jury aurait pu utiliser la preuve relative au comportement sexuel antérieur pour en arriver à une réflexion irrégulière sur l’accusation de meurtre au premier degré.

[170] Third, the Crown acknowledged in the court below that the only ground of appeal implicating the murder charge was the motive issue. However, as I have explained, the motive instructions were not tainted by reversible error. Accordingly, the Crown has not demonstrated any error spilling over into the murder charge.

[171] Assuming however, for the sake of argument, that the trial judge did err by instructing the jury on motive because motive was simply irrelevant to the issues in play, I am not satisfied that the error would meet the stringent *Graveline* threshold. In my respectful view, the mere possibility that the trial judge's instructions might have left the jury with the mistaken impression that the Crown's failure to prove motive was a fundamental flaw in its case is, in the concrete reality of the case at hand, too speculative to meet this stringent threshold. This is particularly so given the trial judge's instruction that "[t]he Crown is not required to prove motive" (A.R., vol. I, at p. 146) and given that, at the end of the day, the murder charge hinged largely on the expert evidence bearing on whether Ms. Gladue's fatal wound was caused by a sharp object.

[172] Moreover, as I have already explained, I am inclined to the view that the absence of a specific instruction linking Mr. Barton's after-the-fact conduct to his credibility was of no moment. Further, in relation to the murder charge, I would reiterate that the Crown has not suggested, whether before this Court or the courts below, that Mr. Barton's after-the-fact conduct had any bearing whatsoever on whether he had the requisite intent for murder. To the contrary, Crown counsel stressed at trial: "I want to make sure . . . that after-the-fact conduct goes to his . . . position that this is an accident, not intention for murder or manslaughter" (A.R., vol. VI, at p. 156 (emphasis added)).

[170] Troisièmement, le ministère public a reconnu en appel que le seul moyen d'appel touchant l'accusation de meurtre était la question du mobile. Or, comme je l'ai expliqué, les directives sur le mobile n'étaient entachées d'aucune erreur justifiant l'infirmité du verdict. Le ministère public n'a donc pas démontré l'existence d'une erreur qui aurait déteint sur l'accusation de meurtre.

[171] À supposer toutefois, pour les besoins du débat, que le juge du procès ait commis une erreur en donnant des directives au jury sur le mobile parce que le mobile n'était tout simplement pas pertinent à l'égard des questions en jeu, je ne suis pas convaincu que cette erreur pourrait satisfaire au critère exigeant énoncé dans l'arrêt *Graveline*. À mon humble avis, la simple possibilité que les directives du juge du procès aient donné au jury la fausse impression que l'omission du ministère public de prouver le mobile constituait une lacune fondamentale dans sa thèse est, compte tenu des faits concrets de l'affaire, trop hypothétique pour satisfaire à ce critère exigeant. Cela est d'autant plus vrai compte tenu de la directive du juge du procès selon laquelle [TRADUCTION] « [I]e ministère public n'est pas tenu de prouver le mobile » (d.a., vol. I, p. 146) et du fait qu'en définitive, l'accusation de meurtre reposait en grande partie sur la preuve d'expert ayant trait à la question de savoir si la blessure mortelle de M^{me} Gladue avait été causée par un objet tranchant.

[172] Qui plus est, comme je l'ai déjà expliqué, je suis enclin à penser que l'absence de directive précise établissant un lien entre le comportement de M. Barton après le fait et sa crédibilité était sans importance. De plus, en ce qui concerne l'accusation de meurtre, je répète que le ministère public n'a pas laissé entendre, que ce soit devant notre Cour ou les juridictions inférieures, que la conduite de M. Barton après le fait avait un quelconque rapport avec la question de savoir s'il avait l'intention requise pour commettre un meurtre. Au contraire, la procureure du ministère public a souligné au procès : [TRADUCTION] « Je tiens à m'assurer [. . .] que le comportement après le fait touche à son [. . .] opinion qu'il s'agit d'un accident, et non à l'intention de commettre un meurtre ou un homicide involontaire coupable » (d.a., vol. VI, p. 156 (je souligne)).

[173] As for the possibility raised by my colleagues Abella and Karakatsanis JJ. that because Ms. Gladue was referred to as a “Native” and a “prostitute” during the trial, the jury might have acquitted Mr. Barton of murder (and inexorably manslaughter as well) on the basis of reasoning that was “tainted by conscious or unconscious racial prejudice or reliance on racist stereotypes” (para. 231), I respectfully take issue with my colleagues’ approach.

[174] As a matter of procedural fairness, this issue was not raised as a ground of appeal before the Court of Appeal, nor did the Crown request a specific instruction designed to address this matter at trial. In these circumstances, I question the propriety of raising this issue as a basis for ordering a new trial on murder.

[175] Be that as it may, while I accept that there is always a risk that conscious or unconscious bias will seep into a juror’s analysis, in this case there was a simple and obvious explanation for why the jury unanimously acquitted Mr. Barton of murder that does not require this Court to speculate about the potential influence of conscious or unconscious bias. The Crown chose to rest its theory of murder on the notion that Mr. Barton cut Ms. Gladue using a sharp object. That theory depended largely on the expert evidence it called — evidence which suffered from gaps and holes which rendered it less than compelling. Hence, this was by no means a case in which we are left wondering how 12 independent jurors could have acquitted Mr. Barton of murder without resorting to reasoning based on conscious or unconscious bias. To the contrary, there was a perfectly legitimate explanation for the acquittal that does not involve impermissible reasoning: the Crown’s theory simply did not hold up under scrutiny.

[176] I further note that when sworn in, all 12 jurors took an oath that they would perform their duties in a fair, impartial, and unbiased manner, and that they would render a true verdict according to the evidence. The trial judge reminded the jurors of this in his final instructions: he explained that they

[173] Quant à la possibilité évoquée par mes collègues les juges Abella et Karakatsanis que, comme on a qualifié M^{me} Gladue en anglais de « *Native* » et de « *prostitute* » au procès, le jury ait acquitté M. Barton de meurtre (et forcément aussi d’homicide involontaire coupable) sur la base d’un raisonnement « contaminé par des préjugés raciaux conscients ou inconscients, ou des stéréotypes racistes » (par. 231), je m’inscris respectueusement en faux contre le point de vue de mes collègues.

[174] Par souci d’équité procédurale, cette question n’a pas été soulevée en tant que moyen d’appel devant la Cour d’appel, et le ministère public n’a pas demandé non plus une directive conçue précisément pour aborder ce point au procès. Dans les circonstances, j’ai des doutes sur l’opportunité de soulever cette question et de dire qu’elle justifie la tenue d’un nouveau procès pour meurtre.

[175] Quoi qu’il en soit, même si j’accepte qu’un parti pris conscient ou non risque toujours de contaminer l’analyse d’un juré, il y a en l’espèce une raison simple et évidente qui explique pourquoi le jury a acquitté à l’unanimité M. Barton de meurtre sans que la Cour n’ait à conjecturer l’influence possible d’un parti pris conscient ou non. Le ministère public a choisi de fonder sa thèse du meurtre sur l’idée que M. Barton avait infligé une coupure à M^{me} Gladue au moyen d’un objet tranchant. Cette théorie dépendait en grande partie de la preuve d’expert qu’il avait présentée, une preuve souffrant de lacunes et de failles qui ne la rendaient pas convaincante. Il ne s’agissait donc pas du tout d’un cas où nous nous demandons comment 12 jurés indépendants ont pu acquitter M. Barton de meurtre sans adopter de raisonnement fondé sur un parti pris conscient ou non. Au contraire, l’acquittement repose sur une explication tout à fait légitime qui ne découle d’aucun raisonnement inacceptable : la théorie du ministère public n’a tout simplement pas résisté à l’analyse.

[176] Je soulignerai en outre qu’à leur assermentation, les 12 jurés se sont tous engagés à exercer leurs fonctions en toute équité et impartialité et sans parti pris de même qu’à rendre un verdict juste en fonction de la preuve. Le juge du procès leur a rappelé ce serment dans ses dernières directives : il

must examine the evidence “without sympathy or prejudice for or against anyone involved in these proceedings” and that “[this] means you must now make good on your promise to put aside whatever biases or prejudices you may hold or feel” (A.R., vol. VIII, at pp. 140-41). Admittedly, these safeguards are not a panacea — and I acknowledge that specific instructions addressing particular types of prejudice can provide an additional layer of protection going forward (see paras. 195-204 below).

[177] That said, we should not be too quick to assume that they play no role in fostering impartial and unbiased reasoning. To conclude otherwise would be to assume that such instructions, which have been repeated to juries through the ages, were of no value and amounted to little more than lip service. I refuse to go there. To do so would be to lose sight of the well-established jurisprudence of this Court expressing our strong faith in the institution of the jury and our firmly held belief that juries perform their duties according to the law and the instructions they are given (see *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at pp. 692-93; *R. v. Noël*, 2002 SCC 67, [2002] 3 S.C.R. 433, at para. 55). This is not a form of blind faith; rather, it is a reflection of the well-earned trust and confidence that has been built up over centuries of experience in courtrooms throughout the Commonwealth. The institution of the jury is a fundamental pillar of our criminal justice system. We erode our confidence in this bedrock institution at our own peril.

[178] For these reasons, I conclude that a new trial on the murder charge is not warranted. In my view, in the circumstances of this case, it would be contrary to the principle against double jeopardy, enshrined in s. 11(h) of the *Charter*, to force Mr. Barton to face a second trial on first degree murder.

I. *Other Issues*

[179] While the reasons outlined above are sufficient to dispose of the appeal, I wish to make a few brief comments on several additional issues. To be

leur a expliqué qu’ils doivent examiner la preuve [TRADUCTION] « sans entretenir de sympathie ou de préjugé en faveur ou à l’encontre de toute partie à la présente instance » et que « [cela] signifie que vous devez maintenant tenir votre promesse d’écarter tout parti pris ou préjugé que vous pourriez avoir ou entretenir » (d.a., vol. VIII, p. 140-141). Certes, ces garanties ne sont pas une panacée, et je reconnais que des directives portant précisément sur certains types de préjudice peuvent fournir une protection accrue pour l’avenir (voir les par. 195-204 ci-dessous).

[177] Cela dit, nous ne devrions pas supposer trop vite que ces garanties ne contribuent aucunement à l’adoption d’un raisonnement impartial et dénué de parti pris. Conclure le contraire reviendrait à présumer que les directives en question, répétées aux jurys depuis des lustres, n’avaient pas de valeur et n’étaient tout au plus que de belles paroles. Je refuse de m’aventurer sur ce terrain. Le faire reviendrait à perdre de vue la jurisprudence bien établie où notre Cour exprime sa foi inébranlable en l’institution du jury et sa conviction profonde que les jurys exercent leurs fonctions conformément à la loi et aux directives qu’on leur donne (voir *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, p. 692-693; *R. c. Noël*, 2002 CSC 67, [2002] 3 R.C.S. 433, par. 55). Cela n’est pas une forme de foi aveugle; c’est plutôt la manifestation d’une confiance bien méritée et tissée pendant des siècles dans les salles d’audience de tout le Commonwealth. L’institution du jury est un pilier fondamental de notre système de justice pénale. Nous minons notre confiance en cette institution de base à nos risques et périls.

[178] Pour ces motifs, j’arrive à la conclusion que la tenue d’un nouveau procès pour meurtre au premier degré n’est pas justifiée. À mon avis, dans les circonstances de l’espèce, il serait contraire au principe de la protection contre le double péril, consacré à l’al. 11h) de la *Charte*, d’obliger M. Barton à subir un deuxième procès pour meurtre au premier degré.

I. *Autres questions*

[179] Bien que les motifs exposés ci-dessus soient suffisants pour trancher le pourvoi, je tiens à faire de brèves remarques sur plusieurs autres questions.

clear, I offer these remarks solely for the purpose of promoting greater clarity in the law and providing guidance for future cases, including the new trial in this case.

(1) Vitiating of Consent to Sexual Activity for Public Policy Reasons

[180] At trial, one of the issues was whether, even if the jury was satisfied Ms. Gladue consented to the “sexual activity in question”, that consent was nonetheless vitiated for public policy reasons. This issue was closely tied to the Ontario Court of Appeal’s decision in *R. v. Zhao*, 2013 ONCA 293, 305 O.A.C. 290. There, relying on its previous decision in *R. v. Quashie* (2005), 198 C.C.C. (3d) 337, leave to appeal refused, [2006] 1 S.C.R. xiii, the court held that in a case of alleged sexual assault causing bodily harm, consent to sexual activity should be vitiated on public policy grounds where the accused (1) subjectively intended to cause bodily harm and (2) did in fact cause bodily harm (see paras. 106-8; see also *R. v. Nelson*, 2014 ONCA 853, 318 C.C.C. 476, at paras. 24-25). In the present case, the Crown, the defence, and the trial judge all proceeded on the basis that the holding in *Zhao* applied in Alberta. The Court of Appeal, by contrast, declined to rule on the matter.

[181] In my view, for a number of reasons, this is not the right case in which to decide whether consent to sexual activity should be vitiated where the accused intentionally caused bodily harm in the course of otherwise consensual sexual activities. First and foremost, the issue has no bearing on the outcome of this appeal, as a new trial on manslaughter will be held in any event. Moreover, the Crown did not appeal on the basis that the trial judge erred in his instructions on the “*Zhao* pathway” to a manslaughter conviction. Furthermore, the record does not provide a proper foundation for this Court to address the matter: not only did the courts below not grapple with the issue and reach a firm conclusion, but the parties’ submissions before this Court on the potential implications of adopting the *Zhao* principle were insufficient to give this

En clair, je fais ces remarques dans le seul but de clarifier davantage le droit et de guider les tribunaux dans les affaires à venir, y compris le nouveau procès en l’espèce.

(1) Le vice de consentement à l’activité sexuelle pour des raisons d’intérêt public

[180] Au procès, l’une des questions en litige consistait à savoir si le consentement était vicié pour des raisons d’intérêt public, même si le jury était convaincu que M^{me} Gladue avait consenti à l’« activité sexuelle ». Cette question était étroitement liée à l’arrêt *R. c. Zhao*, 2013 ONCA 293, 305 O.A.C. 290, où la Cour d’appel de l’Ontario, se fondant sur son arrêt antérieur *R. c. Quashie* (2005), 198 C.C.C. (3d) 337, autorisation d’appel refusée, [2006] 1 R.C.S. xiii, a conclu que, dans le cas d’une accusation d’agression sexuelle causant des lésions corporelles, le consentement à l’activité sexuelle devrait être vicié pour des raisons d’intérêt public lorsque l’accusé (1) avait subjectivement l’intention de causer des lésions corporelles et (2) a en fait causé des lésions corporelles (voir par. 106-108; voir également *R. c. Nelson*, 2014 ONCA 853, 318 C.C.C. (3d) 476, par. 24-25). En l’espèce, le ministère public, la défense et le juge du procès ont tous tenu pour acquis que l’arrêt *Zhao* s’appliquait en Alberta. La Cour d’appel, par contre, a refusé de se prononcer sur la question.

[181] À mon avis, pour plusieurs raisons, il ne s’agit pas en l’espèce d’un cas où il convient de décider si le consentement à l’activité sexuelle devrait être vicié lorsque l’accusé a causé intentionnellement des lésions corporelles dans le cadre d’activités sexuelles par ailleurs consensuelles. D’abord et avant tout, la question n’a aucune incidence sur l’issue du présent pourvoi, car un nouveau procès pour homicide involontaire coupable aura lieu de toute façon. De plus, le ministère public n’a pas interjeté appel au motif que le juge du procès avait commis une erreur dans ses directives sur la [TRADUCTION] « voie *Zhao* » pouvant mener à une déclaration de culpabilité pour homicide involontaire coupable. En outre, le dossier ne fournit aucune assise solide permettant à la Cour d’examiner la question : non seulement les tribunaux d’instance inférieure n’ont-ils pas abordé

important issue the full and comprehensive analysis that it deserves.

[182] Accordingly, I would leave this issue for another day.

(2) Instructions on the “Defence” of “Accident”

[183] As indicated, at trial, defence counsel maintained that Ms. Gladue’s death was a mere “accident”, which he said was antithetical to an intention to cause serious harm or death. The trial judge charged the jury on the “defence” of “accident” as follows:

Mr. Barton denies any intention to hurt Ms. Gladue and maintains that the wound to her vaginal wall was accidentally caused during consensual sexual activities.

There is evidence before you that raises the defence of accident. Mr. Barton does not have to prove that this defence applies If you are left with a reasonable doubt about whether this defence applies, the Crown has not proven its case beyond a reasonable doubt, and therefore you must find Mr. Barton not guilty.

In this case it is suggested by the Defence that the conduct of Mr. Barton should be excused, and he should be found not guilty of manslaughter because the harm allegedly caused by him to Cindy Gladue was a pure accident for which he is not criminally responsible.

The defence of accident may succeed in these circumstances if, at the time the offences allegedly occurred, Mr. Barton was not engaged in an unlawful act.

For these purposes, an accident is an unintentional and unexpected occurrence that produces hurt or loss.

la question ni tiré de conclusion définitive, mais encore les observations des parties à la Cour sur les répercussions que peut avoir l’adoption du principe établi dans l’arrêt *Zhao* n’étaient pas suffisantes pour que l’on puisse consacrer à cette importante question l’analyse complète et détaillée qu’elle mérite.

[182] Je suis donc d’avis de remettre à plus tard l’examen de cette question.

(2) Les instructions relatives à la « défense d’accident »

[183] Comme je l’ai indiqué, l’avocat de la défense a soutenu au procès que la mort de M^{me} Gladue était un simple [TRADUCTION] « accident », ce qui, a-t-il affirmé, était l’antithèse de l’intention de causer des blessures graves ou la mort. Le juge du procès a donné au jury les directives suivantes sur la [TRADUCTION] « défense d’accident » :

[TRADUCTION]

M. Barton nie avoir eu l’intention de blesser M^{me} Gladue et soutient que sa blessure à la paroi vaginale a été causée accidentellement dans le cadre d’activités sexuelles consensuelles.

Vous disposez d’éléments de preuve qui soulèvent la défense d’accident. M. Barton n’est pas tenu de prouver que ce moyen de défense s’applique [. . .] Si vous avez un doute raisonnable quant à savoir si ce moyen de défense s’applique, c’est que le ministère public n’a pas présenté une preuve hors de tout doute raisonnable, et vous devez par conséquent déclarer M. Barton non coupable.

Dans la présente affaire, la défense affirme que la conduite de M. Barton devrait être excusée, et qu’il devrait être déclaré non coupable d’homicide involontaire coupable, parce que la blessure qu’il aurait causée à Cindy Gladue était un pur accident dont il n’est pas criminellement responsable.

La défense d’accident peut être retenue dans les présentes circonstances si, au moment où les infractions auraient été commises, M. Barton ne commettait pas un acte illégal.

À cet égard, un accident est un événement involontaire et inattendu qui cause une blessure ou une perte.

You must determine from the evidence whether there is a reasonable doubt that the harm to Cindy Gladue came about unintentionally and unexpectedly as a result of the conduct of Bradley Barton. If it did, and if it was not otherwise the product of an unlawful act, he is entitled to be found not guilty.

(A.R., vol. VIII, at pp. 191-93)

[184] The Court of Appeal found these instructions to be deficient in various respects. Among other things, the court noted that Mr. Barton’s conduct in repeatedly thrusting his hand into Ms. Gladue’s vagina was no “accident”; it was volitional. The court also stressed that in light of the approach taken at trial, Mr. Barton’s claim that he did not subjectively intend or foresee Ms. Gladue’s death would have gone only to the issue of vitiation of consent for public policy reasons, but the trial judge did not make this clear to the jury.

[185] In my view, it is neither necessary nor appropriate for this Court to consider whether the trial judge’s instructions on “accident” gave rise to reversible error. Again, the issue has no bearing on the outcome in this appeal, and the Crown did not object to the instructions on “accident” or challenge those instructions as a separate ground of appeal. That said, to provide guidance for future cases, I will offer a few brief comments.

[186] The way in which the term “accident” is used in everyday parlance passes over some of the nuances that characterize the use of that term in the legal context. As the authors of *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law* explain, “[a]n accident is, in the popular and ordinary sense, a mishap or untoward event not expected or designed” (p. 653; see also E. G. Ewaschuk, *Criminal Pleadings & Practice in Canada* (2nd ed. (loose-leaf)), at § 21:0010). But the term has a more specialized meaning in the criminal law context. In particular, in this context, the term “accident” is used to signal one or both of the following: (1) that the act in question was involuntary

Vous devez décider à la lumière de la preuve s’il existe un doute raisonnable que la blessure de Cindy Gladue soit survenue involontairement et de façon inattendue par suite de la conduite de Bradley Barton. Si c’est le cas, et si elle n’était pas par ailleurs le résultat d’un acte illégal, il a le droit d’être déclaré non coupable.

(d.a., vol. VIII, p. 191-193)

[184] La Cour d’appel a estimé que ces directives étaient lacunaires à plusieurs égards. La cour a notamment souligné que l’insertion répétée par M. Barton de sa main dans le vagin de M^{me} Gladue dans un mouvement de va-et-vient n’avait rien d’un « accident »; c’était un acte volontaire. La cour a également souligné que, compte tenu du point de vue adopté au procès, la prétention de M. Barton selon laquelle il n’avait pas subjectivement voulu ou prévu la mort de M^{me} Gladue touchait uniquement la question du vice de consentement pour des raisons d’intérêt public, mais que le juge du procès ne l’avait pas indiqué clairement au jury.

[185] À mon avis, il n’est ni nécessaire ni approprié que notre Cour se penche sur la question de savoir si les directives du juge du procès sur la notion d’« accident » constituaient une erreur justifiant l’infirmité du verdict. Encore une fois, la question n’a aucune incidence sur l’issue du présent pourvoi, et le ministère public ne s’est pas opposé aux directives sur la notion d’« accident » ni n’a contesté ces directives à titre de moyen d’appel distinct. Cela étant dit, afin de guider les tribunaux dans les affaires à venir, je ferai quelques brèves remarques.

[186] La façon dont le terme « accident » est employé en langage de tous les jours passe sous silence certaines des nuances qui caractérisent l’emploi de ce terme dans le contexte juridique. Comme l’expliquent les auteurs de *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law*, [TRADUCTION] « [u]n accident s’entend, dans son sens courant et ordinaire, d’une mésaventure ou d’un malheur qui n’est ni prévu, ni recherché » (p. 653; voir aussi E. G. Ewaschuk, *Criminal Pleadings & Practice in Canada* (2^e éd. (feuilles mobiles)), § 21:0010), mais ce terme revêt un sens plus spécialisé dans le contexte du droit criminel. Plus particulièrement, dans ce contexte,

(i.e., non-volitional), thereby negating the *actus reus* of the offence; or (2) that the accused did not have the requisite *mens rea* (see *R. v. Rodgeron*, 2015 SCC 38, [2015] 2 S.C.R. 760, at para. 48; *R. v. Mathisen*, 2008 ONCA 747, 239 C.C.C. (3d) 63, at paras. 70 and 95; *R. v. Parris*, 2013 ONCA 515, 300 C.C.C. (3d) 41, at paras. 106-8; *R. v. Primeau*, 2017 QCCA 1394, 41 C.R. (7th) 22, at paras. 24-25).

[187] With respect to the latter scenario, in assessing whether a claim of “accident” may negate *mens rea* in any particular case, it is obviously essential to consider what the relevant *mens rea* requirement is in the first place. In carrying out this inquiry, it must be kept in mind that *mens rea* requirements vary and include, for example: (1) a subjective intention to bring about a prohibited *consequence*; (2) a subjective awareness of prohibited *circumstances*; and (3) objective fault.

[188] The classic example of an offence that falls within the first category is murder, which requires “subjective foresight of death in the act of killing” (*Primeau*, at para. 29). As for the second category, the *mens rea* of sexual assault consists of the “intention to touch and knowing of, or being reckless of or wilfully blind to, a lack of consent on the part of the person touched” (*Ewanchuk*, at para. 42). The third category includes, for instance, the *mens rea* of unlawful act manslaughter, which requires “objective foreseeability of the risk of bodily harm which is neither trivial nor transitory, in the context of a dangerous act” (*Creighton*, at p. 45; *DeSousa*, at p. 961).

[189] Where the offence charged requires proof of subjective intent to bring about a particular consequence, the claim that the accused did not intend to bring about that consequence, making it a mere “accident”, is legally relevant, as it could negate the *mens rea* required for a conviction.

le terme « accident » est employé pour indiquer : (1) que l’acte en question était involontaire (c.-à-d. non volitif), l’*actus reus* de l’infraction étant ainsi écarté; ou (2) que l’accusé n’avait pas la *mens rea* requise (voir *R. c. Rodgeron*, 2015 CSC 38, [2015] 2 R.C.S. 760, par. 48; *R. c. Mathisen*, 2008 ONCA 747, 239 C.C.C. (3d) 63, par. 70 et 95; *R. c. Parris*, 2013 ONCA 515, 300 C.C.C. (3d) 41, par. 106-108; *R. c. Primeau*, 2017 QCCA 1394, 41 C.R. (7th) 22, par. 24-25).

[187] Dans ce dernier scénario, pour déterminer si une allégation d’« accident » peut écarter la *mens rea* dans une affaire donnée, il est évidemment essentiel de se demander en premier lieu quelle est l’exigence de *mens rea* applicable. En procédant à cet examen, il faut se rappeler que les exigences de *mens rea* varient et comprennent, par exemple : (1) l’intention subjective que s’ensuive une *conséquence* prohibée; (2) la conscience subjective de *circonstances* prohibées; et (3) la faute objective.

[188] L’exemple classique d’une infraction qui tombe dans la première catégorie est le meurtre, lequel exige la [TRADUCTION] « prévision subjective de la mort dans l’acte de tuer » (*Primeau*, par. 29). Quant à la deuxième catégorie, la *mens rea* de l’agression sexuelle comporte « l’intention de se livrer à des attouchements sur une personne et la connaissance de son absence de consentement ou l’insouciance ou l’aveuglement volontaire à cet égard » (*Ewanchuk*, par. 42). La troisième catégorie comprend, par exemple, la *mens rea* de l’homicide involontaire coupable résultant d’un acte illégal, qui exige « la prévisibilité objective (dans le contexte d’un acte dangereux) du risque de lésions corporelles qui ne sont ni sans importance ni de nature passagère » (*Creighton*, p. 45; *DeSousa*, p. 961).

[189] Lorsque l’infraction reprochée exige la preuve de l’intention subjective que s’ensuive une conséquence donnée, l’allégation selon laquelle l’accusé n’avait pas l’intention de causer cette conséquence, faisant de celle-ci un simple « accident », est pertinente en droit, car elle pourrait écarter la *mens rea* requise pour une déclaration de culpabilité.

[190] By contrast, where the offence only requires a subjective awareness of particular circumstances, an accused's claim that the consequences of his act (such as injury to another) were unintentional and unexpected, making those consequences a mere "accident", is naturally of no assistance. In other words, where the offence charged does not require proof of subjective intent to bring about any consequences in the first place, the "accidental" nature of the consequences is legally irrelevant.

[191] Finally, if the offence requires proof of objective fault — for instance, that the prohibited consequence was objectively foreseeable — then a claim of "accident" could negate that fault element if the prohibited consequence was such a chance occurrence that the trier of fact is left in a state of reasonable doubt as to whether, objectively, it was foreseeable.

[192] In the present case, there was no suggestion that Mr. Barton acted without volition. Accordingly, the first type of "accident" — one that negates the *actus reus* — was not present. The only potential relevance of Mr. Barton's claim of "accident", therefore, was in respect of *mens rea*. Importantly, however, neither sexual assault nor unlawful act manslaughter requires subjective intent to bring about any particular consequence. Here, Mr. Barton conceded that non-trivial bodily harm was objectively foreseeable and the sexual activity in question was inherently dangerous. Therefore, setting aside the issue of whether intentionally causing bodily harm in the course of otherwise consensual sexual activities would vitiate consent (i.e., the principle endorsed in *Zhao*), to the extent Mr. Barton claimed that Ms. Gladue's death was an "accident" in the sense that he did not subjectively intend to bring about that consequence, this claim was of no assistance in negating the *mens rea* required for sexual assault or unlawful act manslaughter. On this latter point, recent appellate jurisprudence confirms that if the accused "accidentally" caused the deceased's death in the course of an unlawful act, but it was reasonably foreseeable that the act would result in non-trivial bodily harm to the deceased, then the *mens rea* requirement for unlawful act

[190] En revanche, lorsque l'infraction n'exige que la conscience subjective de circonstances données, l'allégation de l'accusé selon laquelle les conséquences de son acte (comme une blessure à autrui) étaient involontaires et inattendues, faisant de ces conséquences un simple « accident », n'est naturellement pas utile. En d'autres termes, lorsque l'infraction reprochée n'exige pas la preuve d'une intention subjective que s'ensuivent des conséquences, la nature « accidentelle » des conséquences n'est pas pertinente en droit.

[191] Enfin, si l'infraction exige la preuve d'une faute objective — par exemple, la preuve que la conséquence prohibée était objectivement prévisible — alors l'allégation d'« accident » pourrait écarter cet élément de faute si la conséquence prohibée est si fortuite qu'elle suscite dans l'esprit du juge des faits un doute raisonnable quant à savoir si, objectivement, elle était prévisible.

[192] Dans le cas qui nous occupe, rien ne donnait à penser que M. Barton avait agi involontairement. Par conséquent, le premier type d'« accident » — celui qui écarte l'*actus reus* — n'existait pas. La seule pertinence possible de l'allégation d'« accident » de M. Barton se rapportait donc à la *mens rea*. Fait important, cependant, ni l'agression sexuelle ni l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal n'exigent une intention subjective que s'ensuive une conséquence donnée. En l'espèce, M. Barton a concédé que le risque de lésions corporelles importantes était objectivement prévisible et que l'activité sexuelle était dangereuse en soi. Par conséquent, mise à part la question de savoir si le fait d'avoir causé intentionnellement des lésions corporelles dans le cadre d'activités sexuelles par ailleurs consensuelles aurait pour effet de vicier le consentement (c.-à-d. le principe adopté dans *Zhao*), dans la mesure où M. Barton a prétendu que la mort de M^{me} Gladue était un « accident » en ce sens qu'il n'avait pas subjectivement l'intention d'entraîner cette conséquence, cette prétention n'aidait en rien à écarter la *mens rea* requise pour l'agression sexuelle ou l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal. Sur ce dernier point, la jurisprudence récente des cours d'appel confirme que, si l'accusé a [TRADUCTION] « accidentellement » causé la mort

manslaughter is still met (see *Parris*, at para. 108; *Primeau*, at para. 28).

[193] In this case, the trial judge’s instructions on “accident” did not make these points clear. Looking ahead, at the new trial on unlawful act manslaughter, the trial judge should observe the foregoing principles when instructing the jury on “accident” so as to avoid leaving the jury with the mistaken impression that so long as Ms. Gladue’s death was a “mishap”, an acquittal must follow.

[194] Finally, to avoid confusion in future cases, I would encourage trial judges to focus on the questions of voluntariness and/or negation of *mens rea*, as appropriate, when instructing jurors on the so-called “defence” of “accident”. As the authors of *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law* point out, “what is relevant from a legal standpoint is not whether the accused is claiming that what happened was an accident, but whether this claim demonstrates the absence of one of the elements of the offence charged” (p. 654).

(3) Instructions Addressing Prejudice Against Indigenous Women and Girls in Sexual Assault Cases

[195] When jurors are sworn and empanelled, Canadian society tasks them with a weighty responsibility: deciding whether, on the evidence put before them, the accused is guilty or not. This task is not easy — it requires patience, judgment, and careful analysis. But most of all, it requires an open mind, one that is free from bias, prejudice, or sympathy.

du défunt lors de la perpétration d’un acte illégal, mais qu’il était raisonnablement prévisible que cet acte causerait des lésions corporelles importantes au défunt, la *mens rea* requise pour l’homicide involontaire coupable résultant d’un acte illégal est tout de même présente (voir *Parris*, par. 108; *Primeau*, par. 28).

[193] Dans la présente affaire, les directives du juge du procès sur la notion d’« accident » n’ont pas éclairci ces points. À l’avenir, lors du nouveau procès pour homicide involontaire coupable résultant d’un acte illégal, le juge du procès devra appliquer les principes susmentionnés lorsqu’il donnera ses directives au jury sur la notion d’« accident » afin d’éviter de donner à celui-ci la fausse impression que, pour peu que la mort de M^{me} Gladue était une [TRADUCTION] « mésaventure », un verdict d’acquittement doit être prononcé.

[194] Enfin, pour éviter toute confusion dans les affaires à venir, j’inviterais les juges de première instance à mettre l’accent sur les questions liées au caractère volontaire ou à l’écartement de la *mens rea*, selon le cas, lorsqu’ils donnent des directives aux jurés sur la prétendue « défense d’accident ». Comme le soulignent les auteurs de *Manning, Mewett & Sankoff : Criminal Law*, [TRADUCTION] « ce qui importe d’un point de vue juridique, ce n’est pas de savoir si l’accusé allègue que ce qui s’est passé était un accident, mais plutôt de savoir si cette allégation démontre l’absence de l’un des éléments de l’infraction reprochée » (p. 654).

(3) Les directives relatives aux préjugés contre les femmes et les filles autochtones dans les affaires d’agression sexuelle

[195] Lorsque les jurés sont assermentés et choisis pour constituer le jury, la société canadienne leur confie une lourde tâche : décider si, compte tenu de la preuve dont ils disposent, l’accusé est coupable ou non coupable. Il ne s’agit pas d’une tâche facile — elle exige de la patience, du jugement et une analyse minutieuse, mais surtout, elle exige un esprit ouvert, où ne règne aucun parti pris, aucun préjugé ni aucune sympathie.

[196] But it would be naïve to assume that the moment the jurors enter the courtroom, they leave their biases, prejudices, and sympathies behind. That reality was openly acknowledged in *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128, where this Court discussed the “invasive”, “elusive”, and “corrosive” nature of one particular type of bias: racism against Indigenous persons (para. 22). Justice McLachlin (as she then was) emphasized that “[t]o suggest that all persons who possess racial prejudices will erase those prejudices from the mind when serving as jurors is to underestimate the insidious nature of racial prejudice and the stereotyping that underlies it” (para. 21).

[197] Trial judges, as gatekeepers, play an important role in keeping biases, prejudices, and stereotypes out of the courtroom. In this regard, one of the main tools trial judges have at their disposal is the ability to provide instructions to the jury. Bearing in mind this Court’s admonition that “it cannot be assumed that judicial directions to act impartially will always effectively counter racial prejudice” (*Williams*, at para. 21), such instructions can in my view play a role in exposing biases, prejudices, and stereotypes and encouraging jurors to discharge their duties fairly and impartially. In particular, a carefully crafted instruction can expose biases, prejudices, and stereotypes that lurk beneath the surface, thereby allowing all justice system participants to address them head-on — openly, honestly, and without fear.

[198] Trials do not take place in a historical, cultural, or social vacuum. Indigenous persons have suffered a long history of colonialism, the effects of which continue to be felt. There is no denying that Indigenous people — and in particular Indigenous women, girls, and sex workers — have endured serious injustices, including high rates of sexual violence against women. The ongoing work of the National Inquiry into Missing and Murdered Indigenous Women and Girls is just one reminder of that painful

[196] Il serait toutefois naïf de présumer que, dès leur entrée dans la salle d’audience, les jurés laissent derrière eux leurs partis pris, leurs préjugés et leurs sympathies. Cette réalité a été reconnue ouvertement dans l’arrêt *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128, où notre Cour s’est penchée sur la nature « attentatoire », « insaisissable » et « corrosi[ve] » d’un type particulier de parti pris : le racisme dont sont victimes les Autochtones (par. 22). La juge McLachlin (plus tard juge en chef) a souligné qu’« [a]ffirmer que toutes les personnes qui ont des préjugés raciaux les effaceront de leur esprit en exerçant leur fonction de juré revient à sous-estimer la nature insidieuse des préjugés raciaux et des stéréotypes qui les sous-tendent » (par. 21).

[197] Le juge du procès, en tant que gardien du processus judiciaire, joue un rôle important dans le fait de garder les partis pris, les préjugés et les stéréotypes en dehors de la salle d’audience. À cet égard, l’un des principaux outils dont dispose le juge du procès est la possibilité de donner des directives au jury. Compte tenu de la mise en garde de la Cour selon laquelle « on ne peut pas supposer que les directives que le juge donne aux jurés pour qu’ils agissent impartialement contrecarrent toujours effectivement les préjugés raciaux » (*Williams*, par. 21), ces directives peuvent, selon moi, contribuer à révéler les partis pris, préjugés et stéréotypes de même qu’à inciter les jurés à s’acquitter de leurs fonctions en toute équité et impartialité. En particulier, une directive soigneusement élaborée peut mettre au jour les partis pris, préjugés et stéréotypes cachés, permettant ainsi à tous les intervenants du système de justice de s’y attaquer de front — ouvertement, en toute honnêteté et sans crainte.

[198] Les procès ne se tiennent pas en l’absence de tout contexte historique, culturel ou social. Les Autochtones ont connu une longue période de colonialisme dont les effets se font encore sentir. On ne saurait nier que les Autochtones — et plus particulièrement les femmes, les filles et les travailleuses du sexe autochtones — ont vécu de graves injustices, notamment des taux élevés de violence sexuelle faite aux femmes. Les travaux en cours de l’Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones

reality (see Interim Report, *Our Women and Girls Are Sacred* (2017)).

[199] Furthermore, this Court has acknowledged on several occasions the detrimental effects of widespread racism against Indigenous people within our criminal justice system (see, e.g., *Williams*, at paras. 54 and 58; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, at para. 65; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433, at paras. 59-60 and 67; *Ewert v. Canada*, 2018 SCC 30, [2018] 2 S.C.R. 165, at para. 57). For example, in *Williams*, this Court recognized that Indigenous people are the target of hurtful biases, stereotypes, and assumptions, including stereotypes about credibility, worthiness, and criminal propensity, to name just a few (para. 28). Moreover, in *Ewert*, this Court stressed that “discrimination experienced by Indigenous persons, whether as a result of overtly racist attitudes or culturally inappropriate practices, extends to all parts of the criminal justice system, including the prison system” (para. 57). In short, when it comes to truth and reconciliation from a criminal justice system perspective, much-needed work remains to be done.

[200] With this in mind, in my view, our criminal justice system and all participants within it should take reasonable steps to address systemic biases, prejudices, and stereotypes against Indigenous persons — and in particular Indigenous women and sex workers — head-on. Turning a blind eye to these biases, prejudices, and stereotypes is not an answer. Accordingly, as an additional safeguard going forward, in sexual assault cases where the complainant is an Indigenous woman or girl, trial judges would be well advised to provide an express instruction aimed at countering prejudice against Indigenous women and girls. This instruction would go beyond a more generic instruction to reason impartially and without sympathy or prejudice.

[201] Insofar as the content of such an instruction is concerned, there is no magic formula. In my view, trial judges should be given discretion to tailor the

disparues et assassinées n’est qu’un rappel de cette douloureuse réalité (voir le rapport provisoire, *Nos femmes et nos filles sont sacrées* (2017)).

[199] De plus, la Cour a reconnu plusieurs fois les effets préjudiciables du racisme largement répandu dont sont victimes les Autochtones dans notre système de justice pénale (voir, p. ex., *Williams*, par. 54 et 58; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, par. 65; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433, par. 59-60 et 67; *Ewert c. Canada*, 2018 CSC 30, [2018] 2 R.C.S. 165, par. 57). Dans *Williams*, par exemple, la Cour a reconnu que les Autochtones font l’objet de partis pris, de stéréotypes et de suppositions nuisibles, notamment des stéréotypes en matière de crédibilité, de respectabilité et de propension à la criminalité, pour ne nommer que ceux-là (par. 28). Dans *Ewert*, la Cour a en outre souligné que « la discrimination subie par les Autochtones, qu’elle soit le résultat d’attitudes ouvertement racistes ou de pratiques inappropriées sur le plan culturel, s’étend à l’ensemble du système de justice pénale, y compris au système carcéral » (par. 57). Bref, en ce qui concerne la vérité et la réconciliation du point de vue de la justice pénale, il reste encore beaucoup à faire.

[200] Dans cette optique, j’estime que notre système de justice pénale et tous ceux qui y participent doivent prendre des mesures raisonnables pour s’attaquer de front aux partis pris, aux préjugés et aux stéréotypes systémiques dont sont victimes les Autochtones — et plus particulièrement les femmes et les travailleuses du sexe autochtones. Fermer les yeux sur ces partis pris, préjugés et stéréotypes n’est pas la solution. Par conséquent, en vue de fournir une garantie supplémentaire à l’avenir dans les affaires d’agression sexuelle où la plaignante est une femme ou une fille autochtone, les juges de première instance seraient bien avisés de donner une directive expresse visant à contrecarrer les préjugés contre les femmes et les filles autochtones. Cette directive devrait aller plus loin qu’une directive générale demandant aux jurés de raisonner d’une manière impartiale et sans sympathie ni préjugé.

[201] Quant au contenu de cette directive, il n’y a pas de formule magique. À mon avis, le juge du procès devrait avoir le pouvoir discrétionnaire d’adapter

instruction to the particular circumstances, preferably after having consulted with the Crown and the defence. In a case like the present, the trial judge might consider explaining to the jury that Indigenous people in Canada — and in particular Indigenous women and girls — have been subjected to a long history of colonization and systemic racism, the effects of which continue to be felt. The trial judge might also dispel a number of troubling stereotypical assumptions about Indigenous women who perform sex work, including that such persons:

- are not entitled to the same protections the criminal justice system promises other Canadians;
- are not deserving of respect, humanity, and dignity;
- are sexual objects for male gratification;
- need not give consent to sexual activity and are “available for the taking”;
- assume the risk of any harm that befalls them because they engage in a dangerous form of work; and
- are less credible than other people.

[202] An instruction of this nature supports several core concepts upon which our justice system rests, including substantive equality, which represents the animating norm of s. 15 of the *Charter* (see *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396, at para. 2); the court’s truth-seeking function; the right to an impartial tribunal, protected under ss. 7 and 11(d) of the *Charter*; and, relatedly, trial fairness, which as already indicated must be assessed “from both the perspective of the accused and of society more broadly” (*Bjelland*, at para. 22 (emphasis added)).

[203] With regard to trial fairness, it is worth emphasizing that any instruction given must not privilege the rights of the complainant over those of the accused. The objective would instead be to identify

la directive aux circonstances propres à l’espèce, de préférence après avoir consulté le ministère public et la défense. Dans un cas comme celui qui nous occupe, le juge du procès pourrait songer à expliquer au jury que les Autochtones au Canada — et plus particulièrement les femmes et les filles autochtones — ont subi une longue période de colonisation et un racisme systémique dont les effets se font encore sentir. Le juge du procès pourrait également dissiper un certain nombre de suppositions stéréotypées troublantes concernant les femmes autochtones qui travaillent dans l’industrie du sexe, notamment celles selon lesquelles ces personnes :

- n’ont pas droit aux mêmes protections que celles qu’offre le système de justice pénale aux autres Canadiens;
- ne méritent pas d’être traitées avec respect, humanité et dignité;
- sont des objets sexuels destinés à procurer du plaisir aux hommes;
- n’ont pas besoin de donner leur consentement à l’activité sexuelle et que [TRADUCTION] « l’on a qu’à les prendre »;
- acceptent le risque qu’il puisse leur arriver quelque chose de mal parce qu’elles font un travail dangereux;
- sont moins crédibles que d’autres personnes.

[202] Une directive de cette nature appuie plusieurs notions essentielles sur lesquelles repose notre système de justice, notamment l’égalité réelle, qui représente la norme sous-tendant l’art. 15 de la *Charte* (voir *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396, par. 2), la fonction de recherche de la vérité des tribunaux, le droit à un tribunal impartial, garanti par l’art. 7 et l’al. 11d) de la *Charte* et, de façon connexe, l’équité du procès, qui, comme je l’ai déjà indiqué, doit être appréciée « tant du point de vue de l’accusé que de celui de la société dans son ensemble » (*Bjelland*, par. 22 (je souligne)).

[203] En ce qui concerne l’équité du procès, il convient de souligner que toute directive donnée ne doit pas privilégier les droits de la plaignante au détriment de ceux de l’accusé. L’objectif consiste

specific biases, prejudices, and stereotypes that may reasonably be expected to arise in the particular case and attempt to remove them from the jury's deliberative process in a fair, balanced way, without prejudicing the accused.

[204] In sum, to better ensure Indigenous women and girls receive the full protection and benefit of the law in sexual assault cases, our criminal justice system should take reasonable steps to address biases, prejudices, and stereotypes against Indigenous women and girls openly, honestly, and without fear. While the type of instruction identified above is by no means a perfect solution to ridding our courts — and Canadian society more broadly — of biases, prejudices, and stereotypes against Indigenous women and girls, it represents a step forward.

(4) Language Used to Address Ms. Gladue at Trial

[205] With the foregoing discussion in mind, I wish to comment briefly on the language used to refer to Ms. Gladue at trial. Witnesses, Crown counsel, and defence counsel all repeatedly referred to Ms. Gladue as a “Native girl” or “Native woman” — by the Court of Appeal's count, approximately 26 times (para. 124).

[206] In my view, while in some cases it may be both necessary and appropriate to establish certain biographical details about an individual such as his or her race, heritage, and ethnicity where that information is relevant to a particular issue at trial, and while witnesses may at times rely on such descriptors without being prompted by counsel, it is almost always preferable to call someone by his or her name. There may be situations where it would be appropriate for the trial judge to intervene to ensure this principle is respected.

plutôt à relever les partis pris, les préjugés et les stéréotypes précis auxquels on peut raisonnablement s'attendre dans une affaire donnée et de tenter de les évacuer du processus de délibération des jurés d'une manière équitable et équilibrée, et sans porter préjudice à l'accusé.

[204] En somme, pour mieux faire en sorte que les femmes et les filles autochtones jouissent de la plénitude de la protection et du bénéfice de la loi dans les affaires d'agression sexuelle, notre système de justice pénale doit prendre des mesures raisonnables pour s'attaquer ouvertement, honnêtement et sans crainte aux partis pris, aux préjugés et aux stéréotypes dont sont victimes les femmes et les filles autochtones. Le type de directive exposé précédemment n'est aucunement la solution parfaite pour débarrasser nos tribunaux — et la société canadienne en général — des partis pris, des préjugés et des stéréotypes dont sont l'objet les femmes et les filles autochtones, mais cela représente un pas dans la bonne direction.

(4) Les termes employés pour désigner M^{me} Gladue au procès

[205] Compte tenu de l'analyse qui précède, je tiens à faire quelques brèves remarques sur les termes employés pour désigner M^{me} Gladue au procès. Les témoins, la procureure du ministère public et l'avocat de la défense ont tous à maintes reprises qualifié M^{me} Gladue de « *Native girl* » ou de « *Native woman* » — environ 26 fois selon la Cour d'appel (par. 124).

[206] À mon avis, bien que, dans certains cas, il puisse être à la fois nécessaire et approprié d'établir certains renseignements d'ordre biographique sur une personne, comme sa race, son ascendance et son origine ethnique, lorsque ces renseignements sont pertinents à l'égard d'une question précise soulevée au procès, et bien que les témoins puissent parfois avoir recours à ces éléments descriptifs sans que les avocats les aient incités à le faire, il est presque toujours préférable d'appeler quelqu'un par son nom. Dans certaines situations, il peut être indiqué que le juge du procès intervienne pour faire respecter ce principe.

[207] Being respectful and remaining cognizant of the language used to refer to a person is particularly important in a case like this, where there was no suggestion that Ms. Gladue’s status as an Indigenous woman was somehow relevant to the issues at trial. While there is nothing to suggest that it was anyone’s deliberate intention in this case to invoke the kind of biases and prejudices against Indigenous women discussed above, the language used at trial was nevertheless problematic. At the end of the day, her name was “Ms. Gladue”, not “Native woman”, and there was no reason why the former could not have been used consistently as a simple matter of respect.

(5) Intervener Submissions Before the Court of Appeal

[208] I do not find it necessary to consider whether the interveners before the Court of Appeal overstepped their proper role. I would simply re-emphasize that while interveners play a vital role in our justice system, including our criminal justice system, they must not assume the role of third-party prosecutors and they must not be permitted to widen or add to the issues in dispute, and appellate courts must carefully enforce these restrictions.

(6) Other Issues Considered by the Court of Appeal

[209] Finally, the Court of Appeal dealt with a range of other issues in admirable detail. As I have determined that this appeal can be disposed of based on the analysis set out above, I find it unnecessary to comment on these other issues.

VI. Conclusion

[210] Our criminal justice system holds out a promise to all Canadians: everyone is equally entitled to the law’s full protection and to be treated with dignity, humanity, and respect. Ms. Gladue was no exception. She was a mother, a daughter, a friend, and a member of her community. Her life mattered. She was valued. She was important. She was loved. Her

[207] Il est particulièrement important de se montrer respectueux et de rester conscients des termes employés pour désigner une personne dans une affaire comme celle qui nous occupe, où rien n’indiquait que le statut de femme autochtone de M^{me} Gladue était d’une quelconque façon pertinent à l’égard des questions soulevées au procès. Rien ne laisse croire que quelqu’un cherchait délibérément en l’espèce à évoquer les partis pris et préjugés du genre décrit précédemment contre les femmes autochtones, mais les propos tenus au procès posaient néanmoins problème. Au bout du compte, son nom était « M^{me} Gladue », et non « *Native woman* », et il n’y avait aucune raison de ne pas pouvoir la désigner ainsi systématiquement par simple respect envers elle.

(5) Les observations des intervenants devant la Cour d’appel

[208] Je ne crois pas qu’il soit nécessaire de se demander si les intervenants ayant comparu devant la Cour d’appel ont outrepassé leur rôle. Je me contenterai de rappeler que, s’ils jouent un rôle vital dans notre système de justice, y compris notre système de justice pénale, les intervenants ne doivent pas assumer le rôle de tiers poursuivants et ne doivent pas être autorisés à élargir la portée des questions en litige ou à y ajouter quoi que ce soit, et les cours d’appel doivent appliquer rigoureusement ces restrictions.

(6) Les autres questions examinées par la Cour d’appel

[209] Enfin, la Cour d’appel a examiné admirablement plusieurs autres questions. Ayant conclu que l’analyse qui précède permet de trancher le présent pourvoi, j’estime qu’il n’est pas nécessaire d’aborder ces autres questions.

VI. Conclusion

[210] Notre système de justice pénale fait une promesse à tous les Canadiens et les Canadiennes : chacun a le droit de bénéficier de l’entière protection de la loi et d’être traité avec dignité, humanité et respect. M^{me} Gladue ne faisait pas exception. Elle était une mère, une fille, une amie et un membre de sa collectivité. Sa vie comptait. Elle avait de la valeur. Elle

status as an Indigenous woman who performed sex work did not change any of that in the slightest. But as these reasons show, the criminal justice system did not deliver on its promise to afford her the law’s full protection, and as a result, it let her down — indeed, it let us all down.

[211] In the result, I would allow the appeal in part and order a new trial on unlawful act manslaughter.

The reasons of Wagner C.J. and Abella and Karakatsanis JJ. were delivered by

[212] ABELLA AND KARAKATSANIS JJ. (dissenting in part) — Section 276 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, was enacted to preserve the fairness and truth-seeking functions of a trial, as well as the dignity of victims of sexual assault. At the heart of the provision is the prohibition of evidence of prior sexual activity, evidence which could lead the trier of fact to reason, based on this sexual history, that the complainant would have been more likely to consent to the sexual activity in question, or is less worthy of belief in general. These two prohibited inferences have come to be known as the “twin myths”, whose insidious harm to the goals of truth and of dignity has long been recognized by the courts.

[213] In addition to prohibiting “twin myths” reasoning, s. 276 makes evidence of a complainant’s prior sexual activity inadmissible unless the accused complies with the criteria and procedures set out in ss. 276, 276.1 and 276.2⁹. In this case, the trial judge permitted the accused to lead such evidence without following the procedure required by s. 276, thereby allowing him to make unrestricted reference to the deceased’s sexual history. He also failed to give the jurors any kind of limiting instruction to advise them

était importante. Elle était aimée. Son statut de femme autochtone travaillant dans l’industrie du sexe n’y changeait rien du tout. Mais comme le démontrent les présents motifs, le système de justice pénale n’a pas tenu sa promesse de lui accorder l’entière protection de la loi, et l’a, par conséquent, laissé tomber — en fait, il nous a tous laissé tomber.

[211] Je suis donc d’avis d’accueillir le pourvoi en partie et d’ordonner la tenue d’un nouveau procès pour homicide involontaire coupable résultant d’un acte illégal.

Version française des motifs du juge en chef Wagner et des juges Abella et Karakatsanis rendus par

[212] LES JUGES ABELLA ET KARAKATSANIS (dissidentes en partie) — L’article 276 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, a été adopté afin de préserver le caractère équitable et la fonction de recherche de la vérité du procès, ainsi que la dignité des victimes d’agression sexuelle. Au cœur de cette disposition se trouve l’interdiction d’admettre une preuve concernant le comportement sexuel antérieur, preuve qui pourrait amener le juge des faits à estimer que, vu ces antécédents, la plaignante aurait été plus susceptible d’avoir consenti à l’activité sexuelle en question ou est moins digne de foi en général. Ces deux inférences interdites en sont venues à être appelées les « deux mythes », et les tribunaux reconnaissent depuis longtemps qu’elles nuisent de façon insidieuse aux objectifs liés à la vérité et à la dignité.

[213] En plus d’interdire le raisonnement fondé sur les « deux mythes », l’art. 276 dispose qu’est inadmissible la preuve concernant le comportement sexuel antérieur de la plaignante sauf si l’accusé respecte les critères et procédures énoncés aux art. 276, 276.1 et 276.2⁹. En l’espèce, le juge du procès a autorisé l’accusé à présenter une preuve de ce genre sans suivre la procédure établie par l’art. 276, lui permettant ainsi d’invoquer sans restriction les antécédents sexuels de la défunte. Il a aussi omis de fournir aux

⁹ Amended in December 2018 in Bill C-51, *An Act to amend the Criminal Code and the Department of Justice Act and to make consequential amendments to another Act*, 1st Sess., 42nd Parl., 2018. The amendment does not apply to this case.

⁹ Modifié en décembre 2018 dans le projet de loi C-51, *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur le ministère de la Justice et apportant des modifications corrélatives à une autre loi*, 42^e lég., 1^{re} sess., 2018. La modification ne s’applique pas en l’espèce.

that such evidence could not be used to show that the victim was more likely to have consented. All of this was compounded by the fact that the trial judge permitted, on dozens of occasions, for the deceased to be referred to as “Native” and “prostitute” without providing any instruction to guard against potential prejudicial reasoning based on these descriptions.

[214] There was thus no filter for the victim’s prior sexual history and no specific warning to the jury to avoid drawing prejudicial and stereotypical assumptions about Indigenous women working in the sex trade. This left the jury with an essentially unchallenged version of the accused’s interactions with the deceased. This was the narrative’s frame in which the victim’s conduct was portrayed and the accused’s credibility was assessed, creating an image of the deceased that was unfair and would have permeated the *whole* trial and the jury’s deliberations on both murder and manslaughter.

[215] To now compartmentalize these significant errors, and to suggest that they only partially affected the way the jury assessed the accused’s credibility, ignores what was at issue in this case. With no protection from the trial judge, either in the form of a s. 276 inquiry or a cautionary instruction to resist the kinds of prejudicial inferences a sexual assault trial involving a female Indigenous sex worker can attract, the jurors were left to draw their own unobstructed conclusions about what happened. The trial judge failed to appreciate that the victim’s prior sexual conduct, occupation, and race required the jury to be specifically alerted to the dangers of discriminatory attitudes toward Indigenous women, particularly those working in the sex trade. He provided no specific instructions crafted to confront the operative social and racial biases potentially at work. This rendered the whole trial unfair.

jurés des directives restrictives pour les informer que ce type de preuve ne pouvait être utilisé pour démontrer que la victime était plus susceptible d’avoir donné son consentement. Tout cela a été amplifié par le fait que le juge du procès (lequel s’est déroulé en anglais) a permis à des dizaines de reprises que l’on qualifie la défunte de « *Native* » et de « *prostitute* » sans donner aux jurés de directive pour les mettre en garde contre le risque d’adopter un raisonnement préjudiciable sur la base de ces qualificatifs.

[214] Il n’y avait donc aucun filtre pour les antécédents sexuels de la victime et le jury n’a pas reçu d’avertissement précis de ne pas se fonder sur des présomptions préjudiciables et stéréotypées au sujet des femmes autochtones qui travaillent dans le commerce du sexe. Le jury disposait donc d’une version essentiellement non contestée des rapports de l’accusé avec la défunte. Il s’agit là du cadre dans lequel le comportement de la victime a été dépeint et la crédibilité de l’accusé a été évaluée, ce qui a donné lieu à une perception inéquitable de la défunte qui aurait imprégné *tout* le procès et les délibérations du jury concernant le meurtre et l’homicide involontaire coupable.

[215] Compartimenter aujourd’hui ces graves erreurs et laisser entendre qu’elles ont influé seulement en partie sur l’évaluation que le jury a faite de la crédibilité de l’accusé, c’est faire abstraction de ce qui était en litige dans la présente affaire. Privé de la protection du juge du procès, que ce soit sous la forme d’un examen au regard de l’art. 276 ou d’une mise en garde de résister au genre d’inférence préjudiciable à laquelle peut donner lieu un procès pour agression sexuelle mettant en cause une travailleuse du sexe autochtone, les jurés en étaient réduits à tirer leurs propres conclusions libres à propos de ce qui s’est passé. Le juge du procès ne s’est pas rendu compte qu’en raison du comportement sexuel antérieur, de la profession et de la race de la victime, il fallait renseigner expressément le jury sur les dangers que présentent les attitudes discriminatoires envers les femmes autochtones, tout particulièrement celles qui travaillent dans le commerce du sexe. Il n’a fourni aucune directive conçue précisément pour mettre au jour les préjugés sociaux et raciaux susceptibles d’opérer, ce qui a rendu tout le procès inéquitable.

I. Background

[216] On June 22, 2011, Cindy Gladue was found dead in Bradley Barton's hotel room. She had bled to death from an 11 cm gash inside her vagina. Mr. Barton was arrested and charged with first degree murder.

[217] At trial, the Crown advanced the theory that Mr. Barton had hired Ms. Gladue for sex, incapacitated her with alcohol, and intentionally put a sharp object into her, causing the wound that killed her. In the alternative, the Crown argued that he had sexually assaulted her in a manner that could reasonably have been foreseen to cause bodily harm and was therefore guilty of manslaughter.

[218] Mr. Barton maintained that all of his interactions with Ms. Gladue were consensual. He testified that he and Ms. Gladue had agreed on a price the night before (\$60 for "everything"), and that she had willingly returned the second night on the same terms. He testified that on the second night, as on the first, he had thrust his fingers vigorously in and out of her vagina, but had penetrated deeper using more force. He stopped, then saw blood on his hand. Ms. Gladue then went to the bathroom and Mr. Barton fell asleep. He found her dead in the morning. He attempted to clean parts of the room, panicked and left the scene before returning after some time and calling 911. Both before and after being arrested, Mr. Barton made up several false stories regarding what happened.

[219] The jury acquitted Mr. Barton of first degree murder and the included offence of manslaughter. On appeal by the Crown, the Alberta Court of Appeal concluded that the trial judge had made several serious errors that had affected the jury's ability to assess the evidence and correctly apply the law to

I. Contexte

[216] Le 22 juin 2011, Cindy Gladue a été retrouvée sans vie dans la chambre d'hôtel de Bradley Barton. Elle est morte au bout de son sang en raison d'une entaille de 11 cm à l'intérieur du vagin. M. Barton a été arrêté et accusé de meurtre au premier degré.

[217] Au procès, le ministère public a avancé la thèse selon laquelle M. Barton avait retenu les services de M^{me} Gladue pour avoir des relations sexuelles, lui avait fait perdre toutes ses facultés par l'alcool et lui avait intentionnellement inséré un objet tranchant dans le corps, causant ainsi la blessure qui l'a tuée. Subsidiairement, le ministère public a fait valoir que M. Barton l'avait agressée sexuellement de telle sorte qu'il était raisonnablement prévisible que M. Barton lui inflige des lésions corporelles et qu'il avait donc commis un homicide involontaire coupable.

[218] Monsieur Barton a soutenu que toutes ses interactions avec M^{me} Gladue avaient été consensuelles. Il a déclaré que M^{me} Gladue et lui s'étaient entendus sur un prix la nuit précédente (60 \$ pour [TRADUCTION] « l'ensemble des services ») et qu'elle était volontairement revenue la deuxième nuit, aux mêmes conditions. Il a déclaré que la deuxième nuit, il avait poussé ses doigts vigoureusement dans son vagin en effectuant un mouvement de va-et-vient, tout comme la première nuit, mais qu'il l'avait pénétrée plus profondément et avec plus de force. Il s'est arrêté, puis a vu du sang sur sa main. M^{me} Gladue s'est ensuite rendue à la salle de bain et M. Barton s'est endormi. Il l'a retrouvée sans vie au matin. Il a tenté de nettoyer certaines parties de la chambre et, pris de panique, il a quitté les lieux avant d'y revenir après quelque temps pour appeler le 911. Avant comme après son arrestation, M. Barton a inventé plusieurs récits fictifs concernant ce qui s'était passé.

[219] Le jury a acquitté M. Barton de l'accusation de meurtre au premier degré et de l'infraction incluse d'homicide involontaire coupable. Dans le cadre de l'appel interjeté par le ministère public, la Cour d'appel de l'Alberta a conclu que le juge du procès avait commis plusieurs erreurs graves qui avaient nui

the facts of the case. It allowed the Crown appeal and ordered a re-trial on both first degree murder and manslaughter. Mr. Barton appealed.

[220] We would dismiss the appeal. Section 276 is designed to ensure that the jury does not engage in impermissible and prejudicial reasoning about a victim, based on her prior sexual activity. The failure to comply with it caused a cascade of prejudice and errors warranting a new trial on murder as well as manslaughter. It resulted in Mr. Barton's unfiltered testimony going to the jury and infecting the whole trial, and created a significant risk that the jurors would make impermissible inferences based on prejudicial reasoning that would have tainted both their view of Ms. Gladue and their assessment of Mr. Barton's testimony. In our view, these errors would have "had a material bearing on the acquittal[s]" in the "concrete reality" of this case (*R. v. Graveline*, [2006] 1 S.C.R. 609, at para. 14). Because of the inextricably integrated nature and significance of the errors, we agree with the Alberta Court of Appeal that a new trial is required on the charge of both murder and the included offence of manslaughter.

[221] Moreover, we would uphold the Court of Appeal's ruling regarding the jury charge on after-the-fact conduct. The fundamental error in the jury charge on this matter also requires that Mr. Barton be re-tried on both murder and manslaughter.

II. Analysis

[222] It is precisely because evidence of a complainant's previous sexual activity will be highly prejudicial that Parliament made it presumptively inadmissible. Without being properly filtered and restricted by appropriate limiting instructions, such evidence can lead to propensity reasoning based on

à la capacité du jury d'évaluer la preuve et d'appliquer correctement le droit aux faits de l'espèce. Elle a accueilli l'appel du ministère public et ordonné la tenue d'un nouveau procès pour meurtre au premier degré et homicide involontaire coupable. M. Barton s'est pourvu en appel.

[220] Nous rejeterions le pourvoi. L'article 276 est conçu pour veiller à ce que le jury ne se livre pas à un raisonnement inacceptable et préjudiciable à l'égard de la victime en se fondant sur son comportement sexuel antérieur. Le non-respect de cet article a entraîné une cascade de préjudices et d'erreurs qui justifient la tenue d'un nouveau procès pour meurtre et homicide involontaire coupable. À cause du non-respect de cet article, le témoignage sans filtre de M. Barton a été laissé à l'appréciation du jury et a contaminé l'ensemble du procès, créant ainsi un risque considérable que les jurés tirent des inférences inacceptables sur le fondement d'un raisonnement préjudiciable qui aurait vicié leur opinion de M^{me} Gladue et leur évaluation du témoignage de M. Barton. À notre avis, ces erreurs auraient eu « une incidence significative sur le[s] verdict[s] d'acquiescement » compte tenu des « faits concrets » de l'espèce (*R. c. Graveline*, [2006] 1 R.C.S. 609, par. 14). Vu la nature complètement indissociable et l'importance des erreurs, nous sommes en accord avec la Cour d'appel de l'Alberta sur le fait qu'un nouveau procès s'impose pour meurtre et l'infraction incluse d'homicide involontaire coupable.

[221] Par ailleurs, nous sommes d'avis de confirmer la décision de la Cour d'appel concernant l'exposé au jury sur le comportement après le fait. L'erreur fondamentale dans l'exposé au jury à cet égard requiert également que M. Barton soit jugé de nouveau pour meurtre et homicide involontaire coupable.

II. Analyse

[222] C'est justement parce que la preuve concernant le comportement sexuel antérieur du plaignant est très préjudiciable que le législateur a créé une présomption d'inadmissibilité. Si elle n'est pas adéquatement filtrée et restreinte par des directives, une preuve de ce genre peut mener à un

the “twin myths” — namely, that simply because of previous sexual activity, a victim is both more likely to have *consented to the sexual activity at issue* and is *generally less worthy of belief* (*R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 604). The majority has accurately and comprehensively summarized the importance and the legal history of s. 276.

[223] The evidence in this case, predominantly tendered through Mr. Barton’s own testimony, included detailed descriptions of Ms. Gladue’s sexual activity on the night before the events leading to her death. As well, Ms. Gladue was described repeatedly — by both the Crown and the defence — as a Native prostitute more than 20 times throughout the trial. Although this evidence clearly fell within the scope of s. 276, the trial judge failed to apply the mandatory admissibility inquiry required by that provision or to give the jury limiting instructions to temper the prejudicial effects of Mr. Barton’s testimony. Moreover, the repeated references to the complainant as “Native girl” and the “Native woman” created the potential for further prejudice.

[224] It was a critical legal error to admit Mr. Barton’s testimony without considering its admissibility pursuant to s. 276 and without providing any limiting instructions to the jury. There is no doubt that this evidence had ripple effects that prejudiced other parts of the trial, permitting the jury to engage in dangerous and impermissible inferences about key issues that may well have had a material bearing on the acquittals.

[225] The devastatingly prejudicial effects of this error cannot be said to be confined to the included offence of manslaughter, but may also have had a material bearing on the jury’s reasoning on the charge of first degree murder. The prejudicial impact of Mr. Barton’s detailed testimony — without either the screening required by s. 276 or any limiting instructions — necessarily infected the whole trial and the entirety of the jury’s fact-finding process. The admission of this evidence, in contravention

raisonnement quant à la propension sur le fondement des « deux mythes » — à savoir que la victime est plus susceptible d’avoir *consenti à l’activité sexuelle en question* et qu’elle est *généralement moins digne de foi* en raison de son comportement sexuel antérieur (*R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, p. 604). Les juges majoritaires ont résumé avec exactitude et de manière exhaustive l’importance et l’historique juridique de l’art. 276.

[223] En l’espèce, la preuve, qui a principalement été déposée au moyen du témoignage de M. Barton, comprenait des descriptions détaillées de l’activité sexuelle de M^{me} Gladue la nuit précédant les événements ayant mené à sa mort. De plus, M^{me} Gladue a été qualifiée de « *Native prostitute* » à plus de 20 reprises durant le procès, tant par le ministère public que par la défense. Bien que cette preuve relève clairement de la portée de l’art. 276, le juge du procès n’a pas tenu l’audition requise par cette disposition pour décider de l’admissibilité de la preuve ou fourni une directive restrictive au jury afin de modérer les effets préjudiciables du témoignage de M. Barton. Qui plus est, le fait d’avoir appelé maintes fois la plaignante la « *Native girl* » et la « *Native woman* » a créé le risque d’accentuer le préjudice.

[224] C’était une grave erreur de droit d’admettre le témoignage de M. Barton sans juger de son admissibilité au regard de l’art. 276 et sans donner au jury de directive restrictive. Il ne fait aucun doute que cette preuve a eu un effet d’entraînement qui a compromis d’autres parties du procès et permis au jury de tirer des inférences périlleuses et inacceptables à l’égard des questions principales qui ont fort bien pu avoir une incidence significative sur les acquittements.

[225] On ne saurait affirmer que les effets préjudiciables dévastateurs de cette erreur se limitent à l’infraction incluse d’homicide involontaire coupable; ils ont peut-être eu aussi une incidence significative sur le raisonnement du jury quant à l’accusation de meurtre au premier degré. L’incidence préjudiciable du témoignage détaillé de M. Barton — sans le filtrage qu’exige l’art. 276 ou sans directive restrictive — a nécessairement contaminé l’ensemble du procès et tout l’établissement des faits du jury.

of s. 276, may have tainted the jury's view of the deceased and its assessment of the evidence tendered by the accused about the nature of the sexual activity, *including his testimony that he did not use a sharp object*. In short, there was a real risk that the profound prejudice caused by the trial judge's error contaminated the jury's broader fact-finding function, including on murder.

[226] In our view, it cannot be said that the murder charge was decided merely on a battle of expert evidence as to whether a sharp object was used. Unless otherwise cautioned, juries are entitled to consider all the evidence they heard at trial in their deliberations. The unfiltered admission of Mr. Barton's testimony, which included extensive details of his sexual encounters with Ms. Gladue in contravention of s. 276, likely tainted the jury's view of Ms. Gladue, and would have been the lens through which the jury assessed what happened. This was especially true since the only other witness to the events was dead.

[227] Furthermore, even if the evidence had been properly admitted, the strong possibility that the jury might engage in impermissible "twin myths" reasoning based on Mr. Barton's description of Ms. Gladue's previous sexual activities necessitated a strong limiting instruction. Instead, the trial judge, on a number of occasions, instructed the jury to base its findings of fact on Mr. Barton's version of events. In outlining the offence of sexual assault, for example, the trial judge told the jury to consider whether Ms. Gladue had consented "to the type of sexual activity described and demonstrated by Mr. Barton in his testimony". Later, the trial judge indicated that "there is some evidence that Cindy Gladue consented to the application of some force by Mr. Barton, including sexual activity and the activity described by Mr. Barton in his testimony".

L'admission de cette preuve en contravention de l'art. 276 a peut-être vicié l'opinion du jury à l'égard de la défunte ainsi que son évaluation de la preuve présentée par l'accusé concernant la nature de l'activité sexuelle, *y compris son témoignage selon lequel il n'a pas utilisé d'objet tranchant*. Bref, le préjudice grave causé par l'erreur du juge du procès risquait réellement de contaminer la fonction générale de l'établissement des faits du jury, *y compris pour l'accusation de meurtre*.

[226] À notre avis, on ne saurait dire que la décision relative à l'accusation de meurtre reposait simplement sur un combat d'experts concernant la question de savoir si un objet tranchant a été utilisé. Sauf avertissement contraire, les jurés ont le droit de prendre en considération tous les éléments de preuve qu'ils ont entendus au procès pour mener leurs délibérations. L'admission sans restriction du témoignage de M. Barton, lequel comportait de nombreux détails sur ses relations sexuelles avec M^{me} Gladue en contravention de l'art. 276, a probablement vicié l'opinion du jury à l'égard de celle-ci et c'est à travers ce prisme que le jury aurait évalué ce qui s'est passé. Cela est particulièrement vrai puisque le seul autre témoin des événements est décédé.

[227] Par ailleurs, même si la preuve avait été admise à bon droit, la forte probabilité que le jury se livre à un raisonnement inadmissible fondé sur les « deux mythes » en fonction de la description qu'a faite M. Barton du comportement sexuel antérieur de M^{me} Gladue nécessitait des directives restrictives solides. Or, à plusieurs reprises, le juge du procès a donné au jury la directive de fonder ses conclusions de fait sur la version des événements de M. Barton. Dans son exposé sur l'infraction d'agression sexuelle, par exemple, le juge du procès a demandé au jury de déterminer si M^{me} Gladue avait consenti [TRADUCTION] « au type d'activité sexuelle décrit et démontré par M. Barton dans son témoignage ». Par la suite, le juge du procès a affirmé que « certains éléments de preuve indiquent que Cindy Gladue a consenti à l'emploi d'une certaine force par M. Barton, y compris l'activité sexuelle et l'activité décrites par M. Barton dans son témoignage ».

[228] The repeated instructions to the jury to consider Mr. Barton’s testimony about the events as the basis for further findings of fact amplified the potential for the “twin myths” reasoning prohibited by s. 276(1). Indeed, the jury’s portrait of Ms. Gladue was painted almost exclusively through Mr. Barton’s testimony, which meant that there was a significant possibility that the jury’s *entire* deliberations would have been based on fundamentally flawed — and prohibited — legal premises.

[229] The potential for prejudicial reasoning was further exacerbated by the repeated description of Ms. Gladue as a “prostitute”, and as a “Native”, without any limiting instruction from the trial judge.

[230] Based on studies that found that “jurors were more likely to convict a defendant accused of raping a woman with a chaste reputation than an identical defendant charged with assaulting a prostitute”, this Court in *Seaboyer* expressly warned against the use of the word “prostitute” because the use of this term is intrinsically linked to “twin myths” reasoning and can lead to substantial prejudice in the way the jury assesses the evidence (*Seaboyer*, at pp. 661-65 (emphasis deleted), per L’Heureux-Dubé J., dissenting (but not on this point); see also Yasmin Jiwani and Mary Lynn Young, “Missing and Murdered Women: Reproducing Marginality in News Discourse” (2006), 31 *Can. J. Commun.* 895, at p. 902).

[231] The undisputed biases against sex-trade workers and against Indigenous peoples can be “as invasive and elusive as they are corrosive” (*R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128, at para. 22). Indeed, as compellingly explained by the Alberta Court of Appeal in this case, because Ms. Gladue was in effect labelled a “Native prostitute”, “the jury would believe she was even more likely to have consented to whatever Barton did and was even less worthy of the law’s protection” (354 C.C.C. (3d) 245, at para. 128). These references introduced a risk that the jury’s reasoning might be tainted by conscious

[228] Les directives répétées au jury de se servir du témoignage de M. Barton à propos des événements comme fondement pour tirer des conclusions de fait supplémentaires ont amplifié le risque que les jurés adoptent le raisonnement fondé sur les « deux mythes » qu’interdit le par. 276(1). En effet, le jury a dressé un portrait de M^{me} Gladue en se fondant presque exclusivement sur le témoignage de M. Barton, ce qui signifie qu’il est fort probable que l’*ensemble* de ses délibérations ait reposé sur des prémisses juridiques fondamentalement erronées et interdites.

[229] La possibilité d’un raisonnement préjudiciable a été exacerbée davantage par le fait que M^{me} Gladue a été décrite à plusieurs reprises au moyen des mots « *prostitute* » et « *Native* », sans aucune directive restrictive du juge du procès.

[230] Se fondant sur des études selon lesquelles « il y avait plus de chances que les jurés déclarent coupable un défendeur accusé du viol d’une femme de bonnes mœurs que dans le cas où il serait accusé d’avoir agressé une prostituée », notre Cour a expressément évoqué, dans l’arrêt *Seaboyer*, le danger d’utiliser le mot « prostituée » parce qu’il se rapporte intrinsèquement au raisonnement fondé sur les « deux mythes » et peut entraîner un préjudice grave dans la façon dont le jury évalue la preuve (*Seaboyer*, p. 661-665 (soulignement omis), la juge L’Heureux-Dubé, dissidente (mais non sur ce point); voir aussi Yasmin Jiwani et Mary Lynn Young, « Missing and Murdered Women : Reproducing Marginality in News Discourse » (2006), 31 *Can. J. Commun.* 895, p. 902).

[231] Les préjugés incontestés contre les travailleurs du sexe et les Autochtones peuvent être « aussi attentatoires et insaisissables que corrosifs » (*R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128, par. 22). En effet, comme l’a expliqué de façon convaincante la Cour d’appel de l’Alberta en l’espèce, étant donné que M^{me} Gladue a effectivement été qualifiée de « *Native prostitute* », [TRADUCTION] « le jury croirait qu’elle était encore plus susceptible d’avoir consenti à tout ce que M. Barton a fait et qu’elle était encore moins digne de la protection de la loi » (354 C.C.C. (3d) 245, par. 128). Ce qualificatif a créé le risque que le

or unconscious racial prejudice or reliance on racist stereotypes.

[232] To guard against eroding public confidence in juries, it is important to address the concerns expressed by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Parks* (1993), 84 C.C.C. (3d) 353, and confirmed by this Court in *Williams*, that specific safeguards are required in jury trials to prevent systemic biases that can affect jury deliberations. As McLachlin J. observed in *Williams*, “the evidence of widespread bias against aboriginal people in the community raises a realistic potential of partiality” which creates the risk that the verdict “reflects, not the evidence and the law, but juror preconceptions and prejudices” (paras. 11 and 15; see also *R. v. Spence*, [2005] 3 S.C.R. 458).

[233] Acknowledging, as this Court has for the last two decades, that racial prejudice is “a social fact not capable of reasonable dispute” (*Spence*, at para. 5), is not an insult to the jury system, it is a wake-up call to trial judges to be acutely attentive to the undisputed reality of pervasive prejudice and to provide the jury instructions required by law. That means that in cases where this reality is relevant, especially in the context of sexual assault, juries need to be carefully instructed on how to approach the evidence with an open mind, and not allow their reasoning to be obstructed by subconscious stereotypes.

[234] Trial judges have an important role to play in instructing juries so that they can recognize and set aside racial and other biases, including those against Indigenous peoples and sex trade workers. Not only did that not happen here, the *opposite* occurred: inflammatory terminology was frequent, and was gratuitously used without any corrective intervention by the trial judge.

[235] In summary, the trial judge’s failure to apply the requirements in s. 276 created a significant

raisonnement du jury soit contaminé par des préjugés raciaux conscients ou inconscients, ou des stéréotypes racistes.

[232] Pour éviter de miner la confiance du public envers les jurés, il importe de répondre aux préoccupations exprimées par la Cour d’appel de l’Ontario dans *R. c. Parks* (1993), 84 C.C.C. (3d) 353, et confirmées par notre Cour dans *Williams*, suivant lesquelles certaines garanties s’imposent dans les procès devant jury pour prévenir les préjugés systémiques qui peuvent nuire aux délibérations du jury. Comme l’a fait remarquer la juge McLachlin dans *Williams*, « la preuve de l’existence, dans la collectivité, de préjugés largement répandus contre les autochtones engendre une possibilité réaliste de partialité » qui risque de conduire à un verdict « reflétant non pas la preuve et le droit, mais les idées préconçues et les préjugés du juré » (par. 11 et 15; voir aussi *R. c. Spence*, [2005] 3 R.C.S. 458).

[233] Reconnaître, comme l’a fait notre Cour depuis les deux dernières décennies, que le préjugé racial est « un fait social qui ne peut raisonnablement être contesté » (*Spence*, par. 5) n’est pas une insulte envers l’institution du jury, c’est un avertissement aux juges de première instance d’être très attentifs à la réalité non contestée du préjugé omniprésent et de donner au jury les directives qu’exige le droit. Cela veut dire que, dans les cas où cette réalité est pertinente, surtout dans le contexte d’une agression sexuelle, il faut montrer avec soin aux jurés comment aborder la preuve avec l’esprit ouvert, et ne pas laisser des stéréotypes inconscients entraver leur raisonnement.

[234] Les juges de première instance ont un rôle important à jouer : ils donnent des directives aux jurés pour leur permettre de reconnaître et de mettre de côté les préjugés raciaux et autres, notamment ceux contre les Autochtones et les travailleurs du sexe. Non seulement cela n’est-il pas arrivé en l’espèce, mais l’*inverse* s’est produit : des termes incendiaires ont été utilisés de manière fréquente et gratuite sans que le juge du procès ne prenne de mesures correctives.

[235] En résumé, le non-respect par le juge du procès des exigences prévues à l’art. 276 a créé un

risk that the evidence of Ms. Gladue's prior sexual conduct not only tainted the jury's perception of her character and conduct, but also fundamentally affected the factual foundation upon which their deliberations were based. This error permeated the entire trial and may have had a material bearing on the jury's deliberations, affecting their verdicts for both murder and manslaughter.

[236] Given the prejudicial impact of these references, and the risk that they would affect the jury's assessment of Ms. Gladue and Mr. Barton's credibility, it is difficult to see how it is realistically possible to conclude that their effect was confined to the jury's verdict on manslaughter. The risk of harmful effects on the jury's deliberations on murder would have been no less profound. When a trial with intimately connected issues, such as this one, is riddled with highly prejudicial testimony, it affects the very foundations of a jury's fact-finding function and decision making. The trial judge's error in permitting evidence of prior sexual activity to be admitted, in clear contravention of s. 276, could reasonably be thought to have had a material bearing on the jury's deliberations as a whole. It was a fundamental error, warranting, on its own, a new trial on both murder and manslaughter.

[237] Additional highly prejudicial errors by the trial judge exacerbated the harm created by failing to apply the clear requirements of s. 276, namely the errors in his instructions regarding Mr. Barton's after-the-fact conduct. We agree with the Alberta Court of Appeal that the jury instructions on after-the-fact conduct were confusing and misleading.

[238] After-the-fact conduct refers to anything said or done by an accused after the commission of the alleged offence. It is a form of circumstantial evidence

risque important que la preuve relative au comportement sexuel antérieur de M^{me} Gladue entache la perception que le jury avait de sa personnalité et de sa conduite en plus de nuire fondamentalement au fondement factuel sur lequel reposaient les délibérations du jury. Cette erreur a imprégné l'ensemble du procès et a peut-être eu une incidence significative sur les délibérations du jury, influant par le fait même sur son verdict concernant le meurtre et l'homicide involontaire coupable.

[236] Étant donné l'effet préjudiciable des termes employés et le risque qu'ils nuisent à l'évaluation par le jury de la crédibilité de M^{me} Gladue et de M. Barton, il est difficile de voir comment il est possible de conclure que leur effet se limitait au verdict du jury sur l'infraction d'homicide involontaire coupable. Le risque d'effet préjudiciable sur les délibérations du jury relativement à l'accusation de meurtre n'en aurait pas été moins grand. Lorsqu'un procès met en cause des questions étroitement liées, comme c'est le cas en l'espèce, et qu'il est truffé de témoignages hautement préjudiciables, cela affaiblit les bases mêmes de la fonction de l'établissement des faits et du processus décisionnel du jury. On peut raisonnablement penser que l'erreur que le juge du procès a commise en admettant la preuve relative au comportement sexuel antérieur en contravention manifeste de l'art. 276 aurait pu avoir une incidence significative sur l'ensemble des délibérations du jury. Il s'agit d'une erreur fondamentale qui justifie à elle seule la tenue d'un nouveau procès pour meurtre et homicide involontaire coupable.

[237] Le juge du procès a commis d'autres erreurs hautement préjudiciables qui ont exacerbé le préjudice causé par son défaut d'appliquer les exigences claires de l'art. 276, soit les erreurs dans ses directives sur le comportement de M. Barton après le fait. Nous sommes d'accord avec la Cour d'appel de l'Alberta pour dire que les directives données au jury concernant le comportement après le fait prêtaient à confusion et étaient trompeuses.

[238] Le comportement après le fait désigne tout ce que l'accusé a dit ou fait après la perpétration de l'infraction reprochée. C'est une forme de preuve

and its use is highly specific to the factual matrix and context of each case. It can be probative of whether the accused was conscious of having committed an offence and of particular significance in assessing credibility.

[239] In his own testimony, Mr. Barton admitted to lying, disposing of evidence and providing contradictory exculpatory explanations to numerous people after Ms. Gladue's death. It was open to the jury to conclude that additional incriminating after-the-fact conduct evidence came from the hotel video camera footage, physical evidence found by the police, and the testimony of numerous individuals. Mr. Barton did not call 911 immediately after finding Ms. Gladue in the bathtub. Instead there was evidence that he sought to erase his link to the scene by attempting to clean the bathroom, re-arranging the bedding, putting his belongings in his van, checking out of the hotel room, and that he attempted to conceal and destroy evidence by throwing the bloody towel he had used to wipe Ms. Gladue's blood from his feet and the bathroom floor into a garbage can in the parking lot of the hotel.

[240] He also concocted and fabricated multiple stories and excuses. After checking out of the hotel room, he told the hotel clerk that he had forgotten something in the room in order to get back into the hotel room. Once there, he called 911 from the hotel phone and told the 911 operator that a woman he didn't know knocked on his door the previous night and asked to use the shower and, when he woke up, he had found her covered in blood in the bathtub. He told a similar story to a work colleague. He told the police officers who attended the scene that he did not know Ms. Gladue and had only seen her smoking outside the previous night. He told a completely different story on initiating a conversation with an undercover officer, telling him that he had rented out his hotel room to some "swampers" (movers) and slept in his truck the previous night. At trial,

circonstancielle dont l'utilisation dépend grandement du fondement factuel et du contexte de chaque affaire. Il peut être probant quant à la question de savoir si l'accusé était conscient d'avoir commis une infraction, et il peut revêtir une importance particulière dans l'évaluation de la crédibilité.

[239] Dans son propre témoignage, M. Barton a avoué avoir menti, s'être débarrassé d'éléments de preuve et avoir fourni des explications disculpatoires contradictoires à de nombreuses personnes après la mort de M^{me} Gladue. Il était loisible au jury de conclure que d'autres éléments de preuve incriminants relatifs à son comportement après le fait provenaient d'une vidéo captée par la caméra de l'hôtel, des éléments de preuve matérielle trouvés par la police et du témoignage de nombreuses personnes. M. Barton n'a pas appelé le 911 immédiatement après avoir trouvé M^{me} Gladue dans la baignoire. Certains éléments de preuve démontrent plutôt qu'il a essayé d'effacer les traces de sa présence sur les lieux en tentant de nettoyer la salle de bain, en refaisant le lit, en mettant ses effets personnels dans sa fourgonnette et en réglant les formalités de départ de l'hôtel. Il a aussi essayé de cacher et de détruire des éléments de preuve en jetant dans une poubelle du stationnement de l'hôtel la serviette trempée de sang dont il s'était servi pour essuyer le sang de M^{me} Gladue qui se trouvait sur ses pieds et sur le plancher de la salle de bain.

[240] Il a également inventé de multiples histoires et excuses. Après avoir réglé les formalités de départ à l'hôtel, il a dit au commis à la réception qu'il avait oublié quelque chose dans la chambre afin d'y retourner. Une fois sur place, il a composé le 911 à partir du téléphone qui se trouvait dans la chambre et a dit à l'opérateur qu'une femme qu'il ne connaissait pas avait frappé à sa porte la nuit précédente et avait demandé d'utiliser la douche et que, quand il s'était réveillé, il l'avait trouvée couverte de sang dans la baignoire. Il a raconté une histoire similaire à un collègue de travail. Il a dit aux policiers qui étaient sur les lieux qu'il ne connaissait pas M^{me} Gladue et qu'il l'avait seulement vue en train de fumer dehors la nuit précédente. Il a raconté une histoire complètement différente à un agent d'infiltration, déclarant qu'il avait loué sa chambre d'hôtel à quelques

Mr. Barton admitted to these lies claiming, “I lied. But I am not a liar.”

[241] The potential significance of this after-the-fact conduct is palpable and there is a strong possibility that, properly instructed, it would have had a material bearing on the jury’s assessment of Mr. Barton’s testimony and, ultimately, its verdict.

[242] Instead, the jury was given contradictory and confusing directions. The trial judge correctly told the jury in his charge that post-offence conduct is like “all circumstantial evidence” that can be used “in deciding whether the Crown has proved Mr. Barton’s guilt beyond a reasonable doubt”. He stated that it was up to the jury to decide what use to make of this evidence, and that they were entitled to consider the evidence of Mr. Barton’s admitted lies and discarding of evidence as after-the-fact conduct.

[243] Unfortunately, the trial judge also instructed the jury numerous times that it could *not* use the evidence for those very purposes. In effect, the trial judge did not leave it open to the jury to consider the impact of the after-the-fact conduct evidence, such as the admitted exculpatory lies Mr. Barton told after Ms. Gladue’s death, except when such evidence favoured an acquittal.

[244] In this regard, the jury was told: “[y]ou cannot infer that Mr. Barton is guilty of *any* offence as a result of his after-the-fact conduct, but it may be used to assess his claim that Cindy Gladue’s injury was an accident” (emphasis added). This was repeated in the concluding words of this part of the charge: “[y]ou cannot use this evidence to draw *any* conclusion about — as to which of the available offences Mr. Barton may be guilty of” (emphasis added).

déménageurs et qu’il avait dormi dans sa fourgonnette la nuit précédente. Au procès, M. Barton a avoué ces mensonges, déclarant : [TRADUCTION] « J’ai menti, mais je ne suis pas un menteur. »

[241] L’importance que peut revêtir ce comportement après le fait est manifeste et il est fort probable que si le jury avait reçu des directives appropriées, le comportement aurait eu une incidence significative sur son évaluation du témoignage de M. Barton et, en fin de compte, sur son verdict.

[242] Le jury a plutôt reçu des directives contradictoires et portant à confusion. Le juge du procès a indiqué à bon droit au jury que le comportement après le fait s’apparente à [TRADUCTION] « tout élément de preuve circonstancielle » qui peut être utilisé « pour décider si le ministère public a prouvé la culpabilité de M. Barton hors de tout doute raisonnable ». Il a déclaré qu’il appartenait aux jurés de décider quoi faire de ces éléments de preuve et qu’ils avaient le droit de considérer les mensonges avoués de M. Barton et le fait qu’il a tenté de se débarrasser d’éléments de preuve comme un comportement après le fait.

[243] Malheureusement, le juge du procès a aussi informé les jurés à de nombreuses reprises qu’ils *ne* pouvaient *pas* utiliser cette preuve à ces mêmes fins. Dans les faits, le juge du procès n’a pas laissé au jury le choix de tenir compte de l’incidence du comportement après le fait, comme les mensonges disculpatoires que M. Barton a avoué avoir racontés après la mort de M^{me} Gladue, sauf lorsque ces éléments de preuve favorisaient un acquittement.

[244] À cet égard, il a dit au jury : [TRADUCTION] « [v]ous ne pouvez pas conclure que M. Barton est coupable de *quelque* infraction *que ce soit* en raison de son comportement après le fait, mais vous pouvez vous fonder sur celui-ci pour évaluer sa prétention selon laquelle la blessure de Cindy Gladue était accidentelle » (italiques ajoutés). Il a répété cette directive à la fin de cette partie de son exposé au jury : [TRADUCTION] « [v]ous ne pouvez pas utiliser ces éléments de preuve pour tirer *quelque* conclusion *que ce soit* à propos des infractions dont M. Barton pourrait être coupable » (italiques ajoutés).

[245] The jury was thus precluded from using Mr. Barton’s post-offence conduct to question his credibility, or as a means by which to draw any conclusions of guilt. The final instruction the jury was given with regard to after-the-fact conduct evidence was wrong in law and effectively usurped the jury’s fact-finding function (*R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72, at para. 27).

[246] Mr. Barton argues that although this particular portion of the charge may have been ambiguous or incomplete, the jury was given correct and complete instructions elsewhere. In our view, the earlier instructions do not mitigate the seriousness of these errors — quite the opposite. Contradictory instructions do not clarify, they confuse. Taken as a whole, the result was a charge on post-offence conduct “so unnecessarily confusing that it constituted an error of law” (*R. v. Hebert*, [1996] 2 S.C.R. 272, at para. 8).

[247] Juries, although expected to apply common sense, are above all expected to follow the instructions given by the trial judge. Where those instructions are confusing and contradictory, there is no roadmap for common sense to follow.

[248] We cannot accept Mr. Barton’s submission that these errors are unlikely to have affected the outcome of the trial. The jury was told that it could not use the extensive post-offence conduct evidence to find Mr. Barton guilty of “any offence”. This erroneous instruction undermined the jurors’ ability to properly decide whether Mr. Barton’s narrative was credible. The error was compounded by the failure to indicate to the jury that after-the-fact conduct evidence may be used, at a general level, “to impugn the accused person’s credibility” (*R. v. Jaw*, [2009] 3 S.C.R. 26, at para. 39). Given the inability of a deceased to provide her testimony, the jury heard only Mr. Barton’s narrative of the events, making the jury’s assessment of Mr. Barton’s overall credibility critical to its deliberations on both murder and manslaughter. There can be no doubt that these errors meet the test in *Graveline*, and

[245] Le jury a donc été empêché d’utiliser le comportement de M. Barton après le fait pour mettre en doute sa crédibilité ou pour tirer une conclusion de culpabilité. La dernière directive donnée au jury concernant la preuve relative au comportement après le fait était erronée en droit et usurpait effectivement le rôle de juge des faits dévolu au jury (*R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72, par. 27).

[246] M. Barton soutient que même si cette partie de l’exposé au jury était peut-être ambiguë ou incomplète, le jury a reçu des directives correctes et complètes à un autre moment. À notre avis, les directives données plus tôt n’atténuent pas la gravité de ces erreurs, bien au contraire. Des directives contradictoires ne clarifient rien; elles portent à confusion. Dans l’ensemble, cela a fait en sorte que l’exposé au jury concernant le comportement après le fait « prêtait inutilement à confusion à un point tel qu’il constituait une erreur de droit » (*R. c. Hebert*, [1996] 2 R.C.S. 272, par. 8).

[247] Bien que l’on s’attende à ce qu’ils fassent preuve de bon sens, les jurés doivent d’abord et avant tout suivre les directives que leur donne le juge du procès. Si ces directives portent à confusion et sont contradictoires, il n’y a pas de marche à suivre pour faire preuve de bon sens.

[248] Nous ne pouvons pas accepter l’observation de M. Barton selon laquelle ces erreurs n’ont probablement pas eu d’effet sur l’issue du procès. Le jury a été informé qu’il ne pouvait pas utiliser la preuve abondante relative au comportement après le fait pour déclarer M. Barton coupable de [TRADUCTION] « *quelque infraction que ce soit* ». Cette directive erronée a miné la capacité des jurés de décider comme il se doit si le récit de M. Barton était crédible. Cette erreur a été exacerbée par le défaut d’indiquer au jury que la preuve relative au comportement après le fait pouvait être utilisée pour « miner la crédibilité de l’accusé en général » (*R. c. Jaw*, [2009] 3 R.C.S. 26, par. 39). Étant donné l’incapacité de la défunte de témoigner, le jury n’a entendu que le récit des faits de M. Barton, rendant son évaluation de la crédibilité générale de ce dernier critique pour ses délibérations concernant l’accusation de meurtre et l’infraction

necessitate a new trial on both murder and manslaughter.

[249] After-the-fact conduct evidence was an important part of the Crown's case in attempting to undermine Mr. Barton's credibility as a whole and his narrative that Ms. Gladue's death was an accident, to the murder charge. In fact, after-the-fact conduct evidence was critically linked to the jury's ability to evaluate Mr. Barton's entire testimony, and his credibility in connection with *both* murder and manslaughter. Because the assessment of Mr. Barton's credibility was crucial to the outcome of this trial, this error had a material bearing on the jury's deliberations as a whole.

[250] Mr. Barton raised two procedural arguments that he says should preclude a re-trial on this basis. First, he argues that the Crown's failure to object to this portion of the charge should prevent this Court from dealing with this issue. Secondly, he submits that the Court of Appeal improperly raised this as a new issue on appeal and did not afford the accused the opportunity to provide written submissions.

[251] We disagree. The fact that the Crown did not specifically object and indeed suggested some of the language to this portion of the charge is not determinative of the existence of procedural unfairness. The practice of providing written drafts of the charge to counsel, or incorporating suggestions from counsel, does not render a jury charge immune to appeal. Suggestions by counsel are just that — suggestions. It remains the responsibility of the trial judge to provide the jury with instructions that are coherent and understandable.

[252] It is true that the Crown did not identify after-the-fact conduct as one of its grounds of appeal when it filed its notice of appeal after Mr. Barton's

inlude d'homicide involontaire coupable. Il ne fait aucun doute que ces erreurs satisfont au critère établi dans l'arrêt *Graveline* et nécessitent la tenue d'un nouveau procès pour meurtre et homicide involontaire coupable.

[249] La preuve relative au comportement après le fait constituait une partie importante de la preuve présentée par le ministère public pour tenter de miner la crédibilité de M. Barton dans son ensemble et de son récit selon lequel la mort de M^{me} Gladue était accidentelle, notamment pour l'accusation de meurtre. En fait, il existait un lien crucial entre la preuve relative au comportement après le fait et la capacité du jury d'évaluer tout le témoignage de M. Barton ainsi que sa crédibilité au regard du meurtre *et* de celle d'homicide involontaire coupable. Puisque l'évaluation de la crédibilité de M. Barton était cruciale pour l'issue du procès, cette erreur a eu une incidence significative sur l'ensemble des délibérations du jury.

[250] M. Barton a invoqué deux arguments procéduraux qui, selon lui, devraient faire obstacle à la tenue d'un nouveau procès pour le motif susmentionné. Premièrement, il soutient que le défaut du ministère public de s'opposer à cette partie de l'exposé au jury devrait empêcher notre Cour d'aborder la question. Deuxièmement, il affirme que la Cour d'appel a soulevé irrégulièrement ce point comme nouvelle question en appel et n'a pas offert à l'accusé l'occasion de présenter des observations écrites.

[251] Nous ne sommes pas d'accord. Le fait que le ministère public ne se soit pas explicitement opposé et, en fait, qu'il ait lui-même proposé une partie du libellé de l'exposé au jury n'est pas déterminant quant à l'existence d'un manquement à l'équité procédurale. La pratique qui consiste à fournir aux avocats une version écrite provisoire de l'exposé au jury ou d'y intégrer les suggestions des avocats ne rend pas l'exposé inattaquable en appel. Les suggestions des avocats ne sont que ça : des suggestions. Il demeure de la responsabilité du juge du procès de donner au jury des directives cohérentes et compréhensibles.

[252] Certes, le ministère public n'a pas désigné le comportement après le fait comme l'un de ses moyens d'appel lorsqu'il a déposé son avis d'appel

acquittal. The Court of Appeal identified these errors to the parties as concerns at the outset of the two-day oral appeal hearing. Both parties were then asked to make oral submissions on the effect of the after-the-fact conduct portions of the charge.

[253] Mr. Barton argues that this violated the court's duty of procedural fairness according to the guidelines set out in *R. v. Mian*, [2014] 2 S.C.R. 689. In our view, however, this is the very type of case this Court envisioned in *Mian*, and the procedure followed was well within the guidelines set out in that decision.

[254] In *Mian*, this Court concluded that an appellate court's discretion to raise new issues on its own motion should be exercised sparingly and only when failing to do so "would risk an injustice" including "[w]here there is good reason to believe that the result would realistically have differed had the error not been made" (paras. 41-45). The Court sought to balance the concern that appellate courts remain (and are seen to remain) impartial, alongside the court's role in ensuring that justice is done (paras. 40-41).

[255] There was a series of glaring, serious legal errors in a critical part of the jury charge which had a material bearing on the verdicts in this case. As such, appellate intervention was clearly justified. Failure to intervene would have "risk[ed] an injustice". We are satisfied that the appropriate balance was struck in this case, and that this is one of the rare cases in which a provincial appellate court was entitled, and even required to raise an issue of its own motion.

[256] As a result, in our respectful view, the Court of Appeal properly raised after-the-fact conduct as a new issue. We are persuaded that the Court of Appeal gave counsel fair notice and sufficient opportunity to make submissions. While *Mian* set out broad procedural guidelines to ensure that raising a new issue of sufficient importance does not prejudice either

après l'acquittement de M. Barton. La Cour d'appel a signalé ces erreurs préoccupantes aux parties au début de l'audition de deux jours. Il a ensuite été demandé aux deux parties de présenter des observations orales sur l'effet des passages de l'exposé au jury relatifs au comportement après le fait.

[253] M. Barton soutient que cela constituait une entorse à l'obligation d'équité procédurale de la cour selon les lignes directrices établies dans l'arrêt *R. c. Mian*, [2014] 2 R.C.S. 689. À notre avis, il s'agit plutôt exactement du type d'affaire que notre Cour envisageait dans l'arrêt *Mian*, et la procédure suivie était bel et bien conforme aux lignes directrices établies dans cette décision.

[254] Dans *Mian*, notre Cour a conclu que le pouvoir discrétionnaire d'une cour d'appel de soulever de nouvelles questions devrait être exercé avec parcimonie et seulement lorsque son omission de le faire « risquerait d'entraîner une injustice », notamment « [l]orsqu'il existe une bonne raison de croire que le résultat aurait réalistement été différent si l'erreur n'avait pas été commise » (par. 41-45). La Cour a cherché à concilier le souci que les cours d'appel demeurent impartiales (et soient perçues comme le demeurant) et le rôle de la cour de veiller à ce que justice soit rendue (par. 40-41).

[255] Une série d'erreurs de droit flagrantes et graves ont été commises dans un passage capital de l'exposé au jury, ce qui a eu une incidence significative sur les verdicts en l'espèce. En conséquence, l'intervention de la Cour d'appel était clairement justifiée. Le défaut d'intervenir aurait « ris[qué] d'entraîner une injustice ». Nous sommes convaincues que le juste équilibre a été atteint en l'espèce et qu'il s'agit de l'un des rares cas où une cour d'appel provinciale avait le droit et était même tenue de soulever une nouvelle question de sa propre initiative.

[256] Par conséquent, à notre humble avis, la Cour d'appel a invoqué à juste titre le comportement après le fait en tant que nouvelle question. Nous sommes persuadées que la Cour d'appel a donné aux avocats un avis raisonnable et une occasion suffisante de présenter des observations. Bien que l'arrêt *Mian* ait établi des lignes directrices générales sur la

side, it did not set down any *specific* procedures for providing notice and receiving responses from the parties on new issues (paras. 54-59). Rather, the guidance provided in *Mian* is, of necessity, flexible. The Court suggested that the steps taken should be “practical” and “will vary depending on the context and the circumstances in a given case” (para. 55).

[257] *Mian* explicitly recognized that appellate courts were best positioned to determine the appropriate procedure for responses to new issues on a case-by-case basis and indicated that “it will often be possible for appellate courts to ensure procedural fairness by adjusting the course of the appellate process” (para. 52). These broad guidelines strike a balance between ensuring that parties are fully aware of new issues and can adequately respond to them, and giving appellate bodies the flexibility to raise critical issues when and as they arise.

[258] Allowing an appellate court the flexibility and discretion to adapt its procedure was recently confirmed by this Court in *R. v. Suter*, [2018] 2 S.C.R. 496 (at paras. 29-33), where the Alberta Court of Appeal had raised a new issue during the hearing. The parties were given notice and an opportunity to respond. Mr. Suter appealed on the basis that there should have been more notice and a chance to make further written and oral submissions. This Court rejected the argument, stating that it had already “explicitly reject[ed] an approach that would require strict procedural standards to be followed [in *Mian*], as such a formalistic approach would ‘fail to recognize that the issue may arise in different circumstances in different cases’” (*Suter*, at para. 33, quoting *Mian*, at para. 55).

[259] The procedural process in *Suter* closely parallels this case. The panel raised the issue of after-the-fact conduct on the first day of the oral hearing.

procédure afin de veiller à ce que les parties ne subissent aucun préjudice lorsqu’une nouvelle question suffisamment importante est soulevée, aucune procédure *particulière* n’a été établie concernant la notification des parties et la réception des réponses des parties à l’égard des nouvelles questions (par. 54-59). L’orientation fournie dans l’arrêt *Mian* est, par la force des choses, plutôt souple. La Cour a indiqué que les mesures prises devraient être « pratiques » et qu’elles « varier[ont] en fonction du contexte et des circonstances d’une affaire donnée » (par. 55).

[257] L’arrêt *Mian* a reconnu explicitement que les cours d’appel étaient les mieux placées pour décider de la procédure à suivre pour répondre aux nouvelles questions soulevées au cas par cas et qu’il leur « sera souvent possible d’assurer l’équité procédurale en ajustant le cours du processus d’appel » (par. 52). Ces larges lignes directrices établissent un équilibre entre, d’une part, l’obligation de veiller à ce que les parties soient au courant des nouvelles questions et puissent y répondre convenablement et, d’autre part, l’obligation d’accorder aux cours d’appel la souplesse nécessaire pour soulever des questions capitales à mesure qu’elles surviennent.

[258] Le principe selon lequel une cour d’appel doit avoir la souplesse et le pouvoir discrétionnaire voulus pour adapter sa procédure a été confirmé récemment par notre Cour dans *R. c. Suter*, [2018] 2 R.C.S. 496 (par. 29-33), une affaire où la Cour d’appel de l’Alberta avait soulevé une nouvelle question à l’audience. Les parties avaient été notifiées et avaient eu l’occasion de répondre. M. Suter a interjeté appel au motif que la notification n’était pas suffisante et qu’il n’avait pas eu l’occasion de présenter d’autres observations écrites et orales. Notre Cour a rejeté cet argument, déclarant qu’elle avait déjà « explicitement rejeté une approche formaliste [dans l’arrêt *Mian*] qui consisterait à prescrire des normes de procédure rigoureuses, car une telle approche “ferait abstraction du fait que la question peut se présenter dans diverses situations selon les dossiers” » (*Suter*, par. 33, citant *Mian*, par. 55).

[259] La procédure suivie dans l’affaire *Suter* est très semblable à celle dans le cas qui nous occupe. Le tribunal a soulevé la question du comportement

Although the hearing was initially scheduled for a single day, it was extended to two full days so that both parties could make submissions. Initially, the parties were told they would be afforded the opportunity to provide written submissions, but by the end of the second day, they were told that their answers in oral argument had been sufficient.

[260] These procedural decisions by the Court of Appeal were well within the flexible guidance afforded to appellate panels by this Court in *Mian* and affirmed in *Suter*. Notably, counsel for Mr. Barton did not argue — either at the Court of Appeal or in this Court — that his submissions would have been materially different given more notice. Nor did he provide written submissions when invited by the Court of Appeal. We have no doubt that adequate procedural fairness was afforded to the parties here, who were given sufficient notice and an adequate opportunity to make submissions.

[261] For all these reasons, there should be a new trial on both murder and manslaughter.

[262] We would, accordingly, dismiss the appeal.

Appeal allowed in part, WAGNER C.J. and ABELLA and KARAKATSANIS JJ. dissenting in part.

Solicitors for the appellant: Bottos Law Group, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Alberta Crown Prosecution Service, Edmonton.

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

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

après le fait le premier jour de l'audition. Celle-ci devait initialement durer une seule journée, mais elle a été prolongée d'une autre journée afin que les deux parties puissent présenter des observations. Au départ, on avait informé les parties qu'elles auraient l'occasion de présenter des observations par écrit, mais à la fin de la deuxième journée, on leur a dit que leurs réponses orales étaient suffisantes.

[260] Ces décisions d'ordre procédural prises par la Cour d'appel correspondaient nettement à l'orientation souple donnée aux tribunaux d'appel par notre Cour dans l'arrêt *Mian* et confirmée dans l'arrêt *Suter*. Fait à noter, l'avocat de M. Barton n'a pas plaidé — ni devant la Cour d'appel ni devant notre Cour — que ses observations auraient été sensiblement différentes s'il avait été notifié plus tôt. Il n'a pas non plus présenté d'observations écrites lorsque la Cour d'appel l'a invité à le faire. Il n'y a aucun doute que les parties ont bénéficié d'une équité procédurale adéquate en l'espèce, qu'elles ont reçu un avis suffisant et qu'elles ont eu amplement l'occasion de présenter des observations.

[261] Pour tous les motifs qui précèdent, il devrait y avoir un nouveau procès pour meurtre et homicide involontaire coupable.

[262] En conséquence, nous rejetterions le pourvoi.

Pourvoi accueilli en partie, le juge en chef WAGNER et les juges ABELLA et KARAKATSANIS sont dissidents en partie.

Procureurs de l'appellant : Bottos Law Group, Edmonton.

Procureur de l'intimée : Alberta Crown Prosecution Service, Edmonton.

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

Procureur de l'intervenante la procureure générale de l'Ontario : Procureure générale de l'Ontario, Toronto.

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

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

Solicitors for the interveners the Vancouver Rape Relief Society, La Concertation des luttes contre l'exploitation sexuelle, the AWCEP Asian Women for Equality Society, the Aboriginal Women's Action Network, the Formerly Exploited Voices Now Educating and the Centre to End All Sexual Exploitation: University of British Columbia, Vancouver; Foy Allison Law Group, West Vancouver.

Solicitor for the intervener the Assembly of First Nations: Assembly of First Nations, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Ad Idem / Canadian Media Lawyers Association: Fasken Martineau DuMoulin, Montréal; Reynolds Mirth Richards & Farmer, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Women of the Métis Nation / Les Femmes Michif Otipemisiwak: Jean Teillet Personal Law Corporation, Vancouver.

Solicitor for the intervener the National Inquiry into Missing and Murdered Indigenous Women and Girls: National Inquiry into Missing and Murdered Indigenous Women and Girls, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Independent Criminal Defence Advocacy Society: Sprake Song & Konye, Vancouver; MN Law, Vancouver.

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

Solicitors for the interveners the Institute for the Advancement of Aboriginal Women and the Women's Legal Education and Action Fund Inc.: Women's

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

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

Procureurs des intervenants Vancouver Rape Relief Society, La Concertation des luttes contre l'exploitation sexuelle, AWCEP Asian Women for Equality Society, Aboriginal Women's Action Network, Formerly Exploited Voices Now Educating et Centre to End All Sexual Exploitation : University of British Columbia, Vancouver; Foy Allison Law Group, West Vancouver.

Procureur de l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations : Assemblée des Premières Nations, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante Ad Idem / Canadian Media Lawyers Association : Fasken Martineau DuMoulin, Montréal; Reynolds Mirth Richards & Farmer, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante Women of the Métis Nation / Les Femmes Michif Otipemisiwak : Jean Teillet Personal Law Corporation, Vancouver.

Procureur de l'intervenante Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées : Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Independent Criminal Defence Advocacy Society : Sprake Song & Konye, Vancouver; MN Law, Vancouver.

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

Procureurs des intervenants Institute for the Advancement of Aboriginal Women et le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes,

Legal Education and Action Fund, Toronto; University of Windsor, Windsor.

Solicitor for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights: University of Toronto, Toronto.

Solicitors for the intervener the Aboriginal Legal Services: Aboriginal Legal Services, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Trial Lawyers' Association (Alberta): Aloneissi O'Neill Hurley O'Keeffe Millsap, Edmonton.

inc. : Women's Legal Education and Action Fund, Toronto; University of Windsor, Windsor.

Procureur de l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights : University of Toronto, Toronto.

Procureurs de l'intervenant Aboriginal Legal Services : Aboriginal Legal Services, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Trial Lawyers' Association (Alberta) : Aloneissi O'Neill Hurley O'Keeffe Millsap, Edmonton.

Tom Le *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Director of Public Prosecutions,
Criminal Lawyers' Association of Ontario,
Canadian Muslim Lawyers Association,
Canada Without Poverty,
Canadian Mental Health Association,
Manitoba and Winnipeg,
Aboriginal Council of Winnipeg, Inc.,
End Homelessness Winnipeg Inc.,
Federation of Asian Canadian Lawyers,
Chinese and Southeast Asian Legal Clinic,
Canadian Civil Liberties Association,
Scadding Court Community Centre,
Justice for Children and Youth and Urban
Alliance on Race Relations** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. LE

2019 SCC 34

File No.: 37971.

2018: October 12; 2019: May 31.

Present: Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis,
Brown and Martin JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO**

Constitutional law — Charter of Rights — Arbitrary detention — Remedy — Exclusion of evidence — Police entering private backyard where five young men were gathered without warrant or consent — Police questioning men and requesting documentary proof of identities — Accused fleeing backyard and caught in possession of firearm, drugs and cash — Whether encounter between police and accused infringed accused's right to be free from arbitrary detention — If so, whether admission of evidence would bring administration of justice into disrepute warranting its exclusion — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 9, 24(2).

Tom Le *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Directrice des poursuites pénales,
Criminal Lawyers' Association of Ontario,
Association canadienne des avocats
musulmans, Canada sans pauvreté,
Association canadienne pour la santé
mentale, Manitoba et Winnipeg,
Aboriginal Council of Winnipeg, Inc.,
End Homelessness Winnipeg Inc.,
Federation of Asian Canadian Lawyers,
Chinese and Southeast Asian Legal Clinic,
Association canadienne des libertés civiles,
Scadding Court Community Centre, Justice
for Children and Youth et Alliance urbaine
sur les relations interraciales** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. LE

2019 CSC 34

N° du greffe : 37971.

2018 : 12 octobre; 2019 : 31 mai.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Déten­tion arbitraire — Réparation — Exclusion d'éléments de preuve — Introduction de policiers non munis d'un mandat et n'ayant pas obtenu de consentement dans une cour arrière privée où se trouvent cinq jeunes hommes — Policiers interrogeant ceux-ci et les invitant à présenter des pièces d'identité — Accusé prenant la fuite, et trouvé en possession d'une arme à feu, de drogues et d'argent comptant — Le contact entre les policiers et l'accusé a-t-il porté atteinte au droit de celui-ci à la protection contre la détention arbitraire? — Dans l'affirmative, l'utilisation des éléments de preuve obtenus est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, justifiant ainsi leur exclusion? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 9, 24(2).

One evening, five young racialized men, including the 20-year-old accused, were gathered in the private backyard of a townhouse at a Toronto housing co-operative when three police officers arrived. The young men appeared to be doing nothing wrong. They were just talking. Two officers entered the backyard, without a warrant or consent. They immediately questioned the young men and requested documentary proof of their identities. The third officer patrolled the perimeter of the property, then stepped over the low fence enclosing the backyard and directed one of the men to keep his hands where he could see them. One officer questioned the accused, demanding that he produce identification and asking him what was in the satchel he was carrying. At that point, the accused fled, was pursued and arrested, and found to be in possession of a firearm, drugs and cash. At his trial, the accused sought the exclusion of this evidence under s. 24(2) of the *Charter* on the basis that the police had infringed his constitutional rights to be free from unreasonable search and seizure and from arbitrary detention, contrary to ss. 8 and 9 of the *Charter*. In convicting the accused, the trial judge held that he lacked standing to advance a s. 8 claim, that he was detained only when the officer asked him about the contents of his bag, that the detention was not arbitrary, and that had a breach of *Charter* rights occurred, the evidence would be admissible. A majority at the Court of Appeal agreed and dismissed the accused's appeal from his convictions.

Held (Wagner C.J. and Moldaver J. dissenting): The appeal should be allowed, the evidence excluded, the convictions set aside and acquittals entered.

Per Karakatsanis, Brown and Martin JJ.: The circumstances of the police entry into the backyard effected a detention that was both immediate and arbitrary. This was serious *Charter*-infringing police misconduct, with a correspondingly high impact on the accused's protected interests. It was precisely this sort of police conduct that the *Charter* was intended to abolish. On balance, the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. Since the appeal can be disposed on the basis of ss. 9 and 24(2) of the *Charter*, there is no need to resolve the s. 8 issue.

Un soir, cinq jeunes hommes appartenant à des groupes racialisés, dont l'accusé qui était alors âgé de 20 ans, se trouvaient dans la cour arrière privée d'une maison en rangée qui faisait partie d'une coopérative d'habitation de Toronto quand trois policiers sont arrivés. Les jeunes hommes semblaient ne rien faire de mal. Ils étaient juste en train de bavarder. Deux policiers sont entrés dans la cour arrière sans être munis d'un mandat et sans obtenir de consentement. Ils ont immédiatement interrogé les jeunes hommes et les ont invités à présenter des pièces d'identité. Le troisième policier a patrouillé dans le périmètre de la propriété, puis a enjambé la basse clôture qui entourait la cour arrière et a intimé à l'un des jeunes de garder ses mains bien en vue. Un des policiers a interrogé l'accusé, lui ordonnant de présenter une pièce d'identité et s'enquérant du contenu du sac qu'il portait. À ce moment-là, l'accusé a pris la fuite. Il a été poursuivi et arrêté, et a été trouvé en possession d'une arme à feu, de drogues et d'argent comptant. À son procès, l'accusé a demandé l'exclusion de ces éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*, au motif que les policiers avaient porté atteinte à ses droits constitutionnels d'être protégé contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives, et contre la détention arbitraire, droits garantis par les art. 8 et 9 de ce même texte. En déclarant l'accusé coupable, le juge du procès a conclu que celui-ci n'avait pas qualité pour faire valoir une demande fondée sur l'art. 8, qu'il n'avait été placé en détention que lorsque l'agent s'était enquis du contenu de son sac, que la détention n'était pas arbitraire, et que même s'il y avait eu violation de droits garantis par la *Charte*, les éléments de preuve pouvaient être utilisés. Les juges majoritaires de la Cour d'appel se sont rangés à cet avis et ont rejeté l'appel formé par l'accusé contre ses déclarations de culpabilité.

Arrêt (le juge en chef Wagner et le juge Moldaver sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli, les éléments de preuve sont exclus, les déclarations de culpabilité sont annulées et des verdicts d'acquiescement sont prononcés.

Les juges Karakatsanis, Brown et Martin : Les circonstances entourant l'entrée des policiers dans la cour arrière correspondaient à une mise en détention à la fois immédiate et arbitraire. Il s'agissait d'une inconduite policière grave portant atteinte à la *Charte* et ayant une incidence marquée sur les droits protégés de l'accusé. C'est précisément ce type de conduite policière que la *Charte* vise à abolir. Tout bien considéré, l'utilisation des éléments de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Comme le présent pourvoi peut être tranché sur le fondement de l'art. 9 et du par. 24(2) de la *Charte*, il n'est pas nécessaire de se prononcer sur la question fondée sur l'art. 8.

The prohibition of arbitrary detention in s. 9 of the *Charter* is meant to protect individual liberty against unjustified state interference. It limits the state's ability to impose intimidating and coercive pressure on citizens without adequate justification. Not every police-citizen interaction is a detention within the meaning of s. 9; a detention requires significant physical or psychological restraint. Psychological detention by the police can arise in two ways: (1) the claimant is legally required to comply with a direction or demand by the police; or (2) a claimant is not under a legal obligation to comply with a direction or demand, but a reasonable person in the subject's position would feel so obligated, and conclude that they were not free to go. Therefore, even absent a legal obligation to comply with a police demand or direction, and even absent physical restraint by the state, a detention exists in situations where a reasonable person in the accused's shoes would feel obligated to comply with a police direction or demand and that they are not free to leave.

In determining the point of detention for the purposes of s. 9 of the *Charter*, it is essential to consider all of the circumstances of the police encounter. The Court in *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, adopted three non-exhaustive factors that can aid in the analysis. In the instant case, each of these factors support the conclusion that the accused's detention began the moment the police entered the backyard and made contact with the young men.

The first factor — the circumstances giving rise to the encounter as they would reasonably be perceived by the individual — supports a finding of detention arising prior to the officer's inquiry about the contents of the accused's satchel. The conduct of the police exceeded the norms of community policing, there was no obvious cause for any police presence in the backyard, the police never expressly communicated to the young men why they were there, they immediately started questioning them, and the height of the fence allowed full interaction without entry. Therefore, a reasonable person would not perceive the police entry into the backyard as merely assisting in meeting needs or maintaining basic order.

L'interdiction de la détention arbitraire prévue à l'art. 9 de la *Charte* vise à protéger la liberté individuelle contre l'ingérence injustifiée de l'État. Elle restreint la capacité de l'État de recourir sans justification appropriée à des moyens intimidants et coercitifs à l'égard des citoyens. Toute interaction entre un policier et un citoyen ne constitue pas nécessairement une détention au sens de l'art. 9; une détention exige l'application de contraintes physiques ou psychologiques appréciables. La détention psychologique par la police peut se produire de deux façons : (1) lorsque le plaignant est légalement tenu de se conformer à un ordre ou à une sommation d'un policier, ou (2) lorsque le plaignant n'est pas légalement tenu d'obtempérer à un ordre ou à une sommation, mais qu'une personne raisonnable se trouvant dans la même situation se sentirait obligée de le faire et conclurait qu'elle n'est pas libre de partir. Par conséquent, il y a détention même en l'absence d'une obligation légale de se conformer à une sommation ou à un ordre de la police, et même en l'absence d'une contrainte physique exercée par l'État, lorsqu'une personne raisonnable mise à la place de l'accusé se sentirait obligée d'obtempérer à un ordre ou à une sommation de la police, et conclurait qu'elle n'est pas libre de partir.

Pour déterminer le point où il y a détention pour l'application de l'art. 9 de la *Charte*, il est essentiel d'examiner toutes les circonstances entourant le contact avec les policiers. Dans l'arrêt *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, la Cour a adopté trois facteurs non exhaustifs susceptibles d'aider dans l'analyse. En l'espèce, chacun de ces facteurs permet de conclure que la détention de l'accusé a commencé au moment où les policiers sont entrés dans la cour arrière et ont pris contact avec les jeunes hommes.

Le premier facteur — les circonstances à l'origine du contact avec les policiers telles que la personne en cause a dû raisonnablement les percevoir — permet de conclure que la mise en détention a eu lieu avant que l'agent ne s'enquière du contenu du sac de l'accusé. La conduite des policiers a outrepassé les normes de maintien de l'ordre au sein de collectivités, une présence policière dans la cour arrière n'avait pas de justification évidente, les policiers n'ont jamais communiqué expressément aux jeunes hommes la raison de leur présence sur les lieux, ils se sont immédiatement mis à interroger ceux-ci et la hauteur de la clôture permettait pleinement aux policiers d'interagir avec les jeunes sans avoir besoin de pénétrer sur les lieux. En conséquence, une personne raisonnable ne percevrait pas l'entrée des policiers dans la cour arrière comme une simple entrée dans l'exercice de leur fonction d'assistance en cas de besoin et de maintien élémentaire de l'ordre.

The second factor — the nature of the police conduct — supports the conclusion that a detention arose as soon as the police officers entered the backyard and started asking questions. Many considerations influence the analysis under this factor. When the police enter a private residence as trespassers, as they did here, it both colours what happens subsequently and strongly supports a finding of detention at that point in time. The actions of the police and the language used may show that the police are immediately taking control of a situation. Here, the contemporaneous actions of the police and the language employed illustrate they were exerting dominion over the individuals in the backyard from the time of entry. There was physical proximity and the officers positioned themselves in a way to question specific young men apart from the others, in a manner to block the exit. Furthermore, with respect to the place where the interaction occurred and the mode of entry, the nature of any police intrusion into a home or backyard is reasonably experienced as more forceful, coercive and threatening than when similar state action occurs in public. Coming over the fence to enter a private residence conveys a show of force. Living in a less affluent neighbourhood in no way detracts from the fact that a person's residence is a private and protected place. The reputation of a particular community or the frequency of police contact with its residents does not in any way license police to enter a private residence more readily or intrusively than they would in a community with higher fences or lower rates of crime. Here, there was a tactical element to the encounter and the mode of entry involving three uniformed officers suddenly occupying a backyard and taking control over the people in it late at night would be seen as coercive and intimidating by a reasonable person. The police conduct towards others would also likely have an impact on how a reasonable person in the accused's shoes would perceive the unfolding situation. Witnessing a repeated sequence of command and compliance would lead a reasonable person to believe that they are not free to leave and that even their physical movements are subject to police control. In addition, the overall duration of an encounter may contribute to the conclusion that a detention occurred, although a detention can occur within a matter of seconds, depending on the circumstances. What the accused in this case saw occurring to others likely increased the perception and reality of coercion, as the others simply did what the police told them to do. Although the interaction lasted less than a minute, the impact of the police conduct in that short space of time would lead any reasonable person to conclude that it was necessary to comply with police directions and commands, and that it was impossible to

Le deuxième facteur — la nature de la conduite des policiers — permet de conclure qu'il y a eu détention dès que les policiers sont entrés dans la cour arrière et ont commencé à poser des questions. De nombreuses considérations influencent l'analyse au regard de ce facteur. L'intrusion de policiers dans une résidence privée, comme en l'espèce, influe sur ce qui se produit par la suite en plus de militer fortement en faveur d'une conclusion selon laquelle il y a eu mise en détention à ce moment précis. Les actes des policiers et les mots qu'ils ont utilisés peuvent démontrer que les policiers prennent immédiatement le contrôle de la situation. En l'espèce, les actes accomplis par les policiers à ce même moment et les mots employés démontrent que ces derniers exerçaient leur domination sur les personnes qui se trouvaient dans la cour arrière depuis qu'ils y étaient entrés. Il y avait proximité physique et les policiers se sont placés de façon à pouvoir interroger les jeunes en question séparément et à bloquer la sortie. De plus, en ce qui concerne le lieu de l'interaction et le mode d'entrée, la nature de l'intrusion de policiers dans un domicile ou dans une cour arrière sera raisonnablement perçue comme plus percutante, coercitive et menaçante que si pareil acte de l'État se produisait dans un lieu public. Le fait de passer par-dessus la clôture pour entrer dans une résidence privée évoque une démonstration de force. Vivre dans un quartier moins nanti ne change rien au fait que la résidence d'une personne constitue un endroit privé et protégé. La réputation d'une collectivité en particulier ou la fréquence des contacts entre la police et ses résidents n'autorisent aucunement les policiers à entrer dans une résidence privée plus facilement ou de façon plus envahissante qu'ils ne le feraient dans une collectivité où les clôtures sont plus hautes ou le taux de criminalité plus bas. En l'espèce, le contact avait un aspect tactique et une personne raisonnable percevrait le mode d'entrée choisi — trois policiers en uniforme ayant soudainement occupé une cour arrière et pris le contrôle des personnes qui s'y trouvaient tard en soirée — comme coercitif et intimidant. La conduite des policiers à l'égard des autres personnes aurait aussi vraisemblablement une incidence sur la façon dont une personne raisonnable mise à la place de l'accusé percevrait le déroulement de la situation. Une personne raisonnable qui est témoin d'une série répétée de commandes auxquelles on obtempère serait portée à croire qu'elle n'est pas libre de partir et que même ses mouvements physiques sont assujettis au contrôle des policiers. En outre, la durée totale du contact peut permettre de conclure qu'il y a eu détention, laquelle peut se produire en l'espace de quelques secondes selon les circonstances. Ce que l'accusé en l'espèce a vu de ce qu'il arrivait aux autres a vraisemblablement eu pour effet d'accroître la perception et l'évidence de la coercition, car ceux-ci se

leave or walk away without the permission of the police once they entered the backyard.

With respect to the third factor — the particular characteristics or circumstances of the individual —, a reasonable person imbued with the experiences that accompany the accused's particular circumstances would conclude that there was a detention from the moment the officers entered the backyard and started asking questions. Courts must appreciate that individuals in some communities may have different experiences and relationships with police than others and such may impact upon their reasonable perceptions of whether and when they are being detained. At the detention stage, the analysis takes into consideration the larger, historic and social context of race relations between the police and the various racial groups and individuals in our society. The reasonable person in the shoes of the accused is presumed to be aware of this broader racial context. Evidence about race relations that may inform whether there has been a detention under s. 9, like all social context evidence, can be proved in legal proceedings by direct evidence, admissions, or by the taking of judicial notice. Because the focus is on how the combination of a racialized context and minority status would affect the perceptions of a reasonable person in the shoes of the accused and not on what motivated the officers to act as they did, a finding that there has been no racial profiling has therefore little bearing. While the accused's level of sophistication could also bear on the timing of a detention, merely because an individual has had repeated interactions with the police does not mean that the individual has acquired a level of sophistication in dealing with the police. A reasonable person who has been stopped by the police on multiple prior occasions would more likely perceive that it is necessary to simply submit to police demands. What a reasonable person may perceive may also be influenced by age and the knowledge, life experience and discernment associated with that age group. The focus of the s. 9 analysis should not be on what was in the accused's mind at a particular moment in time, but rather on how the police behaved and, considering the totality of the circumstances, how such behavior would be reasonably perceived by a person imbued with the experiences that accompany the accused's particular circumstances. In this case, the documented history of the relations between police and racialized communities would have had an impact on the

sont contentés de faire ce qu'il leur était demandé par les policiers. Bien que l'interaction ait duré moins d'une minute, l'incidence de la conduite des policiers dans ce court laps de temps inciterait une personne raisonnable à conclure qu'il était nécessaire d'obtempérer à leurs ordres et commandes, et qu'il était impossible de quitter les lieux sans la permission des policiers après l'entrée de ceux-ci dans la cour arrière.

Pour ce qui est du troisième facteur — les caractéristiques ou la situation particulière de la personne —, la personne raisonnable imprégnée de l'expérience afférente à la situation personnelle de l'accusé conclurait qu'il y a eu détention à partir du moment où les policiers sont entrés dans la cour arrière et ont commencé à poser des questions. Les tribunaux doivent tenir compte du fait que les membres de certaines collectivités peuvent vivre des expériences particulières et avoir des rapports différents avec la police, qui influenceront sur leur perception raisonnable quant à savoir si et quand ils font l'objet d'une détention. À l'étape de l'examen de la détention, l'analyse tient compte du contexte historique et social plus large des relations interraciales entre la police et les divers groupes raciaux et les divers individus dans notre société. La personne raisonnable mise à la place de l'accusé est présumée connaître ce contexte racial plus large. Comme toute preuve du contexte social, les éléments de preuve concernant les relations interraciales qui peuvent être utiles pour déterminer s'il y a eu détention au sens de l'art. 9 peuvent être établis dans le cadre des procédures judiciaires par preuve directe, des aveux ou la prise de connaissance d'office. Comme l'analyse est axée sur l'effet conjugué qu'auraient un contexte racialisé et l'appartenance à une minorité sur la perception d'une personne raisonnable mise à la place de l'accusé, et non sur ce qui a motivé les policiers à agir de la sorte, une conclusion d'absence de profilage racial n'a donc guère d'incidence. Bien que le degré de discernement de l'accusé puisse aussi avoir une incidence lors de la détermination du moment de la mise en détention, ce n'est pas parce qu'une personne a fait l'objet d'interactions répétées avec la police qu'elle a acquis un degré de discernement à cet égard. Une personne raisonnable ayant été appréhendée par la police à plusieurs reprises conclurait vraisemblablement qu'elle est tenue de simplement se conformer aux sommations des policiers. La perception d'une personne raisonnable peut aussi être influencée par l'âge ainsi que par les connaissances, l'expérience de vie et le discernement associés à ce groupe d'âge. L'analyse fondée sur l'art. 9 ne devrait pas porter principalement sur ce qui se passait dans l'esprit de l'accusé à un moment précis, mais plutôt sur la façon dont les policiers ont agi et, eu égard à l'ensemble des

perceptions of a reasonable person in the shoes of the accused. Research studies have established that racial minorities are both treated differently by the police and that such differential treatment does not go unnoticed by them. We have arrived at a place where the research now shows disproportionate policing of racialized and low-income communities. Indeed, it is in this larger social context that the police entry into the backyard and questioning of the accused and his friends must be approached. It was another example of a common and shared experience of racialized young men: being frequently targeted, stopped, and subjected to pointed and familiar questions.

Where a detention is established, a court must consider whether the detention is arbitrary. The detention must be authorized by law, the authorizing law must not be arbitrary, and the manner in which the detention is carried out must be reasonable. Since no statutory or common law power authorized the accused's detention at the moment the police entered the backyard and made contact with the young men, it was an arbitrary detention that infringed the accused's *Charter* right. First, the police were trespassers. The implied licence doctrine, which allows the police, or any member of the public, on legitimate business to proceed from the street to the door of a house so as to permit convenient communication with the occupant of the dwelling, does not apply to excuse the police presence in the backyard because even if communication was the officers' purpose, it did not necessitate their entry onto private property. The police also had a subsidiary purpose — a speculative criminal investigation — which exceeds the authorizing limits of the implied licence doctrine. Second, the police had no legal authority to detain the accused. No statute authorized the police officers to detain anyone in the backyard, and the common law power to detain for investigative purposes could not be invoked. The latter only allows the police to detain an individual for investigative purposes where, in the totality of circumstances, there are reasonable grounds to suspect a clear nexus between the individual and a recent or still unfolding crime. A suspect's presence in a so-called high crime area is not by itself a basis for detention and the mere presence of non-suspects in an area frequented days or weeks earlier by a person of interest cannot furnish such a basis. The receipt of general

circumstances, sur la manière dont un tel comportement serait raisonnablement perçu par une personne imprégnée de l'expérience afférente à la situation personnelle de l'accusé. En l'espèce, l'historique documenté des relations entre la police et les collectivités racialisées aurait eu une incidence sur la perception d'une personne raisonnable mise à la place de l'accusé. Des études ont établi que les minorités raciales sont traitées de façon différente par la police et que cette différence de traitement ne passe pas inaperçue auprès de celles-ci. Nous sommes maintenant arrivés au point où les travaux de recherche montrent l'existence d'un nombre disproportionné d'interventions policières auprès des collectivités racialisées et à faible revenu. C'est d'ailleurs dans ce contexte social plus large qu'il convient d'examiner l'entrée des policiers dans la cour arrière et l'interrogatoire de l'accusé et de ses amis. Il s'agit là d'un autre exemple de l'expérience commune de jeunes hommes appartenant à des groupes racialisés, lesquels sont fréquemment pris pour cibles, appréhendés et appelés à répondre à des questions ciblées et familières.

Lorsque la détention est établie, le tribunal doit examiner si celle-ci est arbitraire. La détention doit être autorisée par une règle de droit, la règle de droit doit être exempte de caractère abusif et la manière dont la détention est effectuée doit être non abusive. Comme aucun pouvoir conféré par la loi ou par la common law n'autorisait la détention de l'accusé au moment où les policiers sont entrés dans la cour arrière et ont pris contact avec les jeunes hommes, celle-ci était arbitraire et a porté atteinte au droit que garantit la *Charte* à l'accusé. Premièrement, les policiers étaient des intrus. La théorie de l'autorisation implicite, qui permet aux policiers ou à tout membre du public, à des fins légitimes, de quitter la rue pour se rendre jusqu'à la porte d'une maison pour qu'il y ait communication convenable avec l'occupant de celle-ci, ne s'applique pas de manière à excuser la présence des policiers dans la cour arrière puisque, même si leur objectif était la communication, il n'était pas nécessaire pour les policiers d'entrer dans la propriété privée pour y parvenir. Les policiers poursuivaient également un but subsidiaire — une enquête criminelle hypothétique — et ont ainsi excédé les limites de l'autorisation implicite. Deuxièmement, les policiers n'étaient pas légalement autorisés à détenir l'accusé. Aucune loi n'autorisait ceux-ci à détenir qui que ce soit dans la cour arrière et le pouvoir en common law de détenir une personne à des fins d'enquête ne pouvait être invoqué. Ce pouvoir permet uniquement aux policiers de détenir une personne à des fins d'enquête lorsque, dans l'ensemble des circonstances, ils ont des motifs raisonnables de soupçonner l'existence d'un lien clair entre la personne en cause et une infraction criminelle récente

information about contraband in relation to an address does not, without more specificity, give rise to reasonable suspicion in relation to recent or ongoing criminal activity.

Where evidence is obtained in a manner that infringes a *Charter* right or freedom, s. 24(2) provides that such evidence must be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, its admission would bring the administration of justice into disrepute. While the exclusion of evidence may provoke immediate criticism, the focus is on the overall repute of the justice system, viewed in the long term by a reasonable person, informed of all relevant circumstances and of the importance of *Charter* rights, and not on the impact of state misconduct upon the criminal trial. It is the sum, and not the average, of the seriousness of the *Charter*-infringing conduct and the impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the accused that determines the pull towards exclusion. The more serious the state-infringing conduct and the greater the impact on the *Charter*-protected interests, the stronger the case for exclusion. Where these inquiries, taken together, make a strong case for exclusion, society's interest in an adjudication of the case on its merits will seldom if ever tip the balance in favour of admissibility.

When considering the first line of inquiry — the seriousness of the *Charter*-infringing conduct —, for state misconduct to be excused as a good faith (and, therefore, minor) infringement of *Charter* rights, the state must show that the police conducted themselves in a manner consistent with what they subjectively, reasonably and non-negligently believed to be the law. Here, good faith cannot be ascribed to these police officers' conduct. Their own evidence makes clear that they fully understood the limitations upon their ability to enter the backyard to investigate individuals. This was serious police misconduct and weighs heavily in favour of a finding that admission of the resulting evidence would bring the administration of justice into disrepute.

ou toujours en cours. La présence d'un suspect dans un quartier dit à criminalité élevée n'est pas en soi un motif de détention et la simple présence de personnes n'étant pas soupçonnées dans un quartier fréquenté quelques jours ou quelques semaines auparavant par une personne d'intérêt ne saurait constituer un tel motif. Le fait de recevoir des renseignements généraux sur de la contrebande relative à une adresse ne donne pas lieu, à défaut de précisions additionnelles, à des soupçons raisonnables à l'égard d'activités criminelles récentes ou en cours.

Lorsque des éléments de preuve sont obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la *Charte*, le par. 24(2) prévoit que ceux-ci doivent être écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Bien que l'exclusion d'éléments de preuve puisse provoquer des critiques sur le coup, il faut s'intéresser surtout non pas à l'incidence de l'inconduite de l'État sur le procès criminel, mais à la considération globale dont jouit le système de justice, vue à long terme par une personne raisonnable au fait de l'ensemble des circonstances pertinentes et de l'importance des droits garantis par la *Charte*. C'est la somme, et non la moyenne, de la gravité de la conduite attentatoire à la *Charte* et de l'incidence de la violation sur les droits de l'accusé garantis par la *Charte* qui détermine si la balance penche en faveur de l'exclusion. Plus la conduite attentatoire de l'État est grave et plus l'incidence sur les droits garantis par la *Charte* est grande, plus l'exclusion sera justifiée. Lorsque ces deux questions, considérées ensemble, militent fortement en faveur de l'exclusion, l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond fera rarement, sinon jamais, pencher la balance en faveur de l'utilisation des éléments de preuve.

Dans l'appréciation de la première question — la gravité de la conduite attentatoire à la *Charte* —, pour que l'inconduite de la part de l'État soit excusée à titre de violation de droits garantis par ce texte commise de bonne foi (et, donc, de violation mineure), l'État doit démontrer que les policiers se sont conduits d'une manière compatible avec ce qu'ils croyaient subjectivement, raisonnablement et non négligemment être la loi. Dans la présente affaire, la bonne foi ne peut pas être attribuée à la conduite des agents de police en cause en l'espèce. Leurs propres témoignages indiquent clairement qu'ils comprenaient parfaitement les limites applicables quant à leur pouvoir d'entrer dans la cour arrière pour enquêter sur des personnes. Il s'agit d'une grave inconduite de la part de la police qui milite fortement en faveur d'une conclusion voulant que l'utilisation des éléments de preuve recueillis soit susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

The second line of inquiry — the impact on the *Charter*-protected interests of the accused — entails asking whether and to what extent, in the totality of the circumstances, the *Charter* breach actually undermined the interests protected by the right infringed. Here, when weighed against the absence of justification to investigate the young men at all, the impact of this police misconduct is heightened considerably. The discovery of the evidence was only possible because of the serious s. 9 breach in this case. This line of inquiry also strongly favours a finding that admission of the evidence in this case would bring the administration of justice into disrepute.

The third line of inquiry — society's interest in adjudication of the case on its merits — typically pulls toward inclusion of the evidence. Courts must be careful to dissociate themselves and their trial processes from the violation of longstanding constitutional norms reflected in the Court's *Charter* jurisprudence that has emphasized the importance of individuals' liberty interests. On balance, in this case, this line of inquiry provides support for admitting the highly reliable evidence.

In this case, in view of the application of the three *Grant* lines of inquiry, admission of the fruits of the police conduct would bring the administration of justice into disrepute, and as such, the evidence must be excluded.

Per Wagner C.J. and Moldaver J. (dissenting): The appeal should be dismissed. While the appellant was arbitrarily detained, resulting in a breach of his s. 9 *Charter* rights, admission of the evidence would not bring the administration of justice into disrepute.

The fundamental principles that govern the nature and scope of appellate review include the principle that fact finding is reserved to trial courts. The threshold for interfering with a trial judge's factual findings and findings of credibility is stringent. Appellate intervention is justified only where the trial judge has made a palpable and overriding error. Given that, before the Court, the appellant does not allege that any of the trial judge's findings of fact were tainted by palpable and overriding error or were unreasonable and there is no challenge to the trial judge's credibility assessment, the Court must perform its legal analysis based on the factual foundation laid by the trial judge. It would be inappropriate

Pour ce qui est de la deuxième question — l'incidence sur les droits de l'accusé garantis par la *Charte* —, il faut, eu égard à l'ensemble des circonstances, se demander si la violation de la *Charte* a effectivement porté atteinte aux intérêts protégés par le droit en cause et évaluer la portée réelle de l'atteinte en question. Dans la présente affaire, lorsque mise en balance avec l'absence totale de justification pour enquêter sur les jeunes hommes, l'incidence de l'inconduite policière en cause est considérablement accrue. La découverte des éléments de preuve n'a été possible qu'en raison de la violation grave de l'art. 9 commise en l'espèce. Cette question milite aussi fortement en faveur de la conclusion voulant que l'utilisation, en l'espèce, des éléments de preuve soit susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

La troisième question — l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond — milite habituellement en faveur de l'inclusion des éléments de preuve. Les tribunaux doivent prendre soin de se dissocier et de dissocier leur procédure de la violation de normes constitutionnelles de longue date dont fait état la jurisprudence de la Cour sur la *Charte*, jurisprudence qui a souligné l'importance du droit à la liberté individuelle. Tout bien considéré, dans la présente affaire, cette question milite en faveur de l'utilisation des éléments de preuve qui sont extrêmement fiables.

En l'espèce, après application des trois questions à analyser selon l'arrêt *Grant*, il est conclu que l'utilisation en preuve des fruits de la conduite policière est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, de sorte que les éléments de preuve doivent être exclus.

Le juge en chef Wagner et le juge Moldaver (dissidents) : Le pourvoi devrait être rejeté. Bien que l'appellant ait été mis en détention arbitraire, et que cette détention ait porté atteinte aux droits qui lui sont garantis par l'art. 9 de la *Charte*, l'admission des éléments de preuve ne déconsidérerait pas l'administration de la justice.

Les principes fondamentaux qui régissent la nature et l'étendue du contrôle en appel comprennent le principe voulant que l'appréciation des faits soit du seul ressort des tribunaux de première instance. Le seuil permettant à une cour d'appel de modifier les conclusions concernant les faits ou la crédibilité tirées par le juge du procès est rigoureux. L'intervention en appel n'est justifiée que si le juge du procès a commis une erreur manifeste et dominante. Étant donné que, devant la Cour, l'appellant n'a pas prétendu que les conclusions de fait du juge du procès étaient entachées d'une erreur manifeste et dominante, ou qu'elles étaient déraisonnables, et puisque l'appréciation de la crédibilité par le juge du procès en l'espèce n'est pas

for the Court to substitute its own findings for those of the trial judge.

The police entry into the backyard was unlawful. The police were trespassers from the moment they set foot on the property, given that the implied licence doctrine could not apply in the present case. This doctrine, which allows police officers and other members of the public, on lawful business, to enter onto private property and approach the door of the residence in order to speak with the owner or occupier, could not apply for the sole reason that the police could readily make contact with the potential owner/occupier from outside the property. Nonetheless, the trial judge's finding that the police had legitimate investigatory purposes for entering the backyard is entitled to deference. Even if the police were not justified in entering the backyard in order to investigate whether the young men were trespassers, two valid investigatory objectives remained: (1) to investigate whether any of the young men were a known suspect or knew the whereabouts of another known suspect; and (2) to investigate potential drug trafficking in relation to the property.

The appeal can be disposed of without finally deciding whether the unlawful entry by the police into the backyard resulted in a breach of the appellant's s. 8 *Charter* rights. That said, it is doubtful that the appellant's s. 8 argument could withstand scrutiny, as there is no compelling basis on which to conclude that his informational privacy interests were engaged to any significant degree, and the Court's decisions in *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, and *R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341, cast serious doubt on his territorial privacy argument. Even if it is assumed for the sake of argument that his s. 8 rights were breached, any such breach was both inadvertent and insignificant in terms of its impact, thereby making it inconsequential from a s. 24(2) perspective.

Section 9 of the *Charter* protects the right to be free from arbitrary detention or imprisonment. Detention under s. 9 refers to a suspension of the individual's liberty interest by a significant physical or psychological restraint. Whether a psychological detention has occurred is determined objectively, having regard to all the circumstances.

contestée, l'analyse factuelle à laquelle se livre la Cour doit reposer sur le fondement factuel énoncé par le juge du procès. Il ne serait pas approprié pour la Cour de substituer ses propres conclusions à celles du juge du procès.

L'entrée des policiers dans la cour arrière était illégale. Les policiers étaient des intrus dès lors qu'ils ont mis les pieds sur la propriété, puisque la théorie de l'autorisation implicite ne pouvait s'appliquer à la présente affaire. Cette théorie, qui permet aux policiers, et à tout membre du public, à des fins légitimes, d'entrer sur une propriété privée et de s'approcher de la porte de la résidence afin de communiquer avec le propriétaire ou l'occupant, ne pouvait trouver application pour la seule et unique raison que les policiers pouvaient facilement établir le contact avec le potentiel propriétaire ou occupant depuis l'extérieur de la propriété. Néanmoins, la conclusion du juge du procès selon laquelle les policiers poursuivaient des fins d'enquête légitimes lorsqu'ils sont entrés dans la cour arrière commande la déférence. Même s'il n'était pas justifié pour les policiers d'entrer dans la cour arrière dans le but de vérifier si les jeunes hommes étaient des intrus, deux objectifs d'enquête valides demeuraient : (1) vérifier si l'un des jeunes hommes était un suspect connu ou savait où se trouvait un autre suspect connu; et (2) enquêter sur de possibles activités de trafic de drogue en lien avec la propriété.

Le présent pourvoi peut être tranché sans qu'il soit nécessaire de décider définitivement si l'entrée illégale des policiers dans la cour arrière a porté atteinte aux droits garantis à l'appelant par l'art. 8 de la *Charte*. Cela étant, il y a lieu de douter que l'argument de l'appelant fondé sur l'art. 8 puisse résister à un examen, puisqu'aucun motif impérieux ne permet de conclure que le droit de l'appelant au respect du caractère privé de ses renseignements personnels était vraiment compromis et puisque les arrêts de la Cour dans les affaires *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, et *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341, jettent de sérieux doutes sur l'argument de ce dernier en matière de vie privée ayant trait aux lieux. Même si l'on présume, pour les besoins de la discussion, qu'il y a eu atteinte aux droits garantis par l'art. 8, celle-ci aurait été commise par inadvertance et son incidence aurait été négligeable, la rendant ainsi sans conséquence du point de vue du par. 24(2).

L'article 9 de la *Charte* protège le droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires. La détention au sens de l'art. 9 s'entend de la suspension du droit à la liberté d'une personne par suite d'une contrainte physique ou psychologique considérable. La question de savoir s'il y a eu mise en détention psychologique est

The onus is on the applicant to show that in the circumstances, he or she was effectively deprived of his or her liberty to choose whether to stay or leave. While the test is objective, the individual's particular circumstances and perceptions at the time may be relevant in determining whether a reasonable person in the circumstances would perceive himself or herself as not being free to go. The factors in determining whether and when a psychological detention has occurred include the circumstances giving rise to the encounter as they would reasonably be perceived by the individual, the nature of the police conduct, and the particular characteristics or circumstances of the individual where relevant. The determination of whether and when a detention has occurred based on a trial judge's underlying findings of fact is a question of law subject to the standard of correctness. In the present case, it is not disputed that a detention occurred; the question is one of timing.

Applying the relevant factors with a view to determining the point at which the appellant was detained, beginning with the circumstances giving rise to the encounter, the trial judge found that the police had at least two valid investigatory purposes; the police encounter in the backyard therefore took place in the context of a legitimate police investigation and the young men had no reason to believe otherwise. The trial judge's findings make clear that this was not a fishing expedition, and it is not open to an appellate court to substitute its views for the views of the trial judge according to what the appellate court thinks the evidence establishes. The interaction began with a series of general inquiries, rather than an attempt by the police to single out any particular individual for focused investigation. This militates against the conclusion that the detention was immediate.

Turning to the nature of the police conduct, the following principles expressed by the majority are endorsed: if it can be shown that the police conduct at issue was aggressive, then that would be a significant factor in the analysis; police conduct towards third parties can influence how a reasonable person in the claimant's shoes would perceive his or her own freedom of movement; the setting in which the police interaction takes place is a relevant consideration — in particular, a police intrusion into a private space may reasonably be perceived as communicating some measure of control over the occupants; the duration of the police encounter is a relevant consideration; and an unlawful police entry can generally be expected to have an intimidating effect and may therefore cause a reasonable

tranchée d'une manière objective eu égard à l'ensemble des circonstances. Il incombe au demandeur de démontrer que, dans les circonstances, il a effectivement été privé de sa liberté de choisir entre rester ou partir. Quoique ce test soit objectif, la situation particulière de la personne visée ainsi que ses perceptions au moment en cause peuvent être pertinentes lorsque vient le temps de juger si une personne raisonnable dans les circonstances estimerait qu'elle n'est pas libre de partir. Les facteurs permettant de juger si et quand il y a eu détention psychologique comprennent les circonstances à l'origine du contact avec les policiers telles que la personne en cause a dû raisonnablement les percevoir, la nature de la conduite des policiers et, selon leur pertinence, les caractéristiques ou la situation particulières de la personne. La question de savoir si et quand, à la lumière de conclusions de fait sous-jacentes tirées par le juge du procès, il y a eu détention est une question de droit assujettie à la norme de la décision correcte. Dans la présente affaire, nul ne conteste qu'il y a eu détention; la question porte sur le moment de la mise en détention.

Le juge du procès a utilisé les facteurs applicables afin d'établir le moment où l'appelant a été mis en détention, en commençant par les circonstances à l'origine du contact, et il a conclu que les policiers étaient motivés par au moins deux fins d'enquête valides; le contact avec les policiers dans la cour arrière a donc eu lieu dans le cadre d'une enquête policière légitime et les jeunes hommes n'avaient aucune raison de croire le contraire. Les conclusions du juge du procès établissent clairement qu'il ne s'agissait pas d'une expédition de pêche, et il ne revient pas à une cour d'appel de substituer son opinion à celle du juge de première instance en fonction de ce qu'elle pense que la preuve démontre. Au début de l'interaction, les policiers ont posé une série de questions d'ordre général plutôt que de tenter de viser une personne en particulier dans le cadre d'une enquête ciblée, ce qui milite contre la conclusion selon laquelle la mise en détention était immédiate.

En ce qui concerne la nature de la conduite des policiers, il y a accord avec les juges majoritaires concernant les principes suivants qu'ils énoncent : s'il est possible de démontrer que la police a adopté une conduite agressive, il s'agirait là d'un facteur important de l'analyse; la conduite des policiers envers les tiers peut influencer la perception qu'aurait une personne raisonnable dans la situation du demandeur de sa propre liberté de circulation; l'emplacement de l'interaction avec les policiers est une considération pertinente — en particulier, une intrusion policière dans un espace privé peut être raisonnablement perçue comme témoignant d'un certain contrôle sur les occupants —; la durée du contact avec les policiers est une considération pertinente; et une entrée illégale par

person to be less inclined to believe he or she is free to walk away.

In this case, the trial judge was presented with two strikingly different accounts of what occurred on the night in question. He accepted the account provided by the police and rejected that of the appellant and his friends. Thus, on the trial judge's findings, this was not a shakedown, an instance of racial profiling, or a mere fishing expedition. Rather, it was a legitimate investigation performed by the police, and there was no finding of bad faith. In concluding that the police were aggressive, that they were engaged in a fishing expedition, and that their conduct demonstrated that they were exerting dominion over the individuals in the backyard from the time of entry, the majority has recast the record in a manner that is inconsistent with the positive findings of fact that the trial judge made in favour of the police. It is not open to an appellate court to recharacterize police conduct based on its own appreciation of the evidence to arrive at its own view of how a reasonable person in the circumstances would perceive that conduct.

Turning to the particular characteristics and circumstances of the individual, there is agreement with the majority on a number of points, including the following: a person may experience a police interaction differently depending on his or her age, race, life experience, and other personal characteristics, and these factors should be taken into account in the s. 9 analysis; the judicially constructed reasonable person must reflect and respect racial diversity, as well as the broader state of relations between the police and various racial groups; credible reports, studies, and other materials on race relations may assist courts in understanding how racialized persons may experience police interactions differently, and while it is generally preferable that all relevant materials be placed before the trial judge and made the subject of submissions from the parties, courts may take judicial notice of such materials where the test set out in *R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458, is met; and a young person of small physical stature like the appellant may reasonably perceive a greater power imbalance vis-à-vis the police, as compared to how a larger, more mature person might perceive the situation.

les policiers est généralement susceptible d'avoir un effet intimidant et, par conséquent, une personne raisonnable peut être moins portée à croire qu'elle est libre de partir.

Dans la présente affaire, le juge du procès a entendu deux versions fort différentes de ce qui s'est passé durant la nuit en question. Il a accepté la version des policiers et rejeté celle de l'appelant et de ses amis. Par conséquent, selon les conclusions du juge du procès, les événements ne constituaient pas une fouille poussée, du profilage racial ou une simple expédition de pêche. Il s'agissait plutôt d'une enquête légitime menée par la police, et le juge n'a pas conclu à la présence de mauvaise foi. En arrivant à la conclusion que les policiers ont agi de façon agressive, qu'ils se sont livrés à une expédition de pêche et que leur conduite démontrait qu'ils exerçaient leur domination sur les personnes qui se trouvaient dans la cour arrière depuis qu'ils y étaient entrés, les juges majoritaires ont réinterprété le dossier du procès d'une façon qui est incompatible avec les conclusions de fait favorables aux policiers que le juge du procès a tirées. Il n'est pas possible pour les juges d'une cour d'appel de qualifier de nouveau la conduite des policiers en fonction de leur propre appréciation de la preuve afin de déterminer la façon dont, à leur avis, une personne raisonnable dans les circonstances percevrait la conduite en cause.

Pour ce qui est des caractéristiques et de la situation particulières de la personne, il y a accord avec les juges majoritaires concernant un certain nombre de points, notamment les suivants : les gens peuvent vivre une interaction avec les policiers différemment selon leur âge, leur race, leurs expériences passées et autres caractéristiques personnelles, et ces facteurs doivent jouer dans l'analyse fondée sur l'art. 9; lorsque les tribunaux se représentent la personne raisonnable, celle-ci doit refléter et respecter la diversité raciale en plus de témoigner, d'une manière plus générale, des rapports existants entre la police et divers groupes raciaux; les rapports, études et autres documents crédibles sur les relations interraciales peuvent aider les tribunaux à comprendre comment les personnes racialisées peuvent vivre différemment les interactions avec les policiers, et même s'il est généralement préférable que toute la documentation pertinente soit présentée au juge du procès et que les parties forment des observations à leur sujet, les tribunaux peuvent prendre connaissance d'office de ces documents lorsqu'il est satisfait au test énoncé dans l'arrêt *R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458; et une jeune personne de petite stature comme l'appelant peut raisonnablement percevoir un plus grand déséquilibre de pouvoir par rapport aux policiers qu'une personne plus mature au physique plus imposant.

The appellant is an Asian-Canadian man of slight build who was 20 years old at the time of the incident. The trial judge expressly anchored his analysis in the perspective of a reasonable person in the position of the appellant, and he took into account the visible minority status of the appellant and his friends. The appellant testified that he considered himself free to go until the police engaged him directly. The claimant's own perception of whether and when he or she was detained is not determinative, but it may be a relevant consideration. Here, the appellant's testimony suggests that a reasonable person in the circumstances would not have considered himself detained from the moment the police set foot in the backyard.

Finally, in determining the timing of the appellant's detention, the Court's decisions in *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, and *R. v. Suberu*, 2009 SCC 33, [2009] 2 S.C.R. 460, make clear that as a general rule, only when the police move from general questioning to focussed interrogation will a detention result. General neighbourhood policing and preliminary or exploratory questioning are generally insufficient to effect a detention. In the case at hand, at the initial stage of the interaction, the police officers were simply orienting themselves to the situation and engaging in pre-detention exploratory interaction. While it can be difficult to ascertain with any degree of certainty the point at which a psychological detention occurred, it could reasonably be said that the appellant was detained, at the earliest, when the third officer entered the backyard and directed one of the young men to keep his hands in front of him, an order which he complied with immediately. In all the circumstances, upon seeing this clear exercise of police authority and his friend's immediate compliance, it is realistic to conclude that a reasonable person in the appellant's circumstances would have considered himself effectively deprived of his liberty of choice, even though he did not consider himself to be detained at this point.

The detention in this case was arbitrary. At the moment when the appellant was detained, the police had not yet developed reasonable grounds to suspect he was armed — a prerequisite to a lawful investigative detention. This resulted in a breach of the appellant's s. 9 *Charter* rights. However, the arbitrary detention was momentary, lasting mere seconds before the police developed reasonable grounds to suspect the appellant was armed, thereby transforming the arbitrary detention into a lawful one.

L'appelant est un homme canadien d'origine asiatique et de petite carrure qui avait 20 ans au moment de l'incident. Le juge du procès a expressément fondé son analyse sur la perspective d'une personne raisonnable dans la situation de l'appelant et il a tenu compte du statut de minorité visible de l'appelant et de ses amis. L'appelant a témoigné qu'il s'estimait libre de partir jusqu'à ce que les policiers l'interpellent directement. La perception qu'a un demandeur quant à savoir si et quand il est mis en détention n'est pas déterminante, mais il peut s'agir d'une considération pertinente. En l'espèce, le témoignage de l'appelant donne à penser qu'une personne raisonnable dans les circonstances ne se serait pas sentie mise en détention dès l'entrée des policiers dans la cour arrière.

Enfin, lorsque vient le temps de déterminer le moment de la mise en détention de l'appelant, les décisions de la Cour dans les affaires *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, et *R. c. Suberu*, 2009 CSC 33, [2009] 2 R.C.S. 460, énoncent clairement que, suivant la règle générale, il ne sera question de détention que lorsque les policiers passent de questions d'ordre général à des questions plus ciblées. Les services de police communautaire et les interrogatoires de nature préliminaire ou exploratoire ne suffisent normalement pas pour conclure à la détention. En l'espèce, pendant les premiers moments de l'interaction, les policiers ne faisaient qu'essayer de comprendre la situation et ils se livraient à des contacts exploratoires antérieurs à la détention. Bien qu'il puisse s'avérer difficile de déterminer avec certitude le moment où se concrétise la détention psychologique, il est raisonnable d'affirmer que l'appelant ne pouvait être détenu avant que le troisième policier n'entre dans la cour arrière et n'ordonne à l'un des jeunes hommes de garder ses mains devant lui, ordre auquel ce dernier s'est conformé sur-le-champ. En toutes circonstances, il est réaliste de conclure qu'une personne raisonnable se trouvant dans la situation de l'appelant, qui aurait vu les policiers exercer si clairement leurs pouvoirs et son ami obtempérer immédiatement, se serait sentie effectivement privée de sa liberté de choix, et ce, même si l'appelant ne s'estimait pas détenu à ce moment.

La détention en l'espèce était arbitraire. Lorsque les policiers ont mis l'appelant en détention, ils n'avaient toujours pas de motifs raisonnables de soupçonner que ce dernier était armé, ce qui constitue pourtant une condition essentielle à la légalité d'une détention aux fins d'enquête. Il en a résulté une atteinte aux droits garantis à l'appelant par l'art. 9 de la *Charte*. Toutefois, la détention arbitraire n'a duré qu'un moment, soit quelques secondes à peine avant que les policiers ne possèdent des motifs raisonnables de croire que l'appelant était armé, faisant ainsi de la détention arbitraire une détention légale.

Since the conclusion on the *Charter* breach issues differs from that of the trial judge, a fresh s. 24(2) analysis must be undertaken, accepting the trial judge's underlying factual findings absent any suggestion that they were tainted by a palpable and overriding error. The first line of inquiry to be considered is the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct. This involves a consideration of whether admission of the evidence would send a message to the public that the courts, as institutions responsible for the administration of justice, effectively condone state deviation from the rule of law. The court must fix the police misconduct on a spectrum ranging from the minor and inadvertent to the wilful or reckless. As an appellate court, the Court cannot simply substitute its own view of the police conduct for that of the trial judge or recharacterize the evidence. Here, the trial judge concluded that there was no evidence suggesting that the officers were engaged in racial profiling. Nor were the police abusing their powers in any other manner. On the trial judge's findings, it is clear that any breach of the appellant's *Charter* rights was technical and inadvertent, and there was no finding of bad faith on the part of the police. Although the police trespassed, they did not do so wilfully or deliberately. Rather, the trespass was inadvertent and committed in the course of performing legitimate investigatory duties. The s. 9 breach was far from egregious. The seriousness of the *Charter*-infringing conduct falls on the low end of the spectrum. Admission of the evidence would not send the message that the justice system condones serious state misconduct.

The second line of inquiry focuses on the impact of the *Charter* breaches on the *Charter*-protected interests of the applicant. The impact of a *Charter* breach may range from fleeting and technical to profoundly intrusive. The more serious the impact, the greater the risk that admission of the evidence may signal to the public that *Charter* rights are of little avail, thereby bringing the administration of justice into disrepute. In addition, the discoverability of the evidence is a relevant consideration in assessing the impact on the individual's *Charter*-protected interests. The impact of the s. 9 breach on the appellant's liberty, dignity, bodily integrity, and autonomy was reduced in terms of its significance because the arbitrary detention was fleeting in duration, did not result in any physical detention, and

Comme la conclusion concernant les atteintes aux droits garantis par la *Charte* diffère de celle du juge du procès, il faut entreprendre une nouvelle analyse au regard du par. 24(2) tout en reconnaissant les conclusions de fait sous-jacentes du juge du procès, puisque rien ne donne à penser qu'elles sont entachées d'une erreur manifeste et dominante. La première question à analyser est celle de la gravité de la conduite attentatoire de l'État. Pour ce faire, il faut se demander si l'admission des éléments de preuve donnerait à penser que les tribunaux, en tant qu'institutions devant répondre de l'administration de la justice, tolèrent en fait les entorses de l'État au principe de la primauté du droit. Cet exercice exige du tribunal qu'il situe l'inconduite de l'État sur une échelle de gravité, allant des violations mineures et commises par inadvertance jusqu'aux violations délibérées. En tant que juridiction d'appel, la Cour ne peut pas simplement substituer sa propre appréciation de la conduite des policiers à celle du juge du procès ou qualifier de nouveau la preuve. En l'espèce, le juge du procès est arrivé à la conclusion qu'il n'existait pas de preuve donnant à penser que les policiers s'étaient livrés à du profilage racial, et que les policiers n'avaient par ailleurs d'aucune façon commis un abus de pouvoir. D'après les conclusions du juge du procès, il est évident que toute atteinte aux droits garantis à l'appellant par la *Charte* aurait été d'ordre technique et commise par inadvertance et rien ne permettait de conclure à la mauvaise foi des policiers. Même si les policiers ont commis une intrusion, ils ne l'ont pas fait de façon délibérée. Ils ont plutôt commis cette intrusion par inadvertance dans le cadre de leurs fonctions d'enquête légitimes. L'atteinte aux droits garantis par l'art. 9 était loin d'être extrême. La conduite attentatoire se trouve à l'extrémité la plus faible de l'éventail en ce qui concerne sa gravité. Admettre les éléments de preuve en l'espèce ne donnerait pas à penser que le système de justice tolère l'inconduite grave de la part de l'État.

La deuxième question à analyser porte essentiellement sur l'incidence des violations sur les droits garantis au demandeur par la *Charte*. L'effet d'une violation de la *Charte* peut être passager ou d'ordre simplement formel comme il peut être profondément attentatoire ou quelque part entre les deux. Plus l'incidence est marquée, plus l'admission des éléments de preuve est susceptible de donner à penser que les droits garantis par la *Charte* ne revêtent pas d'utilité réelle, ce qui déconsidérerait l'administration de la justice. De plus, la possibilité de découvrir la preuve est une considération pertinente lorsque vient le temps d'évaluer l'incidence de la violation sur les droits garantis à une personne par la *Charte*. Le fait pour l'atteinte aux droits garantis à l'appellant par l'art. 9 d'avoir été de courte

did not involve any aggressive or demeaning conduct on the part of the police. On the other hand, with respect to the discoverability of the evidence, the s. 9 breach set in motion a series of events that led to the discovery of the evidence. This is a consideration that must be weighed in the balance. However, that factor alone cannot be allowed to overwhelm the analysis and require near-automatic exclusion of the evidence. Moreover, the impact on the appellant's *Charter*-protected interests should be considered in light of the fact that no evidence was obtained during the momentary arbitrary detention; rather, it was discovered only after the police had the grounds needed to perform an investigative detention, and only after the appellant decided to run from the police. In light of all the circumstances, the impact on the appellant's *Charter*-protected interests was not so great as to clearly overwhelm competing considerations.

The third line of inquiry considers society's interest in the adjudication of the case on its merits. Society generally expects that a criminal allegation will be adjudicated on its merits, and it has a collective interest in ensuring that those who transgress the law are brought to trial and dealt with according to the law. The third *Grant* line of inquiry asks whether the truth-seeking function of the criminal trial process would be better served by admission of the evidence, or by its exclusion. The reliability of the evidence, its importance to the Crown's case, and the seriousness of the offences are all factors to be considered. Here, society's interest in the adjudication of the case on its merits is exceedingly high. The fact that a fully loaded, semi-automatic handgun is implicated is no minor consideration. It is essential to both the rule of law and the attainment of the rights enshrined in the *Charter* that Canadians feel safe and secure in their communities. The reality that many Canadians live under the constant threat of gun violence and the evils of drug trafficking and look to the police for protection must not be lost in the s. 24(2) analysis. The evidence in this case is real, reliable, and essential evidence of very serious criminal offences. Exclusion of the evidence would gut the Crown's case. This line of inquiry pulls strongly in favour of admission.

durée et de n'avoir ni donné lieu à une détention physique ni impliqué de conduite agressive ou avilissante de la part des policiers a diminué son incidence sur la liberté, la dignité humaine, l'intégrité corporelle et l'autonomie de l'appelant. En revanche, en ce qui concerne la possibilité de découvrir la preuve, la contravention à l'art. 9 a engendré une série d'événements ayant mené à la découverte de la preuve. Il s'agit d'une considération qui doit peser dans la balance. Cependant, on ne saurait permettre à ce seul critère de prendre toute la place dans l'analyse et de commander l'exclusion quasi automatique des éléments de preuve. Qui plus est, l'évaluation de l'incidence de la situation sur les droits de l'appelant garantis par la *Charte* doit tenir compte du fait que la police n'a obtenu aucune preuve durant la détention arbitraire momentanée; les éléments de preuve découverts l'ont été seulement après que la police eut développé les motifs requis pour effectuer une détention aux fins d'enquête et que l'appelant eut pris la fuite. Compte tenu de l'ensemble des circonstances, l'incidence sur les droits de l'appelant garantis par la *Charte* n'était pas importante au point de l'emporter clairement sur les autres considérations.

La troisième question à analyser se rapporte à l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond. La société s'attend généralement à ce que les accusations criminelles soient jugées au fond et elle a un intérêt à s'assurer que ceux qui transgressent la loi soient traduits en justice et traités selon la loi. La troisième question à analyser suivant l'arrêt *Grant* consiste à déterminer si la fonction de recherche de la vérité que remplit le procès criminel est mieux servie par l'utilisation ou par l'exclusion d'éléments de preuve. La fiabilité des éléments de preuve, leur importance pour la cause du ministère public et la gravité des infractions en cause constituent toutes des facteurs à prendre en compte. En l'espèce, l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond est extrêmement important. Que les circonstances de la présente affaire comprennent une arme à feu semi-automatique chargée n'est pas une considération mineure. Il est essentiel, tant pour la primauté du droit que la réalisation des droits consacrés par la *Charte*, que les Canadiens se sentent en sécurité dans leur collectivité. Dans une analyse fondée sur le par. 24(2), il ne faut pas oublier la réalité que bon nombre de Canadiens sont constamment menacés par la violence liée aux armes à feu et par le fléau du trafic de drogue et qu'ils se tournent vers les policiers pour être protégés. Il est question en l'espèce d'éléments de preuve matérielle et fiable qui sont essentiels à la preuve d'infractions criminelles très graves. Écarter les éléments de preuve reviendrait à anéantir la cause du ministère public. Cette question milite fortement en faveur de l'admission des éléments de preuve.

In this case, considering all the circumstances, it is clear what must be done to maintain the good repute of the administration of justice: the evidence must be admitted. Given that the seriousness of the *Charter*-infringing conduct falls on the low end of the spectrum and society's interest in an adjudication on the merits is exceedingly high, the impact on the appellant's *Charter*-protected interests is insufficient to tip the scale in favour of exclusion. The majority's approach does nothing to recognize that the three police officers, in the course of carrying out a legitimate investigation, put their lives on the line for the good of the community. The chambered bullet in the appellant's semi-automatic handgun could have ended the life of an innocent bystander or one of the police officers as they struggled to wrest control of the bag containing the weapon from the appellant. Reasonable and well-informed members of the public would regard a decision to exclude the evidence as intolerable.

Cases Cited

By Brown and Martin JJ.

Applied: *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; **referred to:** *R. v. Shepherd*, 2009 SCC 35, [2009] 2 S.C.R. 527; *Chromiak v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 471; *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59; *R. v. Suberu*, 2009 SCC 33, [2009] 2 S.C.R. 460; *R. v. MacMillan*, 2013 ONCA 109, 114 O.R. (3d) 506; *R. v. Wong*, 2015 ONCA 657, 127 O.R. (3d) 321; *R. v. Koczab*, 2013 MBCA 43, 294 Man. R. (2d) 24, rev'd 2014 SCC 9, [2014] 1 S.C.R. 138; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Bombardier Inc. (Bombardier Aerospace Training Center)*, 2015 SCC 39, [2015] 2 S.C.R. 789; *Peart v. Peel Regional Police Services Board* (2006), 43 C.R. (6th) 175; *R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458; *R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863; *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679; *R. v. Brown* (2003), 64 O.R. (3d) 161; *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8; *R. v. Mackenzie*, 2013 SCC 50, [2013] 3 S.C.R. 250; *R. v. O.(N.)*, 2009 ABCA 75, 2 Alta. L.R. (5th) 72; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Reeves*, 2018 SCC 56, [2018] 3 S.C.R. 531; *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. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *R. v. Paterson*, 2017 SCC 15, [2017] 1 S.C.R. 202; *R. v. Taylor*, 2014 SCC 50, [2014] 2 S.C.R. 495; *R. v. McGuffie*, 2016 ONCA 365, 131 O.R. (3d) 643; *R. v. Harrison*, 2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494; *R. v. Buhay*, 2003 SCC 30,

Dans la présente affaire, compte tenu de l'ensemble des circonstances, la mesure qui s'impose pour préserver la considération dont jouit l'administration de la justice est claire : les éléments de preuve doivent être admis. Comme la conduite attentatoire se trouve à l'extrémité la plus faible de l'éventail en ce qui concerne sa gravité, et comme l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond est extrêmement élevé, l'incidence de la conduite sur les droits garantis à l'appellant par la *Charte* ne suffit pas à faire pencher la balance en faveur de l'exclusion. L'approche retenue par les juges majoritaires ne reconnaît aucunement que les trois policiers, alors qu'ils menaient une enquête légitime, ont risqué leur vie pour le bien de la collectivité. L'arme à feu semi-automatique armée de l'appellant aurait pu mettre fin aux jours d'un simple témoin ou de l'un des policiers alors qu'ils cherchaient à prendre le contrôle du sac contenant l'arme de l'appellant. Les membres raisonnables et bien informés du public qualifieraient la décision d'écarter les éléments de preuve d'intolérable.

Jurisprudence

Citée par les juges Brown et Martin

Arrêt appliqué : *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; **arrêts mentionnés :** *R. c. Shepherd*, 2009 CSC 35, [2009] 2 R.C.S. 527; *Chromiak c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 471; *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59; *R. c. Suberu*, 2009 CSC 33, [2009] 2 R.C.S. 460; *R. c. MacMillan*, 2013 ONCA 109, 114 O.R. (3d) 506; *R. c. Wong*, 2015 ONCA 657, 127 O.R. (3d) 321; *R. c. Koczab*, 2013 MBCA 43, 294 Man. R. (2d) 24, inf. par 2014 CSC 9, [2014] 1 R.C.S. 138; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, 2015 CSC 39, [2015] 2 R.C.S. 789; *Peart c. Peel Regional Police Services Board* (2006), 43 C.R. (6th) 175; *R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458; *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863; *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679; *R. c. Brown* (2003), 64 O.R. (3d) 161; *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8; *R. c. Mackenzie*, 2013 CSC 50, [2013] 3 R.C.S. 250; *R. c. O.(N.)*, 2009 ABCA 75, 2 Alta. L.R. (5th) 72; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Reeves*, 2018 CSC 56, [2018] 3 R.C.S. 531; *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. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *R. c. Paterson*, 2017 CSC 15, [2017] 1 R.C.S. 202; *R. c. Taylor*, 2014 CSC 50, [2014] 2 R.C.S. 495; *R. c. McGuffie*, 2016 ONCA 365, 131 O.R. (3d) 643; *R. c.*

[2003] 1 S.C.R. 631; *R. v. Washington*, 2007 BCCA 540, 248 B.C.A.C. 65; *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903; *Dorset Yacht Co. Ltd. v. Home Office*, [1970] 2 All E.R. 294.

By Moldaver J. (dissenting)

R. v. Edwards, [1996] 1 S.C.R. 128; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Suberu*, 2009 SCC 33, [2009] 2 S.C.R. 460; *R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341; *Stein v. The Ship “Kathy K”*, [1976] 2 S.C.R. 802; *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2; *Lensen v. Lensen*, [1987] 2 S.C.R. 672; *Geffen v. Goodman Estate*, [1991] 2 S.C.R. 353; *Toneguzzo-Norvell (Guardian ad litem of) v. Burnaby Hospital*, [1994] 1 S.C.R. 114; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254; *Ryan v. Victoria (City)*, [1999] 1 S.C.R. 201; *Ingles v. Tutkaluk Construction Ltd.*, 2000 SCC 12, [2000] 1 S.C.R. 201; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *R. v. Clark*, 2005 SCC 2, [2005] 1 S.C.R. 6; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401; *R. v. Beaudry*, 2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190; *R. v. R.P.*, 2012 SCC 22, [2012] 1 S.C.R. 746; *Underwood v. Ocean City Realty Ltd.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 199; *Anderson v. Bessemer City*, 470 U.S. 564 (1985); *R. v. Gagnon*, 2006 SCC 17, [2006] 1 S.C.R. 621; *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8; *R. v. MacDonald*, 2014 SCC 3, [2014] 1 S.C.R. 37; *Robson v. Hallett*, [1967] 2 All E.R. 407; *R. v. Bushman*, [1968] 4 C.C.C. 17; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34; *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20; *R. v. Marakah*, 2017 SCC 59, [2017] 2 S.C.R. 608; *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59; *R. v. Clayton*, 2007 SCC 32, [2007] 2 S.C.R. 725; *R. v. Reid*, 2019 ONCA 32; *R. v. Turcotte*, 2005 SCC 50, [2005] 2 S.C.R. 519; *R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458; *R. v. N.B.*, 2018 ONCA 556, 362 C.C.C. (3d) 302; *R. v. François*, [1994] 2 S.C.R. 827; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980; *R. v. Wittwer*, 2008 SCC 33, [2008] 2 S.C.R. 235; *R. v. Harrison*, 2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494; *R. v. Kitaitchik* (2002), 161 O.A.C. 169; *R. v. Côté*, 2011 SCC 46, [2011] 3 S.C.R. 215; *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; *R. v. Chan*, 2013 ABCA 385, 561 A.R. 347.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8, 9, 24.

Harrison, 2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494; *R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631; *R. c. Washington*, 2007 BCCA 540, 248 B.C.A.C. 65; *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903; *Dorset Yacht Co. Ltd. c. Home Office*, [1970] 2 All E.R. 294.

Citée par le juge Moldaver (dissent)

R. c. Edwards, [1996] 1 R.C.S. 128; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Suberu*, 2009 CSC 33, [2009] 2 R.C.S. 460; *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341; *Stein c. Le navire « Kathy K »*, [1976] 2 R.C.S. 802; *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2; *Lensen c. Lensen*, [1987] 2 R.C.S. 672; *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353; *Toneguzzo-Norvell (Tutrice à l’instance de) c. Burnaby Hospital*, [1994] 1 R.C.S. 114; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254; *Ryan c. Victoria (Ville)*, [1999] 1 R.C.S. 201; *Ingles c. Tutkaluk Construction Ltd.*, 2000 CSC 12, [2000] 1 R.C.S. 201; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *R. c. Clark*, 2005 CSC 2, [2005] 1 R.C.S. 6; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401; *R. c. Beaudry*, 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190; *R. c. R.P.*, 2012 CSC 22, [2012] 1 R.C.S. 746; *Underwood c. Ocean City Realty Ltd.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 199; *Anderson c. Bessemer City*, 470 U.S. 564 (1985); *R. c. Gagnon*, 2006 CSC 17, [2006] 1 R.C.S. 621; *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8; *R. c. MacDonald*, 2014 CSC 3, [2014] 1 R.C.S. 37; *Robson c. Hallett*, [1967] 2 All E.R. 407; *R. c. Bushman*, [1968] 4 C.C.C. 17; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34; *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20; *R. c. Marakah*, 2017 CSC 59, [2017] 2 R.C.S. 608; *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59; *R. c. Clayton*, 2007 CSC 32, [2007] 2 R.C.S. 725; *R. c. Reid*, 2019 ONCA 32; *R. c. Turcotte*, 2005 CSC 50, [2005] 2 R.C.S. 519; *R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458; *R. c. N.B.*, 2018 ONCA 556, 362 C.C.C. (3d) 302; *R. c. François*, [1994] 2 R.C.S. 827; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980; *R. c. Wittwer*, 2008 CSC 33, [2008] 2 R.C.S. 235; *R. c. Harrison*, 2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494; *R. c. Kitaitchik* (2002), 161 O.A.C. 169; *R. c. Côté*, 2011 CSC 46, [2011] 3 R.C.S. 215; *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; *R. c. Chan*, 2013 ABCA 385, 561 A.R. 347.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8, 9, 24.

Collection of Identifying Information in Certain Circumstances — Prohibition and Duties, O. Reg. 58/16.
Trespass to Property Act, R.S.O. 1990, c. T.21, s. 9.

Authors Cited

- Brougham, Henry. *Historical Sketches of Statesmen Who Flourished in the Time of George III*, vol. I. London/Glasgow: Richard Griffin and Company, 1855.
- Fitzgerald, Robin T., and Peter J. Carrington. “Disproportionate Minority Contact in Canada: Police and Visible Minority Youth” (2011), 53 *CJCCJ* 449.
- Morgan, Edmund M. “Judicial Notice” (1944), 57 *Harv. L. Rev.* 269.
- Nichols, Naomi. “The Social Organization of Access to Justice for Youth in ‘Unsafe’ Urban Neighbourhoods” (2018), 27 *Soc. & Legal Stud.* 79.
- Ontario. Ontario Human Rights Commission. *A Collective Impact: Interim report on the inquiry into racial profiling and racial discrimination of Black persons by the Toronto Police Service*. The Commission, November 2018.
- Ontario. Ontario Human Rights Commission. Inquiry Report. *Paying the Price: The Human Cost of Racial Profiling* (2003) (online: http://www.ohrc.on.ca/sites/default/files/attachments/Paying_the_price%3A_The_human_cost_of_racial_profiling.pdf; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC34_1_eng.pdf).
- Ontario. Ontario Human Rights Commission. *Under Suspicion: Research and Consultation Report on Racial Profiling in Ontario*. The Commission, April 2017.
- Ontario. Race Relations and Policing Task Force. *The Report of the Race Relations and Policing Task Force*. Toronto, 1989.
- Ottawa Police Service. *Racial Profiling*, Policy No. 5.39 (June 27, 2011) (online: https://www.ottawapolice.ca/en/news-and-community/resources/racial_profiling_policy27jun11_finalpdf.pdf; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC34_2_eng.pdf).
- Penney, Steven, Vincenzo Rondinelli and James Stribopoulos. *Criminal Procedure in Canada*, 2nd ed. Toronto: LexisNexis, 2018.
- Seligman, Martin E. P. “Learned Helplessness” (1972), 23 *Annu. Rev. Med.* 407.
- Stribopoulos, James. “The Forgotten Right: Section 9 of the Charter, Its Purpose and Meaning” (2008), 40 *S.C.L.R.* (2d) 211.
- Tanovich, David M. “Applying the Racial Profiling Correspondence Test” (2017), 64 *C.L.Q.* 359.

Collecte de renseignements identificatoires dans certaines circonstances — Interdiction et obligations, Règl. de l’Ont. 58/16.

Loi sur l’entrée sans autorisation, L.R.O. 1990, c. T.21, art. 9.

Doctrine et autres documents cités

- Brougham, Henry. *Historical Sketches of Statesmen Who Flourished in the Time of George III*, vol. I, London/Glasgow, Richard Griffin and Company, 1855.
- Fitzgerald, Robin T., and Peter J. Carrington. « Disproportionate Minority Contact in Canada : Police and Visible Minority Youth » (2011), 53 *RCCJP* 449.
- Morgan, Edmund M. « Judicial Notice » (1944), 57 *Harv. L. Rev.* 269.
- Nichols, Naomi. « The Social Organization of Access to Justice for Youth in “Unsafe” Urban Neighbourhoods » (2018), 27 *Soc. & Legal Stud.* 79.
- Ontario. Commission ontarienne des droits de la personne. *Pris à partie : Rapport de recherche et de consultation sur le profilage racial en Ontario*, La Commission, avril 2017.
- Ontario. Commission ontarienne des droits de la personne. Rapport d’enquête. *Un prix à payer : Les coûts humains du profilage racial* (2003) (en ligne : http://www.ohrc.on.ca/sites/default/files/attachments/Paying_the_price%3A_The_human_cost_of_racial_profiling_fr.pdf; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC34_1_fra.pdf).
- Ontario. Commission ontarienne des droits de la personne. *Un impact collectif : Rapport provisoire relatif à l’enquête sur le profilage racial et la discrimination envers les personnes noires au sein du service de police de Toronto*, La Commission, novembre 2018.
- Ontario. Groupe d’études entre la police et les minorités raciales. *The Report of the Race Relations and Policing Task Force*, Toronto, 1989.
- Ottawa Police Service. *Racial Profiling*, Policy No. 5.39 (27 juin 2011) (en ligne : https://www.ottawapolice.ca/en/news-and-community/resources/racial_profiling_policy27jun11_finalpdf.pdf; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC34_2_eng.pdf).
- Penney, Steven, Vincenzo Rondinelli and James Stribopoulos. *Criminal Procedure in Canada*, 2nd ed., Toronto, LexisNexis, 2018.
- Seligman, Martin E. P. « Learned Helplessness » (1972), 23 *Annu. Rev. Med.* 407.
- Stribopoulos, James. « The Forgotten Right : Section 9 of the Charter, Its Purpose and Meaning » (2008), 40 *S.C.L.R.* (2d) 211.
- Tanovich, David M. « Applying the Racial Profiling Correspondence Test » (2017), 64 *C.L.Q.* 359.

Tulloch, Michael. H. *Report of the Independent Street Checks Review*. Toronto: Queen's Printer for Ontario, 2018.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Lauwers and Brown JJ.A.), 2018 ONCA 56, 360 C.C.C. (3d) 324, 402 C.R.R. (2d) 309, [2018] O.J. No. 359 (QL), 2018 CarswellOnt 756 (WL Can.), affirming a decision of Campbell J., 2014 ONSC 2033, [2014] O.J. No. 1515 (QL), 2014 CarswellOnt 4078 (WL Can.). Appeal allowed, Wagner C.J. and Moldaver J. dissenting.

Emily Lam and Samara Secter, for the appellant.

Sandy Tse and Amy Rose, for the respondent.

Janna A. Hyman and Carole Sheppard, for the intervener the Director of Public Prosecutions.

Jonathan Dawe and Sherif M. Foda, for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Faisal Mirza, for the intervener the Canadian Muslim Lawyers Association.

Written submissions only by *Byron Williams, Allison Fenske and Dayna Steinfeld*, for the interveners Canada Without Poverty, the Canadian Mental Health Association, Manitoba and Winnipeg, Aboriginal Council of Winnipeg, Inc., and End Homelessness Winnipeg Inc.

Gerald Chan and Lindsay Board, for the interveners the Federation of Asian Canadian Lawyers and the Chinese and Southeast Asian Legal Clinic.

Kate Robertson, Danielle Glatt and Sean Lewis, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Tina Lie, for the intervener the Scadding Court Community Centre.

Written submissions only by *Mary Birdsell and Jane Stewart*, for the intervener Justice for Children and Youth.

Tulloch, Michael. H. *Rapport de l'examen indépendant des contrôles de routine*, Toronto, Imprimeur de la Reine pour l'Ontario, 2018.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, Lauwers et Brown), 2018 ONCA 56, 360 C.C.C. (3d) 324, 402 C.R.R. (2d) 309, [2018] O.J. No. 359 (QL), 2018 CarswellOnt 756 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Campbell, 2014 ONSC 2033, [2014] O.J. No. 1515 (QL), 2014 CarswellOnt 4078 (WL Can.). Pourvoi accueilli, le juge en chef Wagner et le juge Moldaver sont dissidents.

Emily Lam et Samara Secter, pour l'appellant.

Sandy Tse et Amy Rose, pour l'intimée.

Janna A. Hyman et Carole Sheppard, pour l'intervenante la directrice des poursuites pénales.

Jonathan Dawe et Sherif M. Foda, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Faisal Mirza, pour l'intervenante l'Association canadienne des avocats musulmans.

Argumentation écrite seulement par *Byron Williams, Allison Fenske et Dayna Steinfeld*, pour les intervenants Canada sans pauvreté, l'Association canadienne pour la santé mentale, Manitoba et Winnipeg, Aboriginal Council of Winnipeg, Inc., et End Homelessness Winnipeg Inc.

Gerald Chan et Lindsay Board, pour les intervenantes Federation of Asian Canadian Lawyers et Chinese and Southeast Asian Legal Clinic.

Kate Robertson, Danielle Glatt et Sean Lewis, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Tina Lie, pour l'intervenant Scadding Court Community Centre.

Argumentation écrite seulement par *Mary Birdsell et Jane Stewart*, pour l'intervenante Justice for Children and Youth.

Written submissions only by *Julian N. Falconer* and *Anthony N. Morgan*, for the intervener the Urban Alliance on Race Relations.

The judgment of Karakatsanis, Brown and Martin JJ. was delivered by

BROWN AND MARTIN JJ. —

I. Introduction

[1] One evening, three police officers noticed four Black men and one Asian man in the backyard of a townhouse at a Toronto housing co-operative. The young men appeared to be doing nothing wrong. They were just talking. The backyard was small and was enclosed by a waist-high fence. Without a warrant, or consent, or any warning to the young men, two officers entered the backyard and immediately questioned the young men about “what was going on, who they were, and whether any of them lived there” (2014 ONSC 2033, at para. 17 (CanLII) (“TJR”)). They also required the young men to produce documentary proof of their identities. Meanwhile, the third officer patrolled the perimeter of the property, stepped over the fence and yelled at one young man to keep his hands where the officer could see them. Another officer issued the same order.

[2] The officer questioning the appellant, Tom Le, demanded that he produce identification. Mr. Le responded that he did not have any with him. The officer then asked him what was in the satchel he was carrying. At that point, Mr. Le fled, was pursued and arrested, and found to be in possession of a firearm, drugs and cash. At trial, he sought the exclusion of this evidence under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (“*Charter*”) on the basis that the police had infringed his constitutional rights to be free from unreasonable search and seizure and from arbitrary detention, contrary to ss. 8 and 9 of the *Charter*.

Argumentation écrite seulement par *Julian N. Falconer* et *Anthony N. Morgan*, pour l’intervenante l’Alliance urbaine sur les relations interraciales.

Version française du jugement des juges Karakatsanis, Brown et Martin rendu par

LES JUGES BROWN ET MARTIN —

I. Introduction

[1] Un soir, trois policiers ont remarqué la présence de quatre hommes de race noire et d’un homme asiatique dans la cour arrière d’une maison en rangée qui faisait partie d’une coopérative d’habitation de Toronto. Les jeunes hommes semblaient ne rien faire de mal. Ils étaient juste en train de bavarder. La cour arrière était petite et entourée d’une clôture qui arrivait à la taille. Sans être munis d’un mandat, sans obtenir de consentement et sans s’annoncer, deux policiers sont entrés dans la cour arrière et ont immédiatement interrogé les jeunes hommes en leur demandant [TRADUCTION] « ce qu’ils faisaient, qui ils étaient et si l’un d’eux habitait dans l’immeuble » (2014 ONSC 2033, par. 17 (CanLII) (« motifs du juge du procès »)). Ils les ont également invités à présenter des pièces d’identité. Pendant ce temps, le troisième policier a patrouillé dans le périmètre de la propriété, a enjambé la clôture et a crié à l’un des jeunes de garder ses mains bien en vue. L’un des deux autres policiers a donné le même ordre.

[2] Le policier ayant interpellé l’appelant, Tom Le, a ordonné à celui-ci de présenter une pièce d’identité. M. Le a répondu qu’il n’en avait pas en sa possession. Le policier s’est alors enquis du contenu du sac qu’il portait. À ce moment-là, M. Le a pris la fuite. Il a été poursuivi et arrêté, et a été trouvé en possession d’une arme à feu, de drogues et d’argent comptant. Au procès, il a demandé l’exclusion de ces éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (« *Charte* »), au motif que les policiers avaient porté atteinte à ses droits constitutionnels d’être protégé contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives, et contre la détention arbitraire, droits garantis par les art. 8 et 9 de ce même texte.

[3] In convicting Mr. Le, the trial judge held that he lacked standing to advance a s. 8 claim, there being no objective reasonableness to any subjective expectation of privacy that he might harbour as “a mere transient guest” (TJR, at para. 81). As to s. 9, the trial judge held that, while Mr. Le was detained when he was asked about the contents of his satchel, the detention was not arbitrary as the police had reasonable grounds to suspect he was armed. A majority at the Court of Appeal for Ontario agreed, accepting that, had it found breaches, it would not have excluded the evidence as any breach would have been “technical, inadvertent, and made in good faith” (2018 ONCA 56, 360 C.C.C. (3d) 324, at para. 76, quoting TJR, at para. 106). In dissent, Lauwers J.A. would have found Mr. Le’s ss. 8 and 9 rights were breached and he would have excluded the evidence under s. 24(2).

[4] This appeal, therefore, presents several issues: (1) whether this encounter between the police and Mr. Le infringed his right to be free from arbitrary detention; and (2) whether an invited houseguest enjoys a reasonable expectation of privacy while on the host’s premises. Further, depending on its determination of each of these issues, the Court may have to consider whether the admission of the evidence obtained as a result of the police conduct in this case would bring the administration of justice into disrepute warranting its exclusion under s. 24(2) of the *Charter*.

[5] We are content to dispose of this matter on s. 9 grounds. For the reasons that follow, the circumstances of the police entry into the backyard effected a detention that was both immediate and arbitrary. This was serious *Charter*-infringing police misconduct, with a correspondingly high impact on Mr. Le’s protected interests. Indeed, it was precisely this sort of police conduct that the *Charter* was intended to abolish. On balance, the admission of the evidence

[3] En déclarant M. Le coupable, le juge du procès a conclu que celui-ci n’avait pas qualité pour faire valoir une demande fondée sur l’art. 8, car l’attente subjective en matière de respect de la vie privée qu’il pouvait nourrir comme [TRADUCTION] « simple invité de passage » (motifs du juge du procès, par. 81) n’était pas objectivement raisonnable. En ce qui concerne la garantie que prévoit l’art. 9, le juge du procès a déclaré que, bien que M. Le ait été détenu lorsqu’il a été interrogé au sujet du contenu de son sac, sa détention n’était pas arbitraire, car les policiers avaient des motifs raisonnables de soupçonner qu’il était armé. Les juges majoritaires de la Cour d’appel de l’Ontario se sont rangés à cet avis et ont reconnu que, s’ils avaient relevé une quelconque violation, ils n’auraient pas écarté les éléments de preuve, car celle-ci était [TRADUCTION] « d’ordre technique, commise par inadvertance et de bonne foi » (2018 ONCA 56, 360 C.C.C. (3d) 324, par. 76, citant les motifs du juge du procès, par. 106). Dissident, le juge Lauwers aurait conclu à la violation des droits garantis à M. Le par les art. 8 et 9 et aurait écarté les éléments de preuve en application du par. 24(2).

[4] Le présent pourvoi soulève donc plusieurs questions, à savoir : (1) si le contact entre les policiers et M. Le a violé le droit de celui-ci à la protection contre la détention arbitraire, et (2) si un invité peut raisonnablement s’attendre au respect de sa vie privée alors qu’il se trouve au domicile de son hôte. En outre, selon l’issue de chacune de ces questions, la Cour peut être appelée à déterminer si l’utilisation des éléments de preuve obtenus par suite de la conduite des policiers dans la présente affaire est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice, justifiant ainsi leur exclusion en application du par. 24(2) de la *Charte*.

[5] Pour trancher le présent pourvoi, nous considérons qu’il suffit de statuer sur le moyen fondé sur l’art. 9. Pour les motifs qui suivent, les circonstances entourant l’entrée des policiers dans la cour arrière correspondaient à une mise en détention à la fois immédiate et arbitraire. Il s’agissait d’une inconduite policière grave portant atteinte à la *Charte* et ayant une incidence marquée sur les droits protégés de M. Le. En fait, c’est précisément ce type de

would, in our view, bring the administration of justice into disrepute. We would, therefore, allow the appeal, exclude the evidence seized from Mr. Le, set aside his convictions and enter acquittals.

II. Overview of Facts

[6] At approximately 10:40 p.m. on May 25, 2012, five young men, including the 20-year-old appellant and his host L.D., gathered together in the backyard of L.D.'s townhouse, which is part of a Toronto housing co-operative ("L.D. townhouse"). Three police officers — Csts. Teatero, Reid and O'Toole — entered the backyard after the following sequence of events.

[7] Cst. Teatero was speaking with the security guards who patrol the housing co-operative about a specific individual, N.D.-J. He showed the security guards a picture of N.D.-J., asked them if they had seen him at their housing co-operative, and was told that they had not. Cst. Teatero testified that this meant his presence at the housing co-operative was no longer required for that purpose (A.R., vol. I, at p. 193).

[8] The security guards, however, volunteered two pieces of information. First, that an unrelated individual, J.J., had been seen at the back of the L.D. townhouse days or weeks earlier (A.R., vol. III, at p. 16). Secondly, that the L.D. townhouse was, in one of the security guard's opinion, a "problem address", because "there were concerns of drug trafficking in the rear yard" (TJR, at para. 11).

[9] Towards the conclusion of this conversation, Cst. Teatero was joined by two other officers — Csts. Reid and O'Toole — and they decided to go together to the rear of the L.D. townhouse. There, they observed five young men, including Mr. Le, in a small backyard. As they approached, they observed

conduite policière que la *Charte* visait à abolir. Tout bien considéré, nous estimons que l'utilisation des éléments de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Nous sommes donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'exclure les éléments de preuve saisis de M. Le, d'annuler les déclarations de culpabilité prononcées contre celui-ci et de prononcer des verdicts d'acquiescement.

II. Aperçu des faits

[6] Le 25 mai 2012, vers 22 h 40, cinq jeunes hommes, dont l'appelant qui était alors âgé de 20 ans et L.D., son hôte, se trouvaient dans la cour arrière de la maison en rangée de ce dernier, qui faisait partie d'une coopérative d'habitation de Toronto (« maison en rangée de L.D. »). Trois policiers — les agents Teatero, Reid et O'Toole — sont entrés dans la cour arrière à la suite de la séquence d'événements suivante.

[7] L'agent Teatero parlait d'une personne précise, N.D.-J., avec les gardiens de sécurité qui assuraient la surveillance dans la coopérative d'habitation. Il leur a montré une photo de celle-ci en leur demandant s'ils l'avaient déjà vue sur le site de la coopérative d'habitation, mais la réponse a été négative. Selon le témoignage de l'agent Teatero, il n'était donc plus nécessaire qu'il demeure sur les lieux à cette fin (d.a., vol. I, p. 193).

[8] Cependant, les gardiens de sécurité lui ont fourni spontanément deux autres renseignements. Premièrement, une autre personne, J.J., avait été aperçue derrière la maison en rangée de L.D. quelques jours ou quelques semaines auparavant (d.a., vol. III, p. 16). Deuxièmement, la maison en rangée de L.D. constituait, selon l'un des gardiens de sécurité, un [TRADUCTION] « endroit problématique », en raison de « soupçons de trafic de drogue dans la cour arrière » (motifs du juge du procès, par. 11).

[9] Vers la fin de cette conversation, l'agent Teatero a été rejoint par deux autres collègues, les agents Reid et O'Toole, et les trois policiers ont décidé de se rendre ensemble à l'arrière de la maison en rangée de L.D. Une fois sur place, ils ont remarqué la présence de cinq jeunes hommes, dont M. Le, dans une

the young men who “appeared to be doing nothing wrong. They were just talking” (TJR, at para. 16). They also observed that a fence, which was described by the trial judge as “a waist-high wooden fence” (para. 14), surrounded the backyard. The fence had an opening that allowed ingress into the backyard and then into the house. While the officers testified in a way that minimized the stature of the fence (calling it a “little two-foot fenc[e]” or a “little mini fence” (A.R., vol. I, at p. 196)), each acknowledged its significance. That is, all officers understood the backyard was private property that was part of a private residence and was not public property or a common area to the co-op (for Cst. Teatero, see A.R., vol. I, at p. 196; for Cst. Reid, see A.R., vol. III, at p. 45; for Cst. O’Toole, see A.R., vol. III, at p. 164).

[10] Nonetheless, without warning by way of gesture or communication to the backyard occupants, Csts. Reid and Teatero simply entered the backyard through the opening in the fence. Cst. Teatero asked them “what was going on, who they were, and whether any of them lived there”. Cst. Reid engaged in a similar line of questioning. Each of the young men were asked to produce identification. This common police practice of asking individuals who they are and demanding proof of their identities for no apparent reason has its own name. It is known as “carding” (Justice M. H. Tulloch, *Report of the Independent Street Checks Review* (2018), at p. xi).

[11] Rather than follow Csts. Reid and Teatero into the backyard, Cst. O’Toole initially patrolled the length of the fence to get a “better angle and better view of everybody” (A.R., vol. III, at p. 135). He testified that a few moments later he stepped over the fence to enter the backyard (A.R., vol. II, at p. 67). Cst. Reid thought he may have been patrolling the fence line for “officer safety . . . to keep

petite cour arrière. Pendant qu’ils s’approchaient, ils ont observé les jeunes hommes en question qui [TRADUCTION] « semblaient ne rien faire de mal. Ils étaient juste en train de bavarder » (motifs du juge du procès, par. 16). Ils ont aussi remarqué que la cour arrière était délimitée par, selon la description du juge du procès, une « clôture en bois à hauteur de la taille » (par. 14). La clôture était munie d’une ouverture qui permettait d’entrer dans la cour arrière et ensuite dans la maison. Bien que les agents aient témoigné de manière à réduire le plus possible la hauteur de la clôture (en qualifiant celle-ci de [TRADUCTION] « petit[e] clôtur[e] de deux pieds » ou de « mini-clôture » (d.a., vol. I, p. 196)), chacun d’eux a reconnu son importance. Ainsi, chaque agent comprenait que la cour arrière constituait une propriété privée, faisant partie d’une résidence privée, qui n’appartenait donc pas au domaine public ni au terrain commun de la coopérative (pour l’agent Teatero, voir d.a., vol. I, p. 196, pour l’agent Reid, voir d.a., vol. III, p. 45, et pour l’agent O’Toole, voir d.a., vol. III, p. 164).

[10] Néanmoins, sans s’annoncer, en esquissant un geste ou en communiquant avec les occupants de la cour arrière, les agents Reid et Teatero sont tout simplement entrés dans celle-ci en traversant l’ouverture de la clôture. L’agent Teatero leur a demandé [TRADUCTION] « ce qu’ils faisaient, qui ils étaient et si l’un d’eux habitait dans l’immeuble ». L’agent Reid a posé des questions similaires. Chacun des jeunes hommes a été invité à présenter une pièce d’identité. Cette pratique policière courante qui consiste à demander à des personnes, sans raison apparente, de dire qui elles sont et de présenter une pièce d’identité est connue sous le nom de « fichage » (le juge M. H. Tulloch, *Rapport de l’examen indépendant des contrôles de routine* (2018), p. xii-xiii).

[11] Au lieu de suivre les agents Reid et Teatero dans la cour arrière, l’agent O’Toole a d’abord patrouillé tout le long de la clôture afin de [TRADUCTION] « mieux voir tout le monde » (d.a., vol. III, p. 135). Il a témoigné que, quelques instants plus tard, il a enjambé la clôture pour entrer dans la cour arrière (d.a., vol. II, p. 67). L’agent Reid a pensé qu’il patrouillait peut-être le long de la clôture en

a view of both [constables] and . . . the males [being] investigat[ed]” (A.R., vol. III, at p. 80) and agreed in cross-examination that Cst. O’Toole jumped over the fence when he entered the backyard (A.R., vol. III, at p. 81).

[12] Once inside the backyard, Cst. O’ Toole noticed one of the men sitting on a couch with his hands behind his back. He directed the young man to “put his hands in front of him, and th[e] individual immediately complied” (TJR, at para. 19).

[13] Indeed, Cst. Teatero testified that Cst. O’Toole “yelled at him too to keep his — keep his hands where he can see them” (A.R., vol. I, at p. 230). Cst. O’Toole was not the only one who ordered the young man to keep his hands visible. Cst. Teatero also did so.

[14] At this point, Cst. O’Toole went towards the rear door of the house to question Mr. Le and his friend. After carding Mr. Le’s friend (who provided identification), Cst. O’Toole noticed that Mr. Le had a satchel slung across his body and that he appeared nervous, and “bladed” away from him (blading is a term of art used by police to refer to when they believe persons are angling their bodies in such a way as to conceal something — such as, in this case, the satchel). Cst. O’Toole demanded identification from Mr. Le (who responded that he did not have any). When asked by Cst. O’Toole what was in the satchel, Mr. Le fled. Csts. O’Toole and Reid pursued, caught and arrested him on a nearby street. After the arrest, Mr. Le and his bag were searched, which led to the discovery of a loaded firearm and cash. Later, while being searched at the police station, he handed the police 13 grams of cocaine that he had in his possession.

[15] Mr. Le was charged with 10 offences including the unlawful possession of a gun, cocaine for the purposes of trafficking, and proceeds of crime. He pleaded not guilty and sought to exclude the

vue d’« assurer la sécurité des agents [. . .] pour avoir l’œil sur les deux [agents] et [. . .] sur les hommes [visés par l’]enquête » (d.a., vol. III, p. 80) et a reconnu en contre-interrogatoire que l’agent O’Toole était entré dans la cour arrière en sautant la clôture (d.a., vol. III, p. 81).

[12] Une fois à l’intérieur de la cour, l’agent O’Toole a remarqué que l’un des jeunes hommes était assis sur un sofa et tenait ses mains derrière le dos. Il lui a intimé de [TRADUCTION] « placer ses mains devant lui, et celui-ci a obtempéré sur-le-champ » (motifs du juge du procès, par. 19).

[13] En fait, l’agent Teatero a témoigné que l’agent O’Toole « lui a crié aussi de garder ses — garder ses mains bien en vue » (d.a., vol. I, p. 230). L’agent O’Toole n’est pas le seul à avoir ordonné au jeune homme de garder ses mains bien en vue. L’agent Teatero l’a fait aussi.

[14] À ce moment-là, l’agent O’Toole s’est déplacé vers la porte arrière de la maison pour poser des questions à M. Le et à son ami. Après avoir contrôlé l’identité de l’ami de M. Le (lequel a fourni un document d’identification), l’agent O’Toole a remarqué que M. Le portait un sac en bandoulière et qu’il semblait nerveux, adoptant [TRADUCTION] « une position de dissimulation » (selon l’expression dont les policiers se servent pour désigner l’attitude d’une personne qui incline son corps de manière à dissimuler quelque chose — comme, en l’espèce, le sac). L’agent O’Toole a intimé à M. Le de lui fournir une pièce d’identité (lequel lui a répondu qu’il n’en avait pas). Lorsque l’agent O’Toole s’est enquis du contenu du sac, M. Le a pris la fuite. Les agents O’Toole et Reid l’ont poursuivi, attrapé et arrêté dans une rue située à proximité. Après l’arrestation, M. Le et son sac ont été fouillés, ce qui a mené à la découverte d’une arme à feu chargée et d’argent comptant. Plus tard, alors qu’il faisait l’objet d’une fouille au poste de police, M. Le a remis aux policiers 13 grammes de cocaïne qu’il avait en sa possession.

[15] Monsieur Le a été inculpé de 10 infractions, notamment de possession illégale d’une arme, de possession illégale de cocaïne en vue d’en faire le trafic et de possession illégale de produits de la

evidence on the basis that the police acted unconstitutionally and breached his rights under ss. 8 and 9 of the *Charter*.¹

III. Judicial History

[16] Since we are content with disposing of this appeal on the basis of ss. 9 and 24 of the *Charter*, there is no need to delve into the judicial history of s. 8 in this case. In what follows, then, we outline the judicial history on the ss. 9 and 24 issues only.

A. *Superior Court of Justice (Campbell J.)*

[17] In relation to s. 9, the trial judge found that Mr. Le was first detained only when Cst. O’Toole asked him about the contents of his bag. Prior to Cst. O’Toole’s inquiry, no officer had physically restrained Mr. Le or made any demand or direction to him; Mr. Le was not physically stopped or delayed by the officers; and Mr. Le believed he was free to leave. Further, and as to the arbitrariness of the detention, Cst. O’Toole reasonably suspected that Mr. Le was armed with a gun at the moment that he was asked about the contents of his bag because he appeared “nervous”, was “fidgeting” and was “blading” his body away from the officer. Relatedly, the trial judge was also of the view that the implied licence doctrine authorized police entry onto the property.

[18] The trial judge turned in the alternative to consider whether, had a breach occurred, the evidence would be admissible under s. 24(2) of the *Charter* and applied the framework established by this Court

¹ The parties agreed that if the evidence is admissible, either because there was no violation of Mr. Le’s *Charter* rights or because the evidence is admissible under s. 24(2) of the *Charter*, then Mr. Le’s guilt will be considered to have been proven beyond a reasonable doubt.

criminalité. Il a plaidé non coupable et a demandé l’exclusion des éléments de preuve au motif que les policiers avaient agi de manière inconstitutionnelle et avaient violé les droits que lui garantissent les art. 8 et 9 de la *Charte*.¹

III. Historique judiciaire

[16] Comme il suffit à notre avis de trancher le présent pourvoi sur le fondement des art. 9 et 24 de la *Charte*, il n’est pas nécessaire en l’espèce de s’attarder à l’historique judiciaire des questions fondées sur l’art. 8. Dans les paragraphes qui suivent, nous exposerons donc brièvement l’historique judiciaire des questions fondées sur les art. 9 et 24 uniquement.

A. *Cour supérieure de justice (le juge Campbell)*

[17] Pour ce qui est de l’art. 9, le juge du procès a conclu que M. Le n’avait été tout d’abord placé en détention que lorsque l’agent O’Toole s’était enquis du contenu de son sac. Avant que l’agent O’Toole ne lui pose cette question, aucun des agents n’avait exercé de contrainte physique sur M. Le ni donné à celui-ci une sommation ou un ordre quelconque, M. Le n’avait pas été retenu physiquement par les agents, et il estimait qu’il était libre de partir. En outre, en ce qui a trait au caractère arbitraire de la détention, l’agent O’Toole soupçonnait raisonnablement que M. Le portait une arme à feu au moment où celui-ci a été interrogé au sujet du contenu de son sac, et ce, pour les raisons suivantes : il semblait [TRADUCTION] « nerveux », il était « agité » et il adoptait « une position de dissimulation ». Dans le même ordre d’idées, le juge du procès était aussi d’avis que, suivant la théorie de l’autorisation implicite, les policiers étaient habilités à entrer dans la propriété.

[18] Le juge du procès s’est ensuite penché sur la question subsidiaire de savoir si, en cas de violation, les éléments de preuve pourraient être utilisés en application du par. 24(2) de la *Charte*, et il a appliqué le

¹ Les parties ont convenu que, si les éléments de preuve sont admissibles, soit parce qu’il n’y a pas eu de violation aux droits que la *Charte* garantit à M. Le, soit parce que les éléments en question peuvent être utilisés en application du par. 24(2) de la *Charte*, la culpabilité de M. Le sera alors considérée comme ayant été établie hors de tout doute raisonnable.

in *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353. As to the seriousness of the *Charter*-infringing conduct, the trial judge held that any breach of the *Charter* in this case was “technical, inadvertent, and made in good faith”. The impact of the *Charter*-infringing conduct was not “especially significant” because Mr. Le “did not make any inculpatory statements or provide the police with any incriminating evidence that they would not have discovered otherwise” (para. 107). Finally, society’s interest in adjudicating the case on its merits was significant — the evidence was reliable and formed an essential part of the Crown’s case. The *Grant* lines of inquiry, according to the trial judge, weighed in favour of admission.

B. *Court of Appeal for Ontario (Doherty J.A., Brown J.A. and Lauwers J.A. (dissenting))*

[19] Writing for the majority of the Court of Appeal for Ontario, Doherty J.A. dismissed the appeal and held that the trial judge did not commit any errors in the ss. 9 and 24(2) analyses. In support of the trial judge’s determination of when the detention arose, he held that Mr. Le’s “own evidence is significant” because “he believed he was free to leave the backyard after the police had entered and began questioning the young men”, meaning he did not believe he was detained (para. 62). While recognizing that the determination of whether and when a person is detained is objective, he was of the view that individuals’ “perception that [they are] in fact free to leave . . . must be an important consideration in determining” whether and when they are detained by the police (para. 63). Doherty J.A. further held that Mr. Le’s perceptions are of particular importance because “he is no stranger to street-level encounters with the police” (para. 63). The trial judge’s conclusion that the detention was not arbitrary was not disturbed.

cadre d’analyse élaboré par notre Cour dans l’arrêt *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353. En ce qui concerne la gravité de la conduite attentatoire à la *Charte*, le juge du procès a conclu que toute violation de ce texte en l’espèce était [TRADUCTION] « d’ordre technique, commise par inadvertance et de bonne foi ». L’incidence de la conduite attentatoire à la *Charte* n’était pas « particulièrement importante », car M. Le « n’a fait aucune déclaration inculpatoire ni fourni d’éléments de preuve incriminants que les policiers n’auraient pas autrement découverts » (par. 107). Enfin, l’intérêt de la société à ce que l’affaire soit jugée au fond était important — les éléments de preuve étaient fiables et constituaient une partie essentielle de la cause du ministère public. Selon le juge du procès, les questions à analyser selon l’arrêt *Grant* militaient en faveur de l’utilisation des éléments de preuve.

B. *Cour d’appel de l’Ontario (les juges Doherty, Brown et Lauwers (dissident))*

[19] S’exprimant au nom des juges majoritaires de la Cour d’appel de l’Ontario, le juge Doherty a rejeté l’appel et a conclu que le juge du procès n’avait pas commis d’erreur dans son analyse fondée sur l’art. 9 et le par. 24(2). À l’appui de la conclusion du juge du procès quant au moment où avait eu lieu la mise en détention, il a affirmé que [TRADUCTION] « le propre témoignage de [M. Le] joue un rôle important » parce que celui-ci « estimait être libre de quitter la cour arrière après que les policiers furent entrés dans celle-ci et eurent commencé à interroger les jeunes hommes », ce qui veut dire qu’il ne pensait pas être détenu (par. 62). Tout en reconnaissant que la question de savoir si et quand une personne fait l’objet d’une détention revêt un caractère objectif, le juge Doherty était d’avis que la « perception [d’une personne qu’elle est] en fait libre de partir [. . .] doit constituer une considération importante lorsqu’il s’agit de déterminer » si et quand cette personne est mise en détention par la police (par. 63). Le juge Doherty a en outre affirmé que la perception de M. Le prend une importance particulière parce que celui-ci « connaît bien les contacts avec la police dans la rue » (par. 63). La conclusion du juge du procès selon laquelle la détention n’était pas arbitraire n’a pas été modifiée.

[20] The majority also admitted the evidence, accepting that: any breach was “technical, inadvertent, and made in good faith”; its impact was minimal; the encroachment on Mr. Le’s liberty interest was momentary; and the evidence was highly reliable and the crimes very serious.

[21] For three reasons, Lauwers J.A., dissenting, would have held that Mr. Le’s detention occurred at the moment the police entered the backyard. First, the police were uninvited, did not seek or obtain permission or consent to enter the backyard, had no grounds for a warrant, and created a physical barrier blocking the exit. Second, “the atmosphere the police created by their questioning would lead a reasonable person in the appellant’s position to believe that he had no choice but to comply with their demands” (para. 141). Such an atmosphere arose not only because of the “pointed questions” that were put to the five young men, but also because the police demanded one of them to keep his hands where they can be seen (para. 141). Third, “the appellant’s young age, minority status, and his comparatively small physical stature” support a finding of detention at the moment the police entered the backyard (para. 142).

[22] Applying s. 24(2) of the *Charter*, Lauwers J.A. would have found that the admission of this evidence would bring the administration of justice into dispute. The police conduct in this case constituted a serious *Charter* breach because the officers unlawfully entered private property on mere speculation regarding possible criminal conduct. Further, the impact of the breach was significant because it led to the discovery of evidence that the police would not otherwise have discovered. While recognizing the reliability of the evidence and its importance to the Crown’s case, Lauwers J.A. was of the view, after balancing all of the relevant inquiries, that “the kind of casually intimidating and oppressive misconduct involved in the unlawful police entry into a

[20] Les juges majoritaires ont également admis les éléments de preuve, reconnaissant que toute violation de la *Charte* était [TRADUCTION] « d’ordre technique, commise par inadvertance et de bonne foi », que son incidence était négligeable, que l’atteinte au droit de M. Le à la liberté était momentanée, et que les éléments de preuve étaient extrêmement fiables et les crimes perpétrés très graves.

[21] Le juge Lauwers, en dissidence, aurait pour sa part conclu qu’il y a eu mise en détention de M. Le au moment où les policiers sont entrés dans la cour arrière, et ce, pour trois raisons. Premièrement, les policiers n’y avaient pas été invités, n’avaient pas demandé ni obtenu la permission d’entrer dans la cour arrière — ou de consentement les autorisant à le faire —, n’avaient pas de motifs pour obtenir un mandat et ont créé une barrière physique bloquant la sortie. Deuxièmement, [TRADUCTION] « le climat que les policiers ont instauré par leur interrogatoire amènerait une personne raisonnable se trouvant dans la situation de l’appelant à estimer qu’elle ne pouvait que se plier à leurs exigences » (par. 141). Un tel climat ne s’explique pas seulement par les « questions ciblées » adressées aux cinq jeunes hommes, mais aussi par l’ordre donné à l’un d’entre eux de garder ses mains bien en vue (par. 141). Troisièmement, « le jeune âge de l’appelant, son appartenance à une minorité et sa stature relativement petite » permettent de conclure qu’il y a eu mise en détention au moment où les policiers sont entrés dans la cour arrière (par. 142).

[22] Appliquant le par. 24(2) de la *Charte*, le juge Lauwers aurait statué que l’utilisation de ces éléments de preuve est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice. La conduite des policiers en l’espèce constitue une grave violation de la *Charte* parce que ceux-ci sont entrés illégalement sur une propriété privée se fondant sur de simples conjectures au sujet d’une possible activité criminelle. De plus, l’incidence de la violation en question est importante parce qu’elle a mené à la découverte d’éléments de preuve que les policiers n’auraient pas autrement découverts. Tout en reconnaissant la fiabilité de ces éléments de preuve et leur importance pour la cause du ministère public, le juge Lauwers s’est dit d’avis, après pondération de toutes

private backyard must be condemned by the court” (para. 163).

IV. Analysis

A. *Standard of Review*

[23] Before engaging in any analysis in this appeal, it is necessary to identify the applicable standard of review. Questions of law on an appeal attract a standard of correctness (*R. v. Shepherd*, 2009 SCC 35, [2009] 2 S.C.R. 527, at para. 18). Questions of fact attract a palpable and overriding error standard (para. 18). The application of the law to a given factual matrix, that is, whether a legal standard is met, amounts to a question of law and attracts a correctness standard (*Shepherd*, at para. 20; *Grant*, at para. 43).

[24] In this judgment, we have respected, and used, the trial judge’s findings of fact to assess whether the lower courts were correct in their assessment of when a detention occurred. Here, the timing of the detention turned on when a reasonable person would perceive they were under compulsion and not free to leave. An appeals court is entitled to have a different view of the impact that police conduct would have on a reasonable person in the shoes of the accused. This is not, contrary to our colleague’s view, recasting the record, but rather engaging in the same type of legitimate review routinely conducted by appeals courts across this country.

B. *Section 9 of the Charter*

[25] Section 9’s prohibition of “arbitrary detention” is meant to protect individual liberty against unjustified state interference. Its protections limit the state’s ability to impose intimidating and coercive pressure on citizens without adequate justification (*Grant*, at para. 20). Before the *Charter*, a person was

les questions pertinentes, que [TRADUCTION] « le type d’inconduite intimidante et oppressive adoptée à la légère lors de l’entrée illégale des policiers dans une cour arrière privée doit être condamnée par le tribunal » (par. 163).

IV. Analyse

A. *Norme de contrôle*

[23] Avant de procéder à toute analyse en l’espèce, il faut établir la norme de contrôle applicable. Les questions de droit en appel commandent l’application de la norme de la décision correcte (*R. c. Shepherd*, 2009 CSC 35, [2009] 2 R.C.S. 527, par. 18). Les questions de fait sont pour leur part assujetties à la norme de l’erreur manifeste et dominante (par. 18). La question de l’application du droit à un cadre factuel donné, c’est-à-dire la question de savoir si un critère fixé par la loi est rempli, est une question de droit qui est contrôlée au moyen de la norme de la décision correcte (*Shepherd*, par. 20; *Grant*, par. 43).

[24] Dans le présent arrêt, nous avons respecté, et utilisé, les conclusions de fait du juge du procès pour évaluer si les juridictions inférieures ont correctement déterminé le moment où a eu lieu la mise en détention. En l’espèce, celui-ci dépendait du moment à partir duquel une personne raisonnable percevrait qu’elle était sous contrainte et n’était pas libre de partir. Il est loisible à un tribunal d’appel d’avoir une appréciation différente de l’incidence qu’une conduite policière aurait sur une personne raisonnable mise à la place de l’accusé. Il ne s’agit pas, contrairement à ce qu’affirme notre collègue, de réinterpréter le dossier, mais de se livrer plutôt au même type de contrôle légitime qu’effectuent régulièrement les tribunaux d’appel de partout au pays.

B. *Article 9 de la Charte*

[25] L’interdiction de la « détention arbitraire » prévue à l’art. 9 vise à protéger la liberté individuelle contre l’ingérence injustifiée de l’État. Les mesures de protection que comporte cette disposition restreignent la capacité de l’État de recourir sans justification appropriée à des moyens intimidants

not “detained” absent a “compulsory restraint . . . by due process of law” (*Chromiak v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 471, at p. 478). Section 9 of the *Charter* changed this by altering the law’s conception of “detention” in a substantial manner. Specifically, in *Grant*, this Court held that a *psychological* detention by the police, such as the one claimed in this case, can arise in two ways: (1) the claimant is “legally required to comply with a direction or demand” (para. 30) by the police (i.e. by due process of law); or (2) a claimant is not under a legal obligation to comply with a direction or demand, “but a reasonable person in the subject’s position would feel so obligated” (para. 30) and would “conclude that he or she was not free to go” (para. 31).

[26] Even, therefore, absent a legal obligation to comply with a police demand or direction, and even absent physical restraint by the state, a detention exists in situations where a reasonable person in the accused’s shoes would feel obligated to comply with a police direction or demand and that they are not free to leave. Most citizens, after all, will not precisely know the limits of police authority and may, depending on the circumstances, perceive even a routine interaction with the police as demanding a sense of obligation to comply with every request (see S. Penney, V. Rondinelli and J. Stribopoulos, *Criminal Procedure in Canada* (2nd ed. 2018), at p. 83).

[27] Having said that, not every police-citizen interaction is a detention within the meaning of s. 9 of the *Charter*. A detention requires “significant physical or psychological restraint” (*R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59, at para. 19; *Grant*, at para. 26; *R. v. Suberu*, 2009 SCC 33, [2009] 2 S.C.R. 460, at para. 3). Even where a person under investigation for criminal activity is questioned, that person is not necessarily detained (*R. v. MacMillan*, 2013 ONCA 109, 114 O.R. (3d) 506, at para. 36; *Suberu*, at para. 23; *Mann*, at para. 19). While “[m]any [police-citizen

et coercitifs à l’égard des citoyens (*Grant*, par. 20). Avant la *Charte*, une personne n’était pas « détenue » en l’absence d’une « contrainte [. . .] en vertu de l’application régulière de la loi » (*Chromiak c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 471, p. 478). L’article 9 de la *Charte* a changé cet état de choses en modifiant de façon substantielle la conception de la « détention » en droit. Plus précisément, notre Cour a statué dans l’arrêt *Grant* que la détention *psychologique* par la police, comme celle alléguée dans la présente affaire, peut se produire de deux façons : (1) lorsque le plaignant est « légalement tenu de se conformer à un ordre ou à une sommation » (par. 30) d’un policier (c’est-à-dire en vertu de l’application régulière de la loi), ou (2) lorsque plaignant n’est pas légalement tenu d’obtempérer à un ordre ou à une sommation, « mais qu’une personne raisonnable se trouvant dans la même situation se sentirait obligée de le faire » (par. 30) et « conclu[rait] qu’elle n’est pas libre de partir » (par. 31).

[26] Par conséquent, il y a détention même en l’absence d’une obligation légale de se conformer à une sommation ou à un ordre de la police, et même en l’absence d’une contrainte physique exercée par l’État, lorsqu’une personne raisonnable mise à la place de l’accusé se sentirait obligée d’obtempérer à un ordre ou à une sommation de la police, et conclurait qu’elle n’est pas libre de partir. Après tout, la plupart des citoyens ne connaîtront pas exactement les limites imposées aux pouvoirs des policiers et pourront, selon les circonstances, percevoir une simple interaction de routine avec les policiers comme les obligeant à obtempérer à toute demande (voir S. Penney, V. Rondinelli et J. Stribopoulos, *Criminal Procedure in Canada* (2^e éd. 2018), p. 83).

[27] Cela étant dit, toute interaction entre un policier et un citoyen ne constitue pas nécessairement une détention au sens de l’art. 9 de la *Charte*. Une détention exige « l’application de contraintes physiques ou psychologiques appréciables » (*R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59, par. 19; *Grant*, par. 26; *R. c. Suberu*, 2009 CSC 33, [2009] 2 R.C.S. 460, par. 3). Même lorsqu’elle est interrogée, une personne qui fait l’objet d’une enquête relativement à des activités criminelles n’est pas nécessairement détenue (*R. c. MacMillan*, 2013 ONCA 109, 114 O.R.

encounters] are relatively innocuous, . . . involving nothing more than passing conversation[,] [s]uch exchanges [may] become more invasive . . . when consent and conversation are replaced by coercion and interrogation” (Penney et al., at pp. 84-85). In determining when this line is crossed (i.e. the point of detention, for the purposes of ss. 9 and 10 of the *Charter*), it is essential to consider all of the circumstances of the police encounter. Section 9 requires an assessment of the encounter as a whole and not a frame-by-frame dissection as the encounter unfolds.

[28] In this case, it is common ground that the young men were *not* “legally required to comply with a direction or demand” by the police. This is important because it underscores that these young men were not legally required to answer the questions posed by the police, produce their identification, or follow directions about where they could place their hands. The officers had no legal authority to force them to do these things. Therefore, our analysis in this case will focus on the second way a psychological detention arises: whether a reasonable person, who stood in the appellant’s shoes, would have felt obligated to comply and would not have felt free to leave as the police entered the backyard and made contact with the men.

[29] There is no dispute, whether among the courts below or the parties to this appeal, that Mr. Le was detained *at some point* in the backyard. What we must decide is when this occurred and whether it was arbitrary. This is because the analysis of whether s. 9 of the *Charter* has been infringed proceeds in two stages. The first stage inquires into whether the claimant was detained at all. If that leads to the conclusion that the claimant was detained, the second stage of analysis inquires into whether the detention was arbitrary. Both stages attract a correctness standard of review.

(3d) 506, par. 36; *Suberu*, par. 23; *Mann*, par. 19). Bien que [TRADUCTION] « [b]on nombre de [contacts entre des policiers et des citoyens] sont plutôt anodins, [. . .] se limitant à une simple conversation, [c]es échanges [risquent de] dev[enir] plus envahissants [. . .] lorsque la contrainte et l’interrogatoire se substituent au consentement et à la conversation » (Penney et autres, p. 84-85). Pour déterminer à quel moment cette limite est franchie (c’est-à-dire le point où il y a détention pour l’application des art. 9 et 10 de la *Charte*), il est essentiel d’examiner toutes les circonstances entourant le contact avec les policiers. Suivant l’art. 9, il faut apprécier celui-ci dans son ensemble, plutôt que d’analyser son déroulement, étape par étape.

[28] En l’espèce, il est admis que les jeunes hommes n’étaient *pas* « légalement tenu[s] de se conformer à un ordre ou à une sommation » des policiers, ce qui est important, car il en ressort que les jeunes concernés n’étaient pas légalement tenus de répondre aux questions posées par les policiers, de présenter une pièce d’identité ou de suivre les ordres reçus concernant la position de leurs mains. Les policiers n’étaient pas légalement autorisés à contraindre ceux-ci à faire ces choses. Par conséquent, l’analyse en l’espèce portera sur la deuxième forme de détention psychologique, soit sur la question de savoir si une personne raisonnable, mise à la place de l’appellant, se serait sentie obligée d’obtempérer et ne se serait pas sentie libre de partir quand les policiers sont entrés dans la cour arrière et ont pris contact avec les jeunes hommes.

[29] Les tribunaux d’instance inférieure ainsi que les parties dans le présent pourvoi s’entendent pour dire que M. Le a fait l’objet à *un certain moment* d’une détention dans la cour arrière. Nous sommes appelés à déterminer quand cela s’est produit et s’il s’agissait d’une détention arbitraire. Il en est ainsi parce que l’analyse de la question de savoir s’il y a eu violation de l’art. 9 de la *Charte* comporte deux étapes. Premièrement, il s’agit de savoir si le plaignant a fait l’objet d’une détention quelconque. Deuxièmement, dans l’affirmative, il faut déterminer si la détention était arbitraire. Les deux étapes de l’analyse commandent l’application de la norme de la décision correcte.

[30] In our respectful view, the trial judge and the majority of the Court of Appeal for Ontario erred at both stages by concluding that the detention crystallized only when Mr. Le was asked what was in his satchel. Rather, he was detained when the police entered the backyard and made contact. Since no statutory or common law power authorized his detention at that point, it was an arbitrary detention.

(1) Timing of Detention

[31] The sometimes murky line between general questioning (which does not trigger a detention — see *Suberu*) and a particular, focussed line of questioning (which does) led this Court in *Grant* to adopt three non-exhaustive factors that can aid in the analysis. These factors are to be assessed in light of “all the circumstances of the particular situation, including the conduct of the police” (*Grant*, at para. 31):

- (a) The circumstances giving rise to the encounter as they would reasonably be perceived by the individual: whether the police were providing general assistance; maintaining general order; making general inquiries regarding a particular occurrence; or, singling out the individual for focused investigation.
- (b) The nature of the police conduct, including the language used; the use of physical contact; the place where the interaction occurred; the presence of others; and the duration of the encounter.
- (c) The particular characteristics or circumstances of the individual where relevant, including age; physical stature; minority status; level of sophistication. [Emphasis added; para. 44.]

[32] As we explain below, each of these three factors support the conclusion that Mr. Le’s detention began the moment the police entered the backyard and made contact with the young men.

[30] À notre avis, le juge du procès et les juges majoritaires de la Cour d’appel de l’Ontario ont commis une erreur aux deux étapes de l’analyse en concluant que la détention ne s’est cristallisée que lorsque M. Le s’est fait demander ce qu’il y avait à l’intérieur de son sac. M. Le a plutôt été mis en détention lorsque les policiers sont entrés dans la cour arrière et ont établi le contact. Comme aucun pouvoir conféré par la loi ou par la common law n’autorisait la détention de M. Le à ce moment-là, celle-ci était arbitraire.

(1) Le moment de la mise en détention

[31] La ligne de démarcation, parfois floue, entre les questions d’ordre général (ne donnant pas lieu à une détention — voir *Suberu*) et les questions particulières et ciblées (y donnant lieu) a amené la Cour à adopter, dans l’arrêt *Grant*, trois facteurs non exhaustifs susceptibles d’aider dans l’analyse. Ces facteurs doivent être évalués à la lumière de « l’ensemble des circonstances de la situation particulière, y compris de la conduite policière » (*Grant*, par. 31) :

- a) Les circonstances à l’origine du contact avec les policiers telles que la personne en cause a dû raisonnablement les percevoir : les policiers fournissaient-ils une aide générale, assuraient-ils simplement le maintien de l’ordre, menaient-ils une enquête générale sur un incident particulier, ou visaient-ils précisément la personne en cause dans le cadre d’une enquête ciblée?
- b) La nature de la conduite des policiers, notamment les mots employés, le recours au contact physique, le lieu de l’interaction, la présence d’autres personnes et la durée de l’interaction.
- c) Les caractéristiques ou la situation particulière de la personne, selon leur pertinence, notamment son âge, sa stature, son appartenance à une minorité ou son degré de discernement. [Nous soulignons; par. 44.]

[32] Comme nous le verrons plus loin, chacun de ces trois facteurs permet de conclure que la détention de M. Le a commencé au moment où les policiers sont entrés dans la cour arrière et ont pris contact avec les jeunes hommes.

(a) *Circumstances Giving Rise to the Encounter as They Would Reasonably Be Perceived*

[33] The circumstances giving rise to the encounter between the officers and the young men in the backyard of the L.D. townhouse support a finding of detention arising prior to Cst. O’Toole’s inquiry about the contents of the appellant’s satchel.

[34] We accept that officers have wide powers to police communities and often do so by walking around. The conduct of the police in this case, however, exceeded the norms of community policing. Not only did three police officers enter a small private backyard in which five young men were standing around, talking, and “appeared to be doing nothing wrong”, the officers immediately questioned the young men about “what was going on, who they were, and whether any of them lived there”. They also required the young men to produce documentary proof of their identities and gave instructions about where to place their hands. It is common ground that the police had no legal authority to force the young men to do these things and the young men were under no legal duty to comply.

[35] Based on the relevant considerations in *Grant* and the officers’ own evidence, the police were not called to the backyard to provide general assistance, maintain order, or respond to unfolding events. No assistance was requested or required by the young men and no specific complaint had been received from a third party about trespassing or any form of disturbance. No order needed to be maintained as the young men were “just talking”. Nor were the police responding to any particular occurrence. The circumstances were simply that the officers themselves chose to walk to, and then into, that particular backyard.

a) *Les circonstances à l’origine du contact avec les policiers telles qu’elles ont dû raisonnablement être perçues*

[33] Les circonstances à l’origine du contact entre les policiers et les jeunes hommes dans la cour arrière de la maison en rangée de L.D. permettent de conclure que la mise en détention a eu lieu avant que l’agent O’Toole ne s’enquière du contenu du sac de l’appelant.

[34] Nous convenons que les policiers jouissent de vastes pouvoirs leur permettant d’exercer une surveillance dans les collectivités, ce qu’ils font souvent en se promenant. Cependant, la conduite des policiers en l’espèce outrepassé les normes de maintien de l’ordre au sein de collectivités. Non seulement trois policiers sont entrés dans une petite cour arrière privée dans laquelle se trouvaient cinq jeunes hommes qui parlaient et qui [TRADUCTION] « semblaient ne rien faire de mal », mais en plus, ceux-ci ont immédiatement interrogé les jeunes en question en leur demandant « ce qu’ils faisaient, qui ils étaient et si l’un d’eux habitait dans l’immeuble ». Ils ont également exigé des jeunes hommes qu’ils présentent une pièce d’identité et leur ont donné des ordres concernant la position de leurs mains. Nul ne conteste que les policiers n’étaient pas légalement autorisés à contraindre les jeunes hommes à faire ces choses et que les jeunes en question n’étaient nullement tenus d’obtempérer.

[35] Eu égard aux considérations pertinentes dans l’arrêt *Grant* et au propre témoignage des policiers, ces derniers n’ont pas été appelés à se présenter dans la cour arrière pour fournir une aide générale, assurer le maintien de l’ordre ou intervenir relativement à une situation en cours. Les jeunes hommes n’ont pas demandé d’aide et n’en avaient pas besoin non plus, et aucune plainte précise pour intrusion ou toute forme de troubles de jouissance n’a été reçue d’un tiers. Il n’était pas nécessaire de maintenir l’ordre, car les jeunes hommes étaient [TRADUCTION] « juste en train de bavarder ». Les policiers n’intervenaient pas non plus à l’égard d’un incident particulier. Les circonstances en cause étaient simplement que les policiers avaient décidé eux-mêmes de marcher jusqu’à cette cour arrière en particulier et d’y entrer.

[36] The trial judge found (at para. 23) that the police officers had two specific investigative purposes: (1) the officers were investigating whether any of the young men were J.J. (or knew the whereabouts of N.D.-J.) and (2) the officers were investigating whether any of the young men were trespassers. The trial judge would later note (at para. 70) that the police were pursuing a third investigative purpose as well: the L.D. townhouse was a “problem address” in relation to suspected drug trafficking.

[37] These investigative purposes are important when assessing whether the detention was arbitrary and whether the police were acting in good faith. However, when determining whether a detention has occurred, the circumstances giving rise to the encounter are assessed based on how they would reasonably be perceived. The subjective purposes of the police are less relevant in this analysis because a reasonable person in the shoes of the putative detainee would not have known why these police officers were entering the property.

[38] Thus, the determination of the timing of the detention is not advanced by repeating that the police officers had “legitimate investigatory purposes”, “valid investigatory objectives”, “legitimate investigative aims”, “valid investigatory purposes” and were conducting a “legitimate investigation” (for example, see Moldaver J.’s reasons, at paras. 213, 237-39 and 242). The legitimacy of any investigation in the context of s. 9 is measured against whether these objectives give rise to reasonable suspicion or not. We conclude that they did not and that the detention was therefore arbitrary.

[39] On the facts of this case, there was no obvious cause for any police presence in the backyard and the police never expressly communicated to the young men why they were there. For example, the police officers did not tell the occupants of the backyard that they were looking for J.J. or N.D.-J.

[40] In such a situation, a reasonable person would know only that three police officers entered

[36] Le juge du procès a conclu (au par. 23) que les policiers avaient deux objectifs d’enquête précis : ils cherchaient à savoir (1) si l’un ou l’autre des jeunes hommes était J.J. (ou savait où se trouvait N.D.-J.) et (2) si l’un ou l’autre d’entre eux était un intrus. Le juge a souligné plus loin (au par. 70) que les policiers avaient également un troisième objectif d’enquête : la maison en rangée de L.D. était un [TRADUCTION] « endroit problématique » relativement à des soupçons de trafic de drogue.

[37] Ces objectifs d’enquête sont importants lorsqu’il s’agit de déterminer si la détention était arbitraire et si les policiers agissaient de bonne foi. Cependant, pour décider s’il y a eu détention, les circonstances à l’origine du contact avec les policiers sont évaluées en fonction de la façon dont elles ont dû raisonnablement être perçues. Les objectifs subjectifs des policiers sont moins pertinents dans cette analyse parce qu’une personne raisonnable mise à la place du présumé détenu n’aurait pas su pourquoi les policiers entraient sur la propriété.

[38] Par conséquent, le fait de répéter que les policiers agissaient à « des fins d’enquête légitimes », qu’ils étaient motivés par des « objectifs d’enquête valides », qu’ils avaient des « objectifs d’enquête légitimes », qu’ils poursuivaient des « fins d’enquête valides » et qu’ils menaient une « enquête légitime » (par exemple, voir les motifs du juge Moldaver, par. 213, 237-239 et 242) n’aide nullement à déterminer le moment de la mise en détention. La légitimité d’une enquête dans le contexte de l’art. 9 s’apprécie en se demandant si ces objectifs donnent lieu ou non à des soupçons raisonnables. Nous concluons qu’ils ne donnaient pas lieu à de tels soupçons et que la détention était donc arbitraire.

[39] Eu égard aux faits de l’espèce, une présence policière dans la cour arrière n’avait pas de justification évidente et les policiers n’ont jamais communiqué expressément aux jeunes hommes la raison de leur présence sur les lieux. À titre d’exemple, les policiers n’ont pas dit aux occupants de la cour arrière qu’ils cherchaient J.J. ou N.D.-J.

[40] Dans une telle situation, une personne raisonnable saurait seulement que trois policiers sont entrés

a private residence without a warrant, consent, or warning. The police immediately started questioning the young men about who they were and what they were doing — pointed and precise questions, which would have made it clear to any reasonable observer that the men themselves were the objects of police attention (*R. v. Wong*, 2015 ONCA 657, 127 O.R. (3d) 321, at paras. 45-46; *R. v. Koczab*, 2013 MBCA 43, 294 Man. R. (2d) 24, at paras. 90-104, per Monnin J.A. (dissenting), adopted in 2014 SCC 9, [2014] 1 S.C.R. 138). Further, the police demanded their identification and issued instructions, which would have made it clear to a reasonable observer that the police were taking control over the individuals in the backyard.

[41] Even if such conduct is seen as consistent with a concern over trespassing, the reasonable observer would understand that if the police simply wanted to make inquiries, the height of the fence allowed full interaction without entry. The officers could have simply asked their questions from the other side of the fence with an undiminished ability to see and hear any responses. Instead, they entered the backyard without any consent, without an apparent or communicated purpose, and immediately engaged with the occupants in a manner that demonstrated they were not in fact free to leave.

[42] Regardless of the intentions of the officers as they approached the backyard, or the legitimacy of their investigative purposes, a reasonable person would not perceive their entry into the backyard as merely “assisting in meeting needs or maintaining basic order” (*Grant*, at para. 40).

(b) *Nature of the Police Conduct*

[43] The nature of the police conduct takes into account many considerations. A distinctive feature of the police conduct in this case was that the police

sur une résidence privée sans être munis d’un mandat, sans obtenir de consentement et sans s’annoncer. Les agents se sont immédiatement mis à interroger les jeunes hommes sur qui ils étaient et ce qu’ils faisaient — il s’agissait de questions ciblées et précises qui auraient clairement indiqué à tout observateur raisonnable que la police s’intéressait aux jeunes hommes eux-mêmes (*R. c. Wong*, 2015 ONCA 657, 127 O.R. (3d) 321, par. 45-46; *R. c. Koczab*, 2013 MBCA 43, 294 Man. R. (2d) 24, par. 90-104, opinion du juge Monnin (dissident), adoptée dans 2014 CSC 9, [2014] 1 R.C.S. 138). De plus, ils ont exigé que les jeunes hommes présentent une pièce d’identité et leur ont donné des ordres, ce qui aurait clairement indiqué à un observateur raisonnable que la police prenait le contrôle des personnes se trouvant dans la cour arrière.

[41] Même si une telle conduite est jugée compatible avec une crainte d’intrusion, l’observateur raisonnable comprendrait que si les policiers voulaient simplement se renseigner, la hauteur de la clôture permettait pleinement à ceux-ci d’interagir avec les jeunes sans avoir besoin de pénétrer sur les lieux. Les policiers auraient pu tout simplement poser leurs questions en restant de l’autre côté de la clôture sans que soit diminuée pour autant leur capacité de voir les jeunes en question et d’entendre leurs réponses. Ils sont plutôt entrés dans la cour arrière sans obtenir de consentement, et sans objectif apparent ou déclaré, et ont immédiatement pris contact avec les occupants dans des conditions qui démontraient que ces derniers n’étaient pas, dans les faits, libres de partir.

[42] Indépendamment des intentions des policiers alors qu’ils s’approchaient de la cour arrière, ou de la légitimité de leurs objectifs d’enquête, une personne raisonnable ne percevrait pas leur entrée dans la cour comme une simple entrée dans l’exercice de leur fonction « d’assistance en cas de besoin et de maintien élémentaire de l’ordre » (*Grant*, par. 40).

(b) *La nature de la conduite des policiers*

[43] La nature de la conduite des policiers tient compte de nombreuses considérations. L’une des particularités de la conduite des policiers en l’espèce

were themselves trespassing in the backyard. This bears on the question of whether the detention occurred before the officer asked Mr. Le what was in his satchel. Other considerations that influence the analysis include: the actions of the police and the language used; the use of physical contact; the place where the interaction occurred and the mode of entry; the presence of others; and the duration of the encounter.

(i) The Police Officers Were Trespassers

[44] The police entered the property as trespassers. Our colleague accepts this conclusion. The judicially constructed reasonable person must be taken to know the law and, as such, must be taken to know that the police were trespassing when they entered the backyard (Moldaver J.'s reasons, at para. 257). While not determinative, when the police enter a private residence as trespassers, it both colours what happens subsequently and strongly supports a finding of detention at that point in time.

(ii) The Actions of the Police and the Language Used

[45] The language used may show that the police are immediately taking control of a situation through loud stern voices, curt commands, and clear orders about required conduct. However, the power dynamic needed to ground a detention may be established without any of that. In our view, in the overall circumstances of this case, the actions of the police and the language used supports a finding of detention when the officers entered the backyard and made contact with the men.

[46] Our colleague makes much of the fact that the trial judge said that the police spoke “cordially” when they first entered the backyard. “Cordially” was the label chosen by the judge and was not a descriptor used by any witness. The only evidence comes from one of the young men who said that the police asked “how are you guys doing?” as they

est que ces derniers étaient eux-mêmes des intrus dans la cour arrière, ce qui a une incidence sur la question de savoir si la mise en détention a eu lieu avant que le policier demande à M. Le ce qui se trouvait dans son sac. D’autres considérations influencent cette analyse, notamment : les actes des policiers et les mots employés; le recours au contact physique; le lieu de l’interaction et le mode d’entrée; la présence d’autres personnes; la durée de l’interaction.

(i) Les policiers étaient des intrus

[44] L’entrée des policiers sur la propriété constituait une intrusion. Notre collègue accepte cette conclusion. Il faut présumer que la personne que les tribunaux considèrent raisonnable est censée connaître la loi et donc savoir que l’entrée des policiers dans la cour arrière constituait une intrusion (motifs du juge Moldaver, par. 257). Bien qu’elle ne soit pas déterminante, l’intrusion de policiers dans une résidence privée influe sur ce qui se produit par la suite en plus de militer fortement en faveur d’une conclusion selon laquelle il y a eu mise en détention à ce moment précis.

(ii) Les actes des policiers et les mots employés

[45] Les mots utilisés par les policiers peuvent démontrer que ces derniers prennent immédiatement le contrôle de la situation, avec leur voix forte et sévère, en donnant des commandes brusques et des ordres clairs quant au comportement exigé. Toutefois, tout cela pourrait ne pas être nécessaire pour établir la dynamique de force requise pour prouver une détention. À notre avis, eu égard à l’ensemble des circonstances de l’espèce, les actes des policiers et les mots qu’ils ont employés permettent de conclure qu’il y a eu mise en détention au moment où les policiers sont entrés dans la cour arrière et ont pris contact avec les jeunes hommes.

[46] Notre collègue insiste beaucoup sur le fait que, selon le juge du procès, les policiers parlaient [TRA-DUCTION] « cordialement » lorsqu’ils sont entrés dans la cour arrière. Le qualificatif « cordialement » a été choisi par le juge et n’a pas été utilisé par les témoins. Le seul élément de preuve à ce sujet a été fourni par un des jeunes hommes, qui a déclaré que

entered the backyard. There was no evidence about the tone of voice employed, but only a recollection of the words used.

[47] In our view, even accepting that there was a cordial greeting, the contemporaneous actions of the police and the language employed immediately after that statement illustrate the police were exerting dominion over the individuals in the backyard from the time of entry. In many instances, and this is one of them, actions speak louder than words. The nicest of hellos could not mask the fact that the three persons entering onto this private property were uniformed police officers acting without permission, consent or legal authorization. Any momentary “cordiality” must also be placed in perspective and in the context of events as they actually unfolded. The language subsequently used by the police involved questioning the young men, asking for identification and telling one young man to keep his hands visible. One officer said his partner “yelled” this instruction and the young man complied immediately.

[48] Our colleague says we have changed the trial judge’s factual determination when we use the word “yelled” as the trial judge used the word “told” to describe the same encounter. This is not the case. We are quoting from the testimony of Cst. Teatero who stated: “I told him to keep his hands out and somebody — I think Constable O’Toole — yelled at him too to keep his — keep his hands where he can see them” (A.R., vol. I, at p. 230). The trial judge accepted this officer’s testimony in full. The trial judge chose to use another word, at a different level of abstraction, to describe what the officer said.

[49] There is no mischief here. Indeed, courts of appeal, including this Court, must be able to explain and expand on what has occurred or did not occur in a given case as long as there is an evidentiary foundation to do so on the record before them and the

les policiers leur avaient demandé « Comment ça va, les gars? » en entrant dans la cour arrière. La preuve ne révélait pas l’intonation de la voix, mais rien qu’un souvenir des mots employés.

[47] Selon nous, même si l’on accepte que les salutations étaient cordiales, les actes accomplis par les policiers à ce même moment et les mots employés immédiatement après démontrent que ces derniers exerçaient leur domination sur les personnes qui se trouvaient dans la cour arrière depuis qu’ils y étaient entrés. Dans bien des cas, comme en l’espèce, les actes sont plus éloquents que les paroles. Le plus chaleureux des bonjours ne pouvait masquer le fait que les trois personnes qui étaient entrées sur la propriété privée en question étaient des policiers en uniforme qui agissaient sans permission, consentement ou autorisation légale. Toute « cordialité » passagère doit également être mise en perspective et considérée dans le contexte des événements tels qu’ils se sont effectivement déroulés. Les mots subséquentment employés par les policiers ont servi à interroger les jeunes hommes, à leur demander des pièces d’identité et à demander à l’un d’eux de garder ses mains bien en vue. Un agent a affirmé que son collègue a [TRADUCTION] « crié » cette instruction au jeune homme et que ce dernier a obtempéré sur-le-champ.

[48] Selon notre collègue, nous avons modifié la conclusion factuelle tirée par le juge du procès en employant le mot « crié », car ce dernier a utilisé le mot [TRADUCTION] « dit » pour décrire ce même contact. Ce n’est pas le cas. Nous citons le témoignage de l’agent Teatero, qui a affirmé : [TRADUCTION] « Je lui ai dit de garder ses mains bien en vue et quelqu’un — je pense que c’était l’agent O’Toole — lui a crié aussi de garder ses — garder ses mains bien en vue » (d.a., vol. I, p. 230). Le juge du procès a accepté la totalité de ce témoignage de l’agent. Il a décidé d’employer un terme différent — à un autre degré d’abstraction — pour décrire les propos de celui-ci.

[49] Il n’y a pas d’intention malveillante ici. En effet, les tribunaux d’appel, y compris notre Cour, doivent être en mesure de fournir des explications et des renseignements additionnels sur ce qui s’est produit ou ne s’est pas produit dans une affaire

explanation or expansion does not contradict what the trier of fact has found. For example, a trier of fact may say that it was hot on a certain day. Courts of appeal may expand on that description by pointing out that the temperature, according to accepted evidence, was 45 degrees. Similarly, a trier of fact may find that an event occurred at night. A court of appeal may provide more specificity by providing the actual time the event occurred. In both of these examples, the added explanation or expansion does not contradict what the trier of fact has found. The addition, in other words, does not overturn the findings of fact — it simply elaborates and provides more precision. Courts of appeal have access to a full evidentiary record for a reason. We do not accept that providing more detail or precision undermines the fact finding functions of trial courts.

(iii) The Use of Physical Contact

[50] There is no evidence the police made any physical contact with the young men. There was, however, physical proximity: once the officers entered the backyard, there were eight people in a small space. Each of the officers positioned themselves in a way to question specific young men apart from the others. Lauwers J.A. observed that the officers positioned themselves in a manner to block the exit. This type of deliberate physical proximity within a small space creates an atmosphere that would lead a reasonable person to conclude that the police were taking control and that it was impossible to leave.

(iv) The Place Where the Interaction Occurred and the Mode of Entry

[51] There is an important relationship between the fact that this encounter took place at a private residence and the mode of entry employed by the police. The nature of any police intrusion into a home or backyard is reasonably experienced as more forceful, coercive and threatening than when similar state

donnée, pourvu que ces explications et renseignements trouvent appui dans le dossier de preuve dont ils sont saisis et ne contredisent pas les conclusions du juge des faits. Par exemple, ce dernier peut dire que, un jour donné, il faisait chaud. Les tribunaux d'appel peuvent étoffer cette description en précisant que la température, selon la preuve admise, était de 45 degrés. Dans le même ordre d'idées, le juge des faits peut conclure qu'un événement s'est produit pendant la nuit, et le tribunal d'appel peut préciser cette conclusion en indiquant l'heure exacte de l'événement. Dans ces deux exemples, l'explication ou les renseignements additionnels ne contredisent pas les conclusions du juge des faits. Autrement dit, ces ajouts n'infirmement pas les conclusions de faits; ils ne font que les étoffer et les préciser. Ce n'est pas pour rien que les tribunaux d'appel ont accès à un dossier de preuve complet. Nous ne sommes pas d'accord pour dire que le fait de fournir plus de détails ou de précisions nuit à la fonction de recherche des faits conférée aux tribunaux de première instance.

(iii) Le recours au contact physique

[50] Rien dans la preuve ne permet de conclure que les policiers ont eu un contact physique avec les jeunes hommes. Il y avait toutefois proximité physique : après l'entrée des policiers dans la cour arrière, huit personnes se trouvaient dans un petit espace. Chacun des policiers s'est placé de façon à pouvoir interroger les jeunes en question séparément. Le juge Lauwers a fait remarquer que les policiers se sont placés de manière à bloquer la sortie. Ce type de proximité physique délibérée dans un espace restreint crée une ambiance qui amènerait une personne raisonnable à conclure que la police prenait le contrôle de la situation et qu'il était impossible de partir.

(iv) Le lieu de l'interaction et le mode d'entrée

[51] Il existe un rapport important entre le fait que l'interaction en question ait eu lieu dans une résidence privée et le mode d'entrée choisi par les policiers. La nature de l'intrusion de policiers dans un domicile ou dans une cour arrière sera raisonnablement perçue comme plus percutante, coercitive et

action occurs in public. People rightly expect to be left alone by the state in their private spaces. In addition, there is the practical reality that, when authorities take control of a private space, like a backyard or a residence, there is often no alternative place to retreat from further forced intrusion.

[52] The private nature of this backyard diminishes the significance of the trial judge’s observation that the nature of the police conduct was attenuated because Mr. Le was asked *only* for identification, was not delayed on his way anywhere, and had the freedom to either comply or “walk away”. These were factors recited by this Court in *Mann*, at para. 19, in describing circumstances in which a detention does *not* arise. But, the police conduct in *Mann* occurred on a downtown street, not at a private residence. In the circumstances of this appeal, *to where*, precisely, was Mr. Le expected to “walk away”? And *from what* was he being “delayed” when he was socializing at a friend’s house? In our view, such considerations have limited, if any, relevance when applied to police conduct at a private residence.

[53] The mode of entry involved three uniformed officers suddenly occupying a backyard and taking control over the people in it late at night. Our colleague alleges we have mischaracterized the actions of the officers as they entered the backyard and how they would have been reasonably perceived. As one example, he points to the manner in which Cst. O’Toole entered the backyard, insisting that the trial judge found nothing intimidating or potentially coercive in this action.

[54] To be clear, Cst. O’Toole’s testimony was as follows: “I entered to the right, okay. I came — I didn’t come through the gate when I entered the yard. I stepped over the fence ‘cause that’s where I was” (A.R., vol. II, at p. 67). Whether he “went over”, “stepped over”, or “jumped over” the fence,

menaçante que si pareil acte de l’État se produisait dans un lieu public. Les gens s’attendent à juste titre à ne pas être importunés par l’État dans leurs espaces privés. Il y a aussi, sur le plan pratique, la réalité que, lorsque les autorités prennent le contrôle d’un espace privé comme une cour arrière ou une résidence, il n’existe souvent aucun autre endroit où se réfugier contre une autre intrusion forcée.

[52] En l’espèce, le caractère privé de la cour arrière diminue l’importance de la remarque du juge du procès selon laquelle la nature de la conduite des policiers est atténuée au motif que l’on a *seulement* demandé à M. Le de présenter une pièce d’identité, que ce dernier n’a pas été retardé dans ses déplacements et qu’il était libre d’obtempérer ou de « quitter les lieux ». Il s’agit de facteurs énoncés par la Cour dans l’arrêt *Mann*, au par. 19, pour décrire les circonstances dans lesquelles il *n’y a pas* de détention. Cependant, dans cette affaire, la conduite policière a été adoptée dans une rue du centre-ville et non dans une résidence privée. Dans les circonstances du présent pourvoi, *où*, précisément, M. Le devait-il aller en « quittant les lieux »? *En quoi* M. Le était-il « retardé » s’il socialisait chez un ami? À notre avis, ces considérations ont peu de pertinence, voire aucune, dans le contexte d’une conduite policière dans une résidence privée.

[53] Pour ce qui est du mode d’entrée utilisé en l’espèce, trois policiers en uniforme ont soudainement occupé une cour arrière et pris le contrôle des personnes qui s’y trouvaient tard en soirée. Notre collègue prétend que nous avons mal qualifié les actes des policiers au moment de leur entrée dans la cour arrière et la façon dont ces actes auraient été raisonnablement perçus. À titre d’exemple, il souligne la façon dont l’agent O’Toole est entré dans la cour et insiste sur le fait que, selon le juge du procès, cet acte n’avait rien d’intimidant ou de potentiellement coercitif.

[54] En clair, l’agent O’Toole a affirmé ce qui suit dans son témoignage : [TRADUCTION] « Je suis entré par la droite, d’accord. Je suis passé — je ne suis pas passé par la barrière pour entrer dans la cour. J’ai enjambé la clôture parce que c’est là que je me trouvais » (d.a., vol. II, p. 67). Peu importe qu’il soit

we are simply explaining how Cst. O’Toole entered the backyard on the basis of the police officers’ evidence.

[55] However, where a trial judge concludes that this mode of entry was not intimidating or coercive, they are addressing how a reasonable person would perceive that act for the purposes of determining whether there has been a detention under s. 9 of the *Charter*. This is reviewable on a correctness standard. We take, and are entitled to take, a different view of whether a reasonable person in the accused’s shoes would, based on this mode of entry, feel they were not free to leave and would feel obligated to comply with a police direction or demand.

[56] The mode of entry would be seen as coercive and intimidating by a reasonable person. Two officers came in immediately. The fact that a third officer first walked the perimeter before entering over the fence would convey to a reasonable person that there was a tactical element to the encounter. Further, a reasonable person would interpret Cst. O’Toole’s decision to enter by coming over the fence as demonstrating a sense of urgency. In these circumstances, we accept the submission of the intervener the Scadding Court Community Centre that the use of such tactics by the police to enter a private residence communicates an exercise of *power* and would be so understood by a reasonable person.

[57] In viewing these actions as tactical, we are not, as our colleague suggests, recasting the record. We are simply articulating how the entry would be reasonably perceived — which is what this Court did in *Grant* when it held that the taking of tactical positions by police supports a finding of detention. Significantly, the trial judge in *Grant* did not mention tactical positioning at all. This Court, however, did not hesitate to describe the police conduct as tactical because doing so involved reasonable characterizations, not findings of fact. While our colleague prefers to characterize the jump over the fence as a

« passé par-dessus », qu’il ait « enjambé » ou qu’il ait « sauté » la clôture, nous expliquons simplement comment l’agent O’Toole est entré dans la cour arrière, et ce, en fonction du témoignage des policiers.

[55] Toutefois, dans les cas où le juge du procès conclut que ce mode d’entrée n’est pas intimidant ou coercitif, il se penche sur la façon dont une personne raisonnable percevrait cet acte afin de juger s’il y a eu détention pour l’application de l’art. 9 de la *Charte*. Il s’agit d’une question assujettie à la norme de la décision correcte. Nous nous formons une opinion différente, ce que nous avons le droit de faire, quant à savoir si, compte tenu du mode d’entrée choisi, une personne raisonnable mise à la place de l’accusé ne se serait pas sentie libre de partir et se serait sentie obligée de respecter l’ordre ou la sommation des policiers.

[56] Une personne raisonnable percevrait le mode d’entrée choisi comme coercitif et intimidant. Deux policiers sont entrés immédiatement. Le fait qu’un troisième policier ait tout d’abord fait le tour du périmètre avant d’entrer en passant par-dessus la clôture donnerait à penser à la personne raisonnable que l’interaction avait un aspect tactique. En outre, une personne raisonnable interpréterait la décision de l’agent O’Toole d’entrer en passant par-dessus la clôture comme témoignant d’une certaine urgence. En pareilles circonstances, nous convenons avec le Scadding Court Community Centre intervenant pour dire que le recours à de telles tactiques par les policiers dans le but d’entrer dans une résidence privée témoigne de l’exercice d’un *pouvoir* et serait interprété comme tel par une personne raisonnable.

[57] En considérant ces actes comme tactiques, nous ne réinterprétons pas le dossier, comme le prétend notre collègue. Nous affirmons tout simplement comment l’entrée serait raisonnablement perçue — ce qu’a fait notre Cour dans l’arrêt *Grant* lorsqu’elle a statué que la prise de positions tactiques par les policiers permettait de conclure à une mise en détention. Fait important, le juge du procès dans *Grant* n’avait pas mentionné le positionnement tactique. Notre Cour n’a toutefois pas hésité à décrire la conduite des policiers comme tactique, parce que ce faisant, elle se livrait à des caractérisations raisonnables et ne tirait pas de

likely outcome of convenience, it is not clear how the convenience to the police has *any* impact about how it is perceived by a reasonable person. We are of the view that the entry over the fence conveyed a show of force.

[58] Each officer understood that the backyard was part of a private residence. Yet, their mode of entry displayed indifference towards the legal significance of the “little mini fence”. The officers treated the backyard as if it were a common area that was free to all to come and go as they please, which would suggest to the reasonable person that they were now under police control.

[59] Placing the mode of entry aside, we agree with Lauwers J.A.’s observation that it was unlikely that the police officers would have “brazenly entered a private backyard and demanded to know what its occupants were up to in a more affluent and less racialized community” (para. 162). Living in a less affluent neighbourhood in no way detracts from the fact that a person’s residence, regardless of its appearance or its location, is a private and protected place. This is no novel insight and has long been understood as fundamental to the relationship between citizen and state. Over 250 years ago, William Pitt (the Elder), speaking in the House of Commons, described how “[t]he poorest man may in his cottage bid defiance to all the forces of the crown. It may be frail — its roof may shake — the wind may blow through it — the storm may enter — the rain may enter — but the King of England cannot enter! — all his force dares not cross the threshold of the ruined tenement” (House of Commons, *Speech on the Excise Bill* (March 1763), quoted in Lord Brougham, *Historical Sketches of Statesmen Who Flourished in the Time of George III* (1855), vol. I, at p. 42).

[60] The trial judge noted that this neighbourhood of Toronto experiences a high rate of violent crime.

conclusions de fait. Bien que notre collègue préfère caractériser le saut par-dessus la clôture comme étant probablement une question de commodité, il n’est pas clair comment la commodité des policiers a *quelque* incidence sur la manière dont elle est perçue par une personne raisonnable. Nous sommes d’avis que le fait qu’ils soient entrés dans la cour en passant par-dessus la clôture évoquait une démonstration de force.

[58] Chacun des policiers savait que la cour arrière faisait partie d’une résidence privée. Pourtant, leur mode d’entrée témoignait d’une indifférence à l’égard de l’importance de la [TRADUCTION] « mini-clôture » sur le plan juridique. Les policiers ont considéré la cour arrière comme une zone commune où tous étaient libres de circuler comme bon leur semblait, ce qui donnerait à penser à la personne raisonnable qu’elle était alors sous le contrôle de la police.

[59] Indépendamment du mode d’entrée choisi, nous sommes d’accord avec le juge Lauwers pour dire qu’il était peu probable que les policiers [TRADUCTION] « entrent effrontément dans une cour arrière privée et exigent de savoir ce que font ses occupants dans une collectivité mieux nantie et moins racialisée » (par. 162). Vivre dans un quartier moins nanti ne change rien au fait que la résidence d’une personne, peu importe son apparence ou son emplacement, constitue un endroit privé et protégé. Il ne s’agit pas d’une idée nouvelle, laquelle est depuis longtemps considérée comme essentielle au rapport entre le citoyen et l’État. Il y a plus de 250 ans, William Pitt (l’Ancien), s’adressant à la House of Commons, a décrit comment, [TRADUCTION] « [d]ans sa chaumière, l’homme le plus pauvre peut défier toutes les forces du ministère public. Sa chaumière peut bien être frêle, son toit peut branler, le vent peut souffler à travers, la tempête peut y entrer, la pluie peut y pénétrer, mais le roi d’Angleterre, lui, ne peut pas entrer! Toute sa force n’ose pas franchir le seuil du logement délabré » (House of Commons, *Speech on the Excise Bill* (mars 1763), cité dans Lord Brougham, *Historical Sketches of Statesmen Who Flourished in the Time of George III* (1855), vol. I, p. 42).

[60] Le juge du procès a fait remarquer que ce quartier de Toronto était aux prises avec un taux

The officers themselves testified to routinely patrolling this housing co-operative. But, the reputation of a particular community or the frequency of police contact with its residents does not in any way license police to enter a private residence more readily or intrusively than they would in a community with higher fences or lower rates of crime. Indeed, that a neighbourhood is policed more heavily imparts a *responsibility* on police officers to be vigilant in respecting the privacy, dignity and equality of its residents who already feel the presence and scrutiny of the state more keenly than their more affluent counterparts in other areas of the city (Canadian Muslim Lawyers Association’s factum, at p. 9).

[61] It follows, and as Lauwers J.A. pointed out, “[m]ost people would be utterly shocked and appalled by the sudden appearance of police officers in their backyard or the front hall of the[ir] house in the absence of emergent circumstances” (para. 112). There is no reason why this statement does not apply in full effect to these events in the backyard of the L.D. townhouse.

(v) The Presence of Others

[62] The police conduct towards others in the backyard would likely have had an impact on how a reasonable person in Mr. Le’s shoes would have perceived the unfolding situation.

[63] In this case, the presence of others would likely increase, not decrease, a reasonable person’s perception that they were being detained. Each man witnessed what was happening to them all. The presence of others clearly did not prevent the police entry in the first place or provide any privacy, security or protection against incursions thereafter. Each man saw that the police asked each of them who they were and what they were doing. They watched the police demand and receive identification from others,

élevé de crimes violents. Les agents ont eux-mêmes affirmé dans leur témoignage qu’ils patrouillaient régulièrement dans la coopérative d’habitation. Cependant, la réputation d’une collectivité en particulier ou la fréquence des contacts entre la police et ses résidants n’autorisent aucunement les policiers à entrer dans une résidence privée plus facilement ou de façon plus envahissante qu’ils ne le feraient dans une collectivité où les clôtures sont plus hautes ou le taux de criminalité plus bas. En effet, le fait pour un quartier de faire l’objet d’interventions policières accrues impose aux policiers la *responsabilité* de faire preuve de vigilance en ce qui a trait au respect de la vie privée, de la dignité et de l’égalité de ses résidants qui ressentent déjà la présence et la surveillance de l’État plus vivement que leurs concitoyens mieux nantis qui vivent dans d’autres secteurs de la ville (mémoire de l’Association canadienne des avocats musulmans, p. 9).

[61] Comme le juge Lauwers l’a fait observer, il s’ensuit que [TRADUCTION] « [l]a plupart des gens seraient tout à fait choqués et consternés si des policiers apparaissaient subitement dans leur cour arrière ou leur vestibule en l’absence d’une situation d’urgence » (par. 112). Il n’y a pas de raison pour que cet énoncé ne s’applique pas pleinement aux événements qui se sont déroulés dans la cour arrière de la maison en rangée de L.D.

(v) La présence d’autres personnes

[62] La conduite des policiers à l’égard des autres personnes se trouvant dans la cour arrière aurait vraisemblablement eu une incidence sur la façon dont une personne raisonnable mise à la place de M. Le aurait perçu le déroulement de la situation.

[63] Dans la présente affaire, la présence d’autres personnes aurait vraisemblablement pour effet d’accroître, et non de diminuer, la perception qu’aurait une personne raisonnable d’être détenue. Chacune des personnes présentes a été témoin de ce qui arrivait à toutes. La présence d’autres personnes n’a d’ailleurs manifestement pas empêché les policiers d’entrer, et elle n’a fourni aucune forme de protection de la vie privée, de sécurité et de protection contre les incursions subséquentes. Chaque homme a vu les

illustrating that these were not polite requests to be considered, but were treated as orders to be obeyed. When one of the men was told to keep his hands visible, the trial judge said he “immediately complied”. Compliance connotes an order. Witnessing this repeated sequence of command and compliance would have led a reasonable person to believe that they were not free to leave and that even their physical movements were subject to police control.

[64] The police did not tell any of the young men in the backyard that they were free to go and/or were not required to answer their interrogatories. What Mr. Le saw occurring to others likely increased the perception and reality of coercion. The others simply did what the police told them to do — consistent conduct, which strongly suggests what a reasonable person would also have thought and done in these circumstances. A reasonable person would have thought they had no alternative, but to remain and obey.

(vi) The Duration of the Encounter

[65] As to the duration of the encounter, although the interaction lasted less than a minute, the impact of the police conduct in that short space of time would lead any reasonable person to conclude that it was necessary to comply with police directions and commands, and that it was impossible to leave or walk away without the permission of the police once they entered the backyard. The duration of the encounter is simply one consideration among many.

[66] In some cases, the overall duration of an encounter may contribute to the conclusion that a detention has occurred (i.e. the simple passage of time demonstrates how the person came to believe they could not leave). In other cases, however, a detention, even a psychological one, can occur within a matter of seconds, depending on the circumstances. For

policiers demander à tous qui ils étaient et ce qu'ils faisaient. Ils ont observé les policiers exiger et recevoir des pièces d'identité des autres, ce qui donnait à penser qu'il ne s'agissait pas de demandes polies à considérer, mais bien d'ordres à respecter. Selon le juge du procès, lorsqu'il s'est fait dire de placer ses mains bien en vue, l'un des hommes a [TRADUCTION] « obtempéré sur-le-champ ». L'obéissance suggère un ordre. Une personne raisonnable qui est témoin d'une telle série répétée de commandes auxquelles on obtempère serait portée à croire qu'elle n'était pas libre de partir et que même ses mouvements physiques étaient assujettis au contrôle des policiers.

[64] Les policiers n'ont indiqué à aucun des jeunes hommes qui se trouvaient dans la cour arrière qu'il était libre de partir ou qu'il n'était pas tenu de répondre à leurs questions. Ce que M. Le a vu de ce qu'il arrivait aux autres vraisemblablement eu pour effet d'accroître la perception et l'évidence de la coercition. Les autres jeunes se sont contentés de faire ce qu'il leur était demandé par les policiers, conduite cohérente qui tend fortement à indiquer ce qu'une personne raisonnable aurait pensé et fait dans ces circonstances. Une personne raisonnable aurait cru qu'elle n'avait pas d'autre choix que de rester sur place et d'obtempérer.

(vi) La durée du contact

[65] En ce qui concerne la durée du contact, même si l'interaction a duré moins d'une minute, l'incidence de la conduite des policiers dans ce court laps de temps aurait incité une personne raisonnable à conclure qu'elle était tenue d'obtempérer à leurs ordres et commandes, et qu'il était impossible de quitter les lieux sans la permission des policiers après leur entrée dans la cour arrière. La durée du contact est simplement une considération parmi de nombreuses autres.

[66] Dans certains cas, la durée totale du contact peut permettre de conclure qu'il y a eu détention (c'est-à-dire juste le temps passé démontre comment la personne en est venue à croire qu'elle ne pouvait pas quitter les lieux). Dans d'autres cas, cependant, une détention, même de nature psychologique, peut se produire en l'espace de quelques secondes selon

example, the detention of the accused in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, existed from *the outset* of an interaction where police read the accused a breathalyzer demand at the roadside and he accompanied the officer to provide samples of his breath at the station. As this Court held in *Grant*, “a single forceful act or word may be enough to cause a reasonable person to conclude that his or her right to choose how to respond has been removed” (para. 42). In this case, the qualifying single forceful act or word occurred when the officers entered the property asking questions.

[67] Our colleague, consistent with the courts below, emphasizes that the encounter was short in duration and that weighed against a finding of detention prior to Cst. O’Toole’s inquiry of Mr. Le. Although this interaction lasted less than a minute, things can and do happen very quickly. The primary focus remains on the perception of a reasonable person in the circumstances. The impact of the police conduct in that short space of time would lead any reasonable person to conclude that it was necessary to comply with police directions and commands and that it was impossible to leave or walk away without the permission of the police.

[68] In sum, the nature of the police conduct here was, in one word, and our word, aggressive. This is an accurate and appropriate adjective to capture how a reasonable person would perceive the police conduct, conduct which it is accepted may be experienced as more forceful, coercive, and threatening because it occurs on private property like a residence. Considered individually and in combination, these aspects of their conduct support the conclusion that a detention arose as soon as the police officers entered the backyard and started asking questions.

(c) *Particular Characteristics or Circumstances of the Accused*

[69] Under this *Grant* factor, courts may, when relevant, take into account the particular characteristics or circumstances of the individual. In this

les circonstances. Par exemple, il y a eu mise en détention de l’accusé dans l’arrêt *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, dès *le début* de l’interaction, au moment où le policier a lu à l’accusé l’ordre de se soumettre à un alcootest sur le bord de la route et où celui-ci a suivi l’agent au poste en vue de fournir des échantillons d’haleine. Comme notre Cour l’a conclu dans *Grant*, « un seul acte ou mot percutant peut induire une personne raisonnable à conclure qu’elle n’a plus le droit de choisir comment répondre à la situation » (par. 42). En l’espèce, l’acte ou mot percutant en question est survenu lorsque les policiers sont entrés sur la propriété et ont posé des questions.

[67] À l’instar des tribunaux d’instance inférieure, notre collègue souligne que le contact a été de courte durée, ce qui milite contre une conclusion de mise en détention antérieure à la question que l’agent O’Toole a posée à M. Le. Bien que l’interaction ait duré moins d’une minute, certaines choses peuvent survenir et surviennent effectivement très rapidement. L’analyse demeure axée sur la perception d’une personne raisonnable dans les circonstances. L’incidence de la conduite des policiers dans ce court laps de temps aurait incité une personne raisonnable à conclure qu’il était nécessaire d’obtempérer à leurs ordres et commandes, et qu’il était impossible de quitter les lieux sans leur permission.

[68] En somme, la nature de la conduite des policiers en l’espèce s’est avérée à notre avis agressive. Cet adjectif qualifie avec exactitude et justesse comment une personne raisonnable percevrait la conduite des policiers, une conduite qui, on en convient, pourrait être reconnue comme étant plus percutante, coercitive et menaçante parce qu’elle se produit sur une propriété privée comme une résidence. Examinés individuellement et collectivement, ces aspects de leur conduite permettent de conclure qu’il y a eu détention dès que les policiers sont entrés dans la cour arrière et ont commencé à poser des questions.

(c) *Les caractéristiques ou la situation particulière de l’accusé*

[69] Selon ce facteur de l’arrêt *Grant*, les tribunaux peuvent, lorsque cela est indiqué, tenir compte des caractéristiques ou de la situation particulières de la

case, Mr. Le was the eldest of the group and he is described as being 20 years old, of Asian descent, and of small stature.

[70] The trial judge identified the appellant's minority status, level of sophistication, age, and physical stature as the relevant personal characteristics that could bear on the timing of a detention (para. 85). To this list, the majority of the Court of Appeal for Ontario further considered Mr. Le's subjective perceptions of the unfolding events to be an important consideration in the detention analysis. The misunderstandings and errors in the treatment of the appellant's personal circumstances were not only important in their own right, they expose larger problems related to the sources of evidence that may be relevant in assessing whether a reasonable person would have felt detained as the officers entered this backyard and made contact with, and demanded identification from, five racialized young men.

[71] We first set out the general principles applicable to the consideration of the personal circumstances of the accused in the detention analysis. We will then turn to the differences between the assessment of race and minority status as a consideration in the detention analysis and the separate, and distinct, inquiry of whether the police were engaged in racial profiling. Evidence about race relations relevant to the detention analysis, like all evidence of social context, can be derived from "social fact" or the taking of judicial notice. The information necessary to inform the reasonable person can take the form of reliable research and reports that are not the subject of reasonable dispute; and, rarely, direct, testimonial evidence. In this appeal, other than noting that he took a "realistic appraisal of the entire transaction" (para. 89), the trial judge did not consider the reasonable person in his analysis. This led to further error in the courts below in the assessment of Mr. Le's level of sophistication and his subjective perceptions of the unfolding events. We will also briefly

personne en cause. En l'espèce, M. Le était l'aîné du groupe et il est décrit comme étant âgé de 20 ans, d'origine asiatique et de petite stature.

[70] Le juge du procès a établi que l'appartenance de l'appelant à une minorité, son degré de discernement, son âge et sa stature constituaient les caractéristiques personnelles pertinentes susceptibles d'avoir une incidence lors de la détermination du moment de la mise en détention (par. 85). Les juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Ontario ont en outre considéré que les perceptions subjectives de M. Le à l'égard du déroulement des événements constituaient une considération importante dans l'analyse relative à la détention. Non seulement les méprises et les erreurs dans l'appréciation de la situation personnelle de l'appelant revêtaient de l'importance en elles-mêmes, mais elles révélaient aussi des problèmes plus vastes associés aux sources de preuve pouvant s'avérer pertinentes pour déterminer si une personne raisonnable se serait sentie mise en détention au moment où les policiers sont entrés dans la cour arrière et ont pris contact avec cinq jeunes hommes appartenant à des groupes racialisés leur ordonnant de présenter une pièce d'identité.

[71] Nous présenterons tout d'abord les principes généraux applicables à l'appréciation de la situation personnelle de l'accusé dans le cadre de l'analyse relative à la détention. Nous passerons ensuite aux différences entre l'appréciation de la race et l'appartenance à une minorité en tant que considération dans l'analyse relative à la détention, et l'examen distinct de la question de savoir si les policiers se livraient à du profilage racial. Comme toute preuve du contexte social, les éléments de preuve concernant les relations interraciales pertinentes en ce qui a trait à l'analyse relative à la détention peuvent émaner de « faits sociaux » ou de la prise de connaissance d'office. Les renseignements nécessaires pour permettre à une personne raisonnable de s'informer peuvent revêtir la forme de travaux de recherche et de rapports fiables qui ne font l'objet d'aucune contestation raisonnable, et prennent rarement la forme de témoignages directs. En l'espèce, outre le fait d'avoir souligné qu'il avait procédé à [TRADUCTION] « une évaluation réaliste de la totalité du contact » (par. 89), le juge du procès n'a

address how a claimant's age and stature weighs in the analysis.

(i) General Principles

[72] An important consideration when assessing when a detention occurred is that Mr. Le is a member of a racialized community in Canada. Binnie J. in *Grant* found that “visible minorities . . . may, because of their background and experience, feel especially unable to disregard police directions, and feel that assertion of their right to walk away will itself be taken as evasive” (paras. 154-55 and 169 (per Binnie J., concurring); see also, *Therens*, at p. 644 (per Le Dain J, dissenting) on whether citizens truly have a “choice” to obey the police’s commands).

[73] In *Grant*, this Court recognized how the legal standard on which a detention is measured is based on a reasonable person in like circumstances and that this norm needs to account for diverse realities. By expressly including the race of the accused as a potentially relevant consideration, this Court acknowledged that, based on distinct experiences and particular knowledge, various groups of people may have their own history with law enforcement and that this experience and knowledge could bear on whether and when a detention has reasonably occurred. Thus, to truly engage in the “realistic appraisal of the entire interaction”, as required in *Grant* (at para. 32), courts must appreciate that individuals in some communities may have different experiences and relationships with police than others and such may impact upon their reasonable perceptions of whether and when they are being detained.

pas tenu compte du critère de la personne raisonnable dans son analyse. D'autres erreurs ont ainsi marqué les décisions des tribunaux d'instance inférieure quant à l'appréciation du degré de discernement de M. Le et de ses perceptions subjectives à l'égard du déroulement des événements. Nous traiterons aussi brièvement de l'importance à accorder dans l'analyse à l'âge et à la stature du plaignant.

(i) Principes généraux

[72] L'appartenance de M. Le à un groupe racialisé au Canada constitue une considération importante pour déterminer quand il y a eu mise en détention. Le juge Binnie a conclu dans *Grant* qu'un « membre d'une minorité visible [. . .], en raison de sa situation et de son vécu, est davantage susceptible de ne pas se sentir en mesure de désobéir aux directives des policiers et [d'avoir l'impression] que toute affirmation de son droit de quitter les lieux risque d'être considérée en soi comme une esquivé » (par. 154-155 et 169 (motifs concordants du juge Binnie); voir aussi, *Therens*, p. 644 (le juge Le Dain, dissident) sur la question de savoir si les citoyens ont réellement « le choix » d'obéir ou de désobéir aux commandes des policiers).

[73] Dans l'arrêt *Grant*, notre Cour a reconnu à quel point le critère juridique au regard duquel la détention doit être appréciée repose sur la perspective d'une personne raisonnable placée dans la même situation, et a affirmé que cette norme doit tenir compte de la diversité. En incluant expressément la race de l'accusé parmi les considérations possiblement pertinentes, notre Cour a reconnu que l'interaction qu'ont eue dans le passé divers groupes de personnes avec les forces de l'ordre pourrait, selon les connaissances particulières et l'expérience vécue, entrer en ligne de compte lorsqu'il s'agit de déterminer raisonnablement si et quand il y a eu mise en détention. En conséquence, pour pouvoir procéder réellement à « une évaluation réaliste de la totalité du contact », comme l'exige l'arrêt *Grant* (au par. 32), les tribunaux doivent tenir compte du fait que les membres de certaines collectivités peuvent vivre des expériences particulières et avoir des rapports différents avec la police, qui influenceront sur leur perception raisonnable quant à savoir si et quand ils font l'objet d'une détention.

(ii) Differences Between Race and Racial Profiling Under Section 9 of the *Charter*

[74] It is important, at the outset, to understand both the place and purpose of race as a consideration in the detention analysis and how it differs from the concept of racial profiling.

[75] At the detention stage of the analysis, the question is how a reasonable person of a similar racial background would perceive the interaction with the police. The focus is on how the combination of a racialized context and minority status would affect the perception of a reasonable person in the shoes of the accused as to whether they were free to leave or compelled to remain. The s. 9 detention analysis is thus contextual in nature and involves a wide ranging inquiry. It takes into consideration the larger, historic and social context of race relations between the police and the various racial groups and individuals in our society. The reasonable person in Mr. Le's shoes is presumed to be aware of this broader racial context.

[76] In contrast, the concept of racial profiling is primarily concerned with the motivation of the police. It occurs when race or racial stereotypes about offending or dangerousness are used, consciously or unconsciously, to any degree in suspect selection or subject treatment (Ottawa Police Service, *Racial Profiling* (June 27, 2011), Policy No. 5.39 (online), at p. 2).

[77] This Court adopted the following definition of racial profiling in *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Bombardier Inc. (Bombardier Aerospace Training Center)*, 2015 SCC 39, [2015] 2 S.C.R. 789:

Racial profiling is any action taken by one or more people in authority with respect to a person or group of persons, for reasons of safety, security or public order, that is based on actual or presumed membership in a group defined by race, colour, ethnic or national origin or religion, without factual grounds or reasonable suspicion, that results in the

(ii) Différences entre la race et le profilage racial au regard de l'art. 9 de la *Charte*

[74] Il importe de comprendre dès le départ la place qu'occupe la race et son objet en tant que considération dans le cadre de l'analyse relative à la détention, et en quoi cette notion diffère de celle de profilage racial.

[75] À l'étape de l'examen de la détention, il faut déterminer comment une personne raisonnable ayant vécu une expérience similaire liée à la race percevrait l'interaction avec les policiers. L'analyse est axée sur l'effet conjugué qu'auraient un contexte racialisé et l'appartenance à une minorité sur la perception d'une personne raisonnable mise à la place de l'accusé quant à savoir si elle était libre de partir ou tenue de rester sur place. L'analyse relative à la détention au regard de l'art. 9 est donc de nature contextuelle et de large portée. Elle tient compte du contexte historique et social plus large des relations interraciales entre la police et les divers groupes raciaux et les divers individus dans notre société. La personne raisonnable mise à la place de M. Le est présumée connaître ce contexte racial plus large.

[76] En revanche, la notion de profilage racial s'attache principalement à la motivation des agents de police. Le profilage racial se produit lorsque la race ou les stéréotypes raciaux concernant la criminalité ou la dangerosité sont dans une quelconque mesure utilisés, consciemment ou inconsciemment, dans la sélection des suspects ou le traitement des individus (Service de police d'Ottawa, *Racial Profiling* (27 juin 2011), politique n° 5.39 (en ligne), p. 2).

[77] La Cour a adopté la définition suivante du profilage racial dans *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, 2015 CSC 39, [2015] 2 R.C.S. 789 :

Le profilage racial désigne toute action prise par une ou des personnes en situation d'autorité à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes, pour des raisons de sûreté, de sécurité ou de protection du public, qui repose sur des facteurs d'appartenance réelle ou présumée, tels [*sic*] la race, la couleur, l'origine ethnique ou nationale ou la religion, sans

person or group being exposed to differential treatment or scrutiny.

Racial profiling [also] includes any action by a person in a situation of authority who applies a measure in a disproportionate way to certain segments of the population on the basis, in particular, of their racial, ethnic, national or religious background, whether actual or presumed. [Emphasis deleted; para. 33.]

[78] Thus, racial profiling is anchored to an internal mental process that is held by a person in authority — in this case, the police. This means that racial profiling is primarily relevant under s. 9 when addressing whether the detention was arbitrary because a detention based on racial profiling is one that is, by definition, not based on reasonable suspicion. Racial profiling is also relevant under s. 24(2) when assessing whether the police conduct was so serious and lacking in good faith that admitting the evidence at hand under s. 24(2) would bring the administration of justice into disrepute.

[79] For this reason, a finding that there has been no racial profiling has little bearing on the timing of the detention where the focus is on what a reasonable person in the shoes of the accused would perceive and not on what motivated the officers to act as they did.²

[80] At trial, the issue of racial profiling arose under s. 24(2). The trial judge rejected that and found that there was no racial profiling in this case. Even though as early as 2006, Doherty J.A. noted that there is now “an acceptance by the courts that racial profiling occurs and is a day-to-day reality in the lives of those minorities affected by it” (*Peart v. Peel Regional Police Services Board* (2006), 43 C.R. (6th) 175 (Ont. C.A.), at para. 94), it is still open to a trial judge to determine that something that often occurs did not actually happen in the particular case before them. Neither of the parties have contested the trial

motif réel ou soupçon raisonnable, et qui a pour effet d'exposer la personne à un examen ou à un traitement différent.

Le profilage racial inclut aussi toute action de personnes en situation d'autorité qui appliquent une mesure de façon disproportionnée sur des segments de la population du fait, notamment, de leur appartenance raciale, ethnique ou nationale ou religieuse, réelle ou présumée. [Soulignement omis; par. 33.]

[78] Le profilage racial est donc ancré dans un processus mental que suit une personne en autorité — en l'espèce, l'un ou l'autre des policiers. Ainsi, le profilage racial entre surtout en jeu au regard de l'art. 9 lorsqu'il s'agit de déterminer si la détention est arbitraire, parce que, par définition, la détention fondée sur un profilage racial ne repose pas sur des soupçons raisonnables. Le profilage racial entre aussi en jeu au regard du par. 24(2) lorsqu'il s'agit de déterminer si la conduite policière est si grave et dénuée de bonne foi que l'utilisation des éléments de preuve au dossier est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

[79] Pour cette raison, une conclusion d'absence de profilage racial n'a guère d'incidence sur la question du moment où il y a détention, lequel repose principalement sur la perception qu'aurait une personne raisonnable mise à la place de l'accusé, et non sur ce qui a motivé les policiers à agir de la sorte².

[80] Au procès, la question du profilage racial a été soulevée au regard du par. 24(2). Le juge du procès a rejeté cet argument et a conclu à l'absence de profilage racial en l'espèce. Même si le juge Doherty faisait observer, dès 2006, que [TRADUCTION] « la jurisprudence reconnaît [désormais] l'existence du profilage racial qui fait partie du quotidien des minorités visées » (*Peart c. Peel Regional Police Services Board* (2006), 43 C.R. (6th) 175 (C.A. Ont.), par. 94), il demeure loisible au juge qui préside le procès de conclure qu'une chose qui arrive souvent ne s'est pas dans les faits produite dans l'affaire dont il est

² It may be that a finding that there was racial profiling may affect how a reasonable person experiences the police interaction at issue. But the trial judge found there was no racial profiling here, and therefore racial profiling is not a relevant consideration in *this* detention analysis.

² Il se peut qu'une conclusion suivant laquelle il y a eu profilage racial influe sur la perception qu'aurait une personne raisonnable de l'interaction en cause avec les policiers. Cependant, comme le juge du procès a conclu à l'absence de profilage racial en l'espèce, le profilage racial n'est pas une considération pertinente dans *la présente* analyse relative à la détention.

judge's conclusion and we are not taking issue with the trial judge's determination.

[81] To repeat, however, the conclusion that there was no racial profiling addresses the police motivation and not the separate and specific question of the impact race may have had on the perception of the reasonable person in the shoes of the accused. While racial profiling looks inwards at what motivated the police interaction with a person, the racial context analysis relevant to the timing of the detention under s. 9 is not inward-looking, but rather focuses on the relational aspect between the police and racialized communities in order to discern what a reasonable person in the circumstances would perceive. The focus under s. 9 is thus on what a reasonable person in the shoes of the accused would perceive and it is to that question we now turn

(iii) Race and the Timing of Detention

[82] A reasonable person in the shoes of the accused is deemed to know about how relevant race relations would affect an interaction between police officers and four Black men and one Asian man in the backyard of a townhouse at a Toronto housing co-operative.

[83] Evidence about race relations that may inform whether there has been a detention under s. 9, like all social context evidence, can be proved in legal proceedings by direct evidence, admissions, or by the taking of judicial notice. The realities of *Charter* litigation are that social context evidence is often of fundamental importance, but may be difficult to prove through testimony or exhibits. To be sure, social context evidence is a type of “social fact” evidence, which has been defined as “social science research that is used to construct a frame of reference or background context for deciding factual issues crucial to the resolution of a particular case” (*R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458, at para. 57).

saisi. Ni l'une ni l'autre des parties n'a contesté la conclusion du juge du procès, et nous ne sommes pas en désaccord avec celle-ci.

[81] Cependant, répétons-le, la conclusion d'absence de profilage racial concerne la motivation des policiers et non la question particulière et distincte de l'incidence qu'aurait pu avoir la race sur la perception d'une personne raisonnable mise à la place de l'accusé. Alors que la question du profilage racial comporte un examen axé sur ce qui a motivé l'interaction des policiers avec une personne, l'analyse du contexte racial pertinente à l'égard du moment où il y a une détention au regard de l'art. 9 porte plutôt sur les rapports entre la police et les collectivités racialisées afin de déterminer quelle serait la perception d'une personne raisonnable dans les circonstances. L'analyse fondée sur l'art. 9 porte donc principalement sur la perception qu'aurait une personne raisonnable mise à la place de l'accusé, question à laquelle nous passons maintenant.

(iii) Race et moment de la mise en détention

[82] Une personne raisonnable mise à la place de l'accusé est censée connaître l'incidence des relations interraciales sur l'interaction entre des agents de police et quatre hommes de race noire et un homme asiatique présents dans la cour arrière d'une maison en rangée faisant partie d'une coopérative d'habitation de Toronto.

[83] Comme toute preuve du contexte social, les éléments de preuve concernant les relations interraciales qui peuvent être utiles pour déterminer s'il y a eu une détention au sens de l'art. 9 peuvent être établis dans le cadre des procédures judiciaires par preuve directe, des aveux ou la prise de connaissance d'office. Il ressort des litiges relatifs à la *Charte* que la preuve relative au contexte social revêt souvent une importance fondamentale, mais qu'elle peut être difficile à établir au moyen de témoignages ou de pièces. La preuve du contexte social constitue certes un type de preuve relative à un « fait social », qui a été définie comme « la recherche en sciences sociales servant à établir le cadre de référence ou le contexte pour trancher des questions factuelles cruciales pour le règlement d'un litige » (*R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458, par. 57).

[84] In most cases, the knowledge imputed to the reasonable person comes into evidence as a social fact of which the judge may take judicial notice. In *R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863, McLachlin C.J. held that a court may “take judicial notice of facts that are either: (1) so notorious or generally accepted as not to be the subject of debate among reasonable persons; or (2) capable of immediate and accurate demonstration by resort to readily accessible sources of indisputable accuracy” (para. 48). These two criteria are often referred to as the Morgan criteria (see E. M. Morgan, “Judicial Notice” (1944), 57 *Harv. L. Rev.* 269).

[85] In *Spence*, however, Binnie J. clarified that the taking of judicial notice is more nuanced and depends on the role such facts will play in the disposition of a given case — the more they become dispositive of an issue in dispute, the more pressing it is to meet the two Morgan criteria (para. 63). In circumstances where social facts will merely paint the background to a specific issue, then courts will usually take judicial notice of them and the threshold is lower. However, in cases that fall between these two ends of the spectrum, Binnie J. remarked:

When asked to take judicial notice of matters falling between the high end already discussed where the Morgan criteria will be insisted upon, and the low end of background facts where the court will likely proceed (consciously or unconsciously) on the basis that the matter is beyond serious controversy, I believe a court ought to ask itself whether such “fact” would be accepted by reasonable people who have taken the trouble to inform themselves on the topic as not being the subject of reasonable dispute . . . [para. 65]

[86] The context of race relations operates in the middle ground discussed by Binnie J.; it is neither dispositive of when Mr. Le was detained, nor mere background information. The race relations context is one consideration, among many, aiding in the analysis and interpretation of events that are crucial to this appeal.

[84] Dans la plupart des cas, les connaissances attribuées à la personne raisonnable sont introduites en preuve comme fait social dont le juge peut prendre connaissance d’office. Dans *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863, la juge en chef McLachlin a conclu qu’un tribunal peut « prendre connaissance d’office de deux types de faits : (1) les faits qui sont notoires ou généralement admis au point de ne pas être l’objet de débats entre des personnes raisonnables; (2) ceux dont l’existence peut être démontrée immédiatement et fidèlement en ayant recours à des sources facilement accessibles dont l’exactitude est incontestable » (par. 48). Ces deux critères sont souvent appelés critères de Morgan (voir E. M. Morgan, « Judicial Notice » (1944), 57 *Harv. L. Rev.* 269).

[85] Le juge Binnie a précisé dans l’arrêt *Spence* que la prise de connaissance d’office est plus nuancée et dépend du rôle que jouent de tels faits dans l’issue du litige — plus ces faits sont décisifs quant à l’issue de l’affaire, plus il est impérieux qu’il soit satisfait aux deux critères de Morgan (par. 63). Dans le cas où les faits sociaux décrivent uniquement le contexte d’une question précise, les tribunaux en prendront généralement connaissance d’office et la barre sera moins haute. Par contre, dans les cas où les faits se situent entre ces deux extrêmes, le juge Binnie fait observer ce qui suit :

J’estime que le tribunal auquel on demande de prendre connaissance d’office d’éléments se situant entre les faits qui touchent au cœur du litige et auxquels s’appliquent les critères de Morgan, et les faits généraux, qui touchent indirectement au litige et à l’égard desquels il supposera (consciemment ou non) qu’ils ne prêtent pas à sérieuse controverse, devrait se demander si une personne raisonnable ayant pris la peine de s’informer sur le sujet considérerait que ce « fait » échappe à toute contestation raisonnable . . . [par. 65]

[86] Le contexte des relations interraciales se retrouve dans la zone intermédiaire dont parle le juge Binnie; il ne permet pas de trancher la question de savoir quand M. Le a été mis en détention et ne constitue pas non plus une simple toile de fond. Il s’agit d’une considération parmi de nombreuses autres qui aide à analyser et à interpréter des événements cruciaux dans le présent pourvoi.

[87] In *Grant*, Binnie J. took judicial notice of how race could affect a s. 9 detention analysis when he observed how experience tells the courts that “[a] growing body of evidence and opinion suggests that visible minorities and marginalized individuals are at particular risk from unjustified ‘low visibility’ police interventions in their lives” (para. 154; see also, *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679, at para. 83; *R. v. Brown* (2003), 64 O.R. (3d) 161 (C.A.), at para. 9).

[88] To use Binnie J.’s test and terminology in *Spence* in this case: What would reasonable people, who have taken the trouble to inform themselves on the topic of race relations between the police and various racialized communities, know about the type of interaction that occurred in the backyard? What facts would be accepted as not being the subject of reasonable dispute?

1. *Reliable Reports on Race Relations*

[89] The information necessary to inform the reasonable person is readily available from many sources and authorities which are not the subject of reasonable dispute. Many authoritative studies, research and articles were cited to the Court to help establish the social context of the relationship between the police and racialized communities. In their submissions to this Court, multiple interveners made arguments on the basis of reliable studies and reputable reports that predate this appeal. This information about race and policing plays a crucial role and may also inform many issues, including fact finding, credibility assessments, determining what evidence is accepted as persuasive, assessing if there has been a detention and whether it is arbitrary under s. 9, and whether evidence should be admitted under s. 24.

[90] Members of racial minorities have disproportionate levels of contact with the police and the

[87] Dans l’arrêt *Grant*, le juge Binnie prend connaissance d’office de l’incidence de la race sur l’analyse relative à la détention au regard de l’art. 9 lorsqu’il fait remarquer que l’expérience renseigne les tribunaux que « [d]e plus en plus d’éléments de preuve et d’opinions tendent à démontrer que les minorités visibles et les personnes marginalisées risquent davantage de faire l’objet d’interventions policières “discrètes” injustifiées » (par. 154; voir également, *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679, par. 83; *R. c. Brown* (2003), 64 O.R. (3d) 161 (C.A.), par. 9).

[88] Suivant le critère et les termes utilisés par le juge Binnie dans l’arrêt *Spence*, il faut se demander en l’espèce qu’est-ce qu’une personne raisonnable qui aurait pris la peine de s’informer sur les relations interraciales entre la police et différentes collectivités racialisées saurait au sujet du type d’interaction qui a eu lieu dans la cour arrière? Quels faits seraient considérés comme échappant à toute contestation raisonnable?

1. *Les rapports fiables sur les relations interraciales*

[89] Les renseignements nécessaires pour permettre à une personne raisonnable de s’informer sur le sujet sont faciles à obtenir de nombreuses sources et de nombreux documents faisant autorité qui échappent à toute contestation raisonnable. Un grand nombre d’études faisant autorité, de travaux de recherche et d’articles nous ont été cités pour aider à établir le contexte social des rapports entre la police et les collectivités racialisées. Plusieurs intervenants ont avancé devant la Cour des arguments fondés sur des études et des rapports fiables qui sont antérieurs au présent pourvoi. Les renseignements concernant les questions de race et de maintien de l’ordre jouent un rôle essentiel et peuvent également s’avérer utiles à l’égard de nombreuses questions, notamment la recherche des faits, l’appréciation de la crédibilité, la détermination des éléments de preuve considérés convaincants, l’analyse de la question de savoir s’il y a eu détention et si celle-ci est arbitraire au sens de l’art. 9, et l’examen de la question de savoir si les éléments de preuve devraient être utilisés en application de l’art. 24.

[90] Les membres des minorités raciales font l’objet d’un nombre disproportionné de contacts avec la

criminal justice system in Canada (R. T. Fitzgerald and P. J. Carrington, “Disproportionate Minority Contact in Canada: Police and Visible Minority Youth” (2011), 53 *CJCCJ* 449, at p. 450). In 2003, the Ontario Human Rights Commission (“OHRC”) issued a report titled *Paying the Price: The Human Cost of Racial Profiling* (online). The OHRC summarized then existing research studies, which established that racial minorities are both treated differently by the police and that such differential treatment does not go unnoticed by them. The following excerpt demonstrates the extent, breadth, and reliability of reports which began to chronicle the issues in the 1970’s:

... there have been numerous studies which have confirmed differential treatment of racialized groups in different contexts. The African Canadian Legal Clinic has identified at least 15 reports issued since the 1970s dealing with police/minority relations in Canada. Early Ontario reports included those of the Walter Pitman Task Force (1977) and a 1979 Report by Gerald Emmett Cardinal Carter to the Civic Authorities of Metropolitan Toronto and its Citizens.

In 1988, the Solicitor General of Ontario appointed Clare Lewis as chair of the Race Relations and Policing Task Force. The Task Force’s 1989 report concluded that visible minorities believed they were policed differently: “They do not believe that they are policed fairly and they made a strong case for their view which cannot be ignored.” The Task Force found that racial minorities would like to participate in law enforcement and crime prevention but are “denied integration into community life when labelled as crime prone.” The report noted that the worst enemy of effective policing is the absence of public confidence and emphasized that police reliance on a “bad apple theory” to explain incidents does not help solve police race relations problems. The Task Force presented 57 recommendations to the Solicitor General covering monitoring, hiring and promotion, race relations training, use of force and community relations.

police et le système canadien de justice pénale (R. T. Fitzgerald et P. J. Carrington, « Disproportionate Minority Contact in Canada : Police and Visible Minority Youth » (2011), 53 *RCCJP* 449, p. 450). En 2003, la Commission ontarienne des droits de la personne (« CODP ») a publié un rapport intitulé *Un prix trop élevé : Les coûts humains du profilage racial* (en ligne). La CODP a résumé les études qui existaient à l’époque et qui établissaient que les minorités raciales étaient traitées de façon différente par la police et que cette différence de traitement ne passait pas inaperçue auprès de celles-ci. Voici un extrait qui démontre l’étendue, la portée et la fiabilité des rapports qui ont commencé à décrire les problèmes dans les années 1970 :

... une foule d’études confirment que les groupes racialisés sont traités de façon différente dans divers contextes. L’African Canadian Legal Clinic a relevé la parution, depuis les années 1970, d’au moins 15 rapports sur le sujet des relations entre la police et les minorités raciales au Canada. Parmi les premières études publiées en Ontario, mentionnons celle du groupe de travail dirigé par Walter Pitman (1977) et le rapport présenté en 1979 par le cardinal Gerald Emmett Carter aux autorités et aux citoyens de la communauté urbaine de Toronto.

En 1988, le Solliciteur général de l’Ontario nommait Clare Lewis à la présidence du Groupe d’étude sur les relations entre la police et les minorités raciales. Dans son rapport de 1989, le Groupe d’étude tirait la conclusion suivante : les minorités visibles sont d’avis que les services policiers leur réservent un traitement particulier; [traduction] « Elles ne croient pas que le maintien de l’ordre se fasse équitablement dans leurs milieux et elles ont étayé leur argumentation de telle façon qu’il faut en tenir compte. » Selon le Groupe d’étude, les minorités raciales aspirent à participer au maintien de l’ordre et à la prévention des délits, mais « lorsqu’on leur attribue une propension à l’acte criminel, on leur refuse l’intégration à la vie de la collectivité. » Dans ce rapport, on dénonçait le manque de confiance du public comme étant le pire ennemi d’une action policière efficace et l’on soulignait que la théorie de la « pomme pourrie », invoquée par la police pour expliquer certains incidents, n’aide aucunement à résoudre les problèmes que posent les relations entre la police et les minorités raciales. Le Groupe d’étude avait présenté 57 recommandations au Solliciteur général, sur des sujets tels que la surveillance, l’embauchage et la promotion, la formation en matière de relations interraciales, l’utilisation de la force et les relations avec la collectivité.

Stephen Lewis' 1992 *Report to the Premier on Racism in Ontario* on the issue of police/visible minority relations concluded that visible minorities, particularly African Canadians, experienced discrimination in policing and the criminal justice system. Stephen Lewis recommended that the Task Force on Race Relations and Policing be reconstituted owing to perceived inadequacies with the implementation of the 57 recommendations in its 1989 report. A second report of the Task Force was published in November 1992 which examined the status of the implementation of the recommendations from the 1989 report and offered additional recommendations.

In 1992, the Ontario government also established the Commission on Systemic Racism in the Ontario Criminal Justice System. This Commission studied all facets of criminal justice and in December 1995 issued a 450 page report with recommendations.

To date, this is the most comprehensive report on the issue of systemic racism in Ontario's criminal justice system. The review confirmed the perception of racialized groups that they are not treated equally by criminal justice institutions. Moreover, the findings also showed that the concern was not limited to police.

In addition to the various task forces, social scientists, criminologists and other academics have studied racial profiling using different social science research methods. Some have used qualitative research techniques and field observations while others have employed quantitative research and examined official records. Regardless of the method used, these studies have consistently showed that law enforcement agents profiled racial minorities. [Footnotes omitted; pp. 9-10.]

(See also Fitzgerald and Carrington, at p. 450.)

[91] The most recent report of the OHRC, entitled *A Collective Impact: Interim report on the inquiry into racial profiling and racial discrimination of Black persons by the Toronto Police Service*, was issued in November 2018. It is the latest in what the OHRC says is its 15-year commitment to removing race based discrimination and was an interim report of its year-long inquiry into the relationship between

Le rapport de 1992 présenté par Stephen Lewis sur les relations entre la police et les minorités visibles concluait que les minorités visibles, les Afro-Canadiens en particulier, étaient victimes de discrimination de la part des services policiers et du système de justice pénale. L'auteur du rapport prescrivait de reconstituer le Groupe d'étude sur les relations entre la police et les minorités raciales, des lacunes ayant été perçues quant à la mise en oeuvre des 57 recommandations du rapport de 1989. Un second rapport du Groupe d'étude, paru en novembre 1992, faisait le point sur la mise en oeuvre des recommandations de son rapport de 1989 et en formulait de nouvelles.

En 1992 également, le gouvernement de l'Ontario établissait la Commission sur le racisme systémique dans le système de justice pénale en Ontario. Cette Commission s'est penchée sur toutes les facettes de la justice pénale et, en décembre 1995, publiait ses recommandations dans un rapport de 450 pages.

Ce rapport est le plus complet à paraître jusqu'ici sur la question du racisme systémique dans le système ontarien de justice pénale. L'examen confirme la perception prévalant au sein des groupes racialisés de ne pas recevoir le même traitement que les autres de la part des institutions pénales. Le rapport démontre aussi que cet état de choses ne se retrouve pas que dans les services de police.

Outre les divers groupes d'étude mis sur pied, des spécialistes des sciences sociales, des criminologues et d'autres chercheurs ont exploré le profilage racial à l'aide de différentes méthodes en usage dans leurs domaines respectifs. Certains ont adopté des méthodes de recherche qualitative et l'observation sur le terrain, alors que d'autres faisaient appel à la recherche quantitative et à l'examen des dossiers officiels. Quelles qu'aient été les méthodes employées, ces études ont unanimement montré que les services de police pratiquent effectivement le profilage à l'égard des minorités raciales. [Notes en bas de page omises; p. 11-12.]

(Voir aussi Fitzgerald et Carrington, p. 450.)

[91] Le rapport le plus récent de la CODP, intitulé *Un impact collectif : Rapport provisoire relatif à l'enquête sur le profilage racial et la discrimination envers les personnes noires au sein du service de police de Toronto*, a été publié en novembre 2018. Il s'agit du dernier rapport qui s'inscrit, selon la CODP, dans son engagement depuis 15 ans visant à éliminer la discrimination raciale, et d'un rapport

the Toronto Police Service (“TPS”) and the Black community. In this report, the OHRC used quantitative and qualitative research methods to understand the experiences of members of the Black community with policing (p. 16).

[92] The report covers the period of time between January 1, 2010 and June 30, 2017.

[93] Overall, the OHRC expressed serious concerns. The study revealed that “Black people are much more likely to have force used against them by the TPS that results in serious injury or death” and between 2013 and 2017, a Black person in Toronto was nearly 20 times more likely than a White person to be involved in a police shooting that resulted in civilian death (p. 19). The OHRC report reveals recurring themes: a lack of legal basis for police stopping, questioning or detaining Black people in the first place; inappropriate or unjustified searches during encounters; and unnecessary charges or arrests (pp. 21, 26 and 37). The report reveals that many had experiences that have “contributed to feelings of fear/trauma, humiliation, lack of trust and expectations of negative police treatment” (p. 25).

[94] More recently, after the appeal was heard, Justice Michael H. Tulloch, of the Court of Appeal for Ontario, issued the Tulloch Report. The report focuses on the historical practice of carding in Ontario and the regulation entitled *Collection of Identifying Information in Certain Circumstances — Prohibition and Duties*, O. Reg. 58/16. It documents how, over time, the practice of carding evolved to no longer solely target persons of interest to detectives, but rather anyone the police deemed “of interest” during the course of their duties (pp. 38-39). The Tulloch Report is relevant because it focuses on the *perceptions* of those subject to police encounters similar to the kind that occurred here. Justice Tulloch notes that “[h]istorically, Indigenous, Black and other racialized communities have different perspectives

provisoire relatif à une enquête menée pendant un an sur les relations entre le service de police de Toronto (« SPT ») et la communauté noire. Dans ce rapport, la CODP a utilisé des méthodes de recherche quantitatives et qualitatives en vue de comprendre l’expérience des membres de la communauté noire lors des interventions policières (p. 18).

[92] Le rapport vise la période allant du 1^{er} janvier 2010 au 30 juin 2017.

[93] Dans l’ensemble, la CODP soulève des préoccupations graves. L’étude révèle que « les personnes noires sont beaucoup plus susceptibles d’être l’objet de force policière causant des blessures graves ou la mort aux mains du SPT » et qu’entre 2013 et 2017, à Toronto, les personnes noires étaient près de 20 fois plus susceptibles que les personnes blanches d’être impliquées dans une fusillade policière causant la mort d’un civil (p. 21-22). Le rapport de la CODP fait état de thèmes récurrents, à savoir des interpellations, interrogatoires ou détentions de personnes noires sans motifs juridiques valables, des fouilles non appropriées ou non justifiées lors d’interactions, et des accusations ou arrestations non nécessaires (p. 24, 29 et 42). Le rapport fait ressortir que bon nombre de personnes ont vécu des expériences ayant « contribué au développement de sentiments de peurs et d’humiliation, de traumatismes, de méfiance envers la police et d’attentes de mauvais traitements de la part de la police » (p. 29).

[94] Plus récemment encore, après l’audition du présent pourvoi, le juge Michael H. Tulloch de la Cour d’appel de l’Ontario, a publié le rapport Tulloch. Ce rapport porte sur la pratique historique du fichage en Ontario et le règlement intitulé *Collecte de renseignements identificatoires dans certaines circonstances — Interdiction et obligations*, Règl. de l’Ont. 58/16. Il montre comment la pratique du fichage a évolué avec le temps pour ne plus cibler que les personnes d’intérêt pour les détectives, mais plutôt toute personne jugée « d’intérêt » par les agents de police dans le cadre de leurs fonctions (p. 41). Le rapport Tulloch est pertinent parce qu’il porte plus particulièrement sur les *perceptions* des personnes qui font l’objet d’une interaction avec les policiers de nature similaire à celle dont il est question en

and experiences with practices such as street checks and carding” (p. 37). Not only do these communities have fundamentally different perceptions and experiences with carding, the impact of carding on minority youth, especially those who live in less affluent communities, is acute. As Justice Tulloch notes (at pp. 41-42):

Youth, especially Indigenous, Black and other racialized youth, and youth in low-income housing, are disproportionately impacted by street checks. “[W]hile the ‘street’ constitutes a meaningful part of everyday life for many marginalized youth, their presence and visibility in that space makes them ready targets for heightened police surveillance and intervention”. A street check is often a young person’s first contact with the police. [Footnote omitted.]

[95] The impact of the over-policing of racial minorities and the carding of individuals within those communities without any reasonable suspicion of criminal activity is more than an inconvenience. Carding takes a toll on a person’s physical and mental health. It impacts their ability to pursue employment and education opportunities (Tulloch Report, at p. 42). Such a practice contributes to the continuing social exclusion of racial minorities, encourages a loss of trust in the fairness of our criminal justice system, and perpetuates criminalization (see N. Nichols, “The Social Organization of Access to Justice for Youth in ‘Unsafe’ Urban Neighbourhoods” (2018), 27 *Soc. & Legal Stud.* 79, at p. 86; see also Ontario Human Rights Commission, *Under Suspicion: Research and Consultation Report on Racial Profiling in Ontario* (2017), at pp. 31-40).

[96] These reports represent the most current statement on the relevant issues, and they originate from highly credible and authoritative sources. They are the product of research that included the time period at issue in this case. More importantly, they

l’espèce. Le juge Tulloch souligne que « [h]istoriquement, les collectivités autochtones, noires et autres groupes racialisés ont une perspective et une expérience différentes des pratiques comme les contrôles de routine et le fichage » (p. 39). Non seulement la perception et l’expérience de ces collectivités à l’égard du fichage diffèrent fondamentalement, mais l’incidence de cette pratique sur les jeunes appartenant à une minorité, surtout les jeunes vivant dans des collectivités moins nanties, est marquée. Comme le fait observer le juge Tulloch (à la p. 45) :

Les jeunes, surtout les jeunes des collectivités autochtones, noires et d’autres groupes racialisés, ainsi que les jeunes vivant dans des logements à loyer modique, sont touchés de manière disproportionnée par les contrôles de routine. [traduction] « [A]lors que la “rue” forme une partie importante de la vie quotidienne de nombreux jeunes marginalisés, leur présence et leur visibilité dans cet espace en fait des cibles pour la surveillance et les interventions policières accrues. » Un contrôle de routine est souvent le premier contact d’un jeune avec la police. [Note en bas de page omise.]

[95] L’effet des interventions policières excessives à l’égard des minorités raciales et du fichage des membres de ces collectivités, en l’absence de tout soupçon raisonnable de la tenue d’une activité criminelle, constitue plus qu’un simple désagrément. Le fichage a un effet néfaste sur la santé physique et mentale des personnes visées et a une incidence sur leurs possibilités d’emploi et d’éducation (rapport Tulloch, p. 45). Cette pratique contribue à l’exclusion sociale continue des minorités raciales, favorise une perte de confiance dans l’équité du système de justice pénale et perpétue la criminalisation (voir N. Nichols, « The Social Organization of Access to Justice for Youth in ‘Unsafe’ Urban Neighbourhoods » (2018), 27 *Soc. & Legal Stud.* 79, p. 86; voir aussi Commission ontarienne des droits de la personne, *Pris à partie : Rapport de recherche et de consultation sur le profilage racial en Ontario* (2017), p. 34-45).

[96] Ces rapports font état des constatations les plus récentes sur les questions pertinentes, provenant de sources hautement crédibles faisant autorité. Ils sont le fruit de travaux de recherche menés pendant une période qui englobe celle visée en l’espèce. Qui plus est,

document actions and attitudes that have existed for a long time. A striking feature of these reports is how the conclusions and recommendations are so similar to studies done 10, 20, or even 30 years ago. These reports do not establish any new fact, but they build upon prior studies, research and reports and present a clear and comprehensive picture of what is currently occurring. Courts generally benefit from the most up to date and accurate information and, on a go-forward basis, these reports will clearly form part of the social context when determining whether there has been an arbitrary detention contrary to the *Charter*.

[97] We do not hesitate to find that, even without these most recent reports, we have arrived at a place where the research now shows disproportionate policing of racialized and low-income communities (see D. M. Tanovich, “Applying the Racial Profiling Correspondence Test” (2017), 64 *C.L.Q.* 359). Indeed, it is in this larger social context that the police entry into the backyard and questioning of Mr. Le and his friends must be approached. It was another example of a common and shared experience of racialized young men: being frequently targeted, stopped, and subjected to pointed and familiar questions. The documented history of the relations between police and racialized communities would have had an impact on the perceptions of a reasonable person in the shoes of the accused. When three officers entered a small, private backyard, without warrant, consent, or warning, late at night, to ask questions of five racialized young men in a Toronto housing co-operative, these young men would have felt compelled to remain, answer and comply.

2. Testimonial Evidence

[98] The findings of these reports are more than sufficient to inform the reasonable person, standing in the accused’s shoes, of the social context to this encounter in the backyard of the L.D. townhouse. We stress that direct, testimonial evidence is usually not

ils font état d’actes et d’attitudes qui existent depuis longtemps. Il est frappant de constater à quel point les conclusions et recommandations de ces rapports sont similaires à celles formulées à la suite d’études menées il y a 10, 20, ou même 30 ans. Ces rapports n’ont pas pour effet d’établir des faits nouveaux; ils prennent plutôt appui sur des études, des travaux de recherche et des rapports antérieurs pour dresser un portrait clair et détaillé de la situation actuelle. Les tribunaux bénéficient généralement de l’information la plus récente et la plus exacte possible, et les rapports en question feront désormais clairement partie du contexte social pour déterminer s’il y a eu détention arbitraire en contravention de la *Charte*.

[97] Nous n’hésitons pas à conclure que, même en l’absence de ces rapports très récents, nous sommes maintenant arrivés au point où les travaux de recherche montrent l’existence d’un nombre disproportionné d’interventions policières auprès des collectivités racialisées et à faible revenu (voir D. M. Tanovich, « Applying the Racial Profiling Correspondence Test » (2017), 64 *C.L.Q.* 359). C’est d’ailleurs dans ce contexte social plus large qu’il convient d’examiner l’entrée des policiers dans la cour arrière et l’interrogatoire de M. Le et de ses amis. Il s’agit là d’un autre exemple de l’expérience commune de jeunes hommes appartenant à des groupes racialisés, lesquels sont fréquemment pris pour cibles, appréhendés et appelés à répondre à des questions ciblées et familières. L’historique documenté des relations entre la police et les collectivités racialisées aurait eu une incidence sur les perceptions d’une personne raisonnable mise à la place de l’accusé. Lorsque trois policiers sont entrés dans une petite cour arrière privée, tard en soirée, sans être munis d’un mandat, sans obtenir de consentement et sans s’annoncer, pour interroger cinq jeunes hommes de groupes racialisés dans une coopérative d’habitation de Toronto, les jeunes en question se seraient sentis obligés de rester sur place, de répondre aux questions et d’obtempérer.

2. La preuve testimoniale

[98] Les conclusions formulées dans ces rapports suffisent amplement pour permettre à une personne raisonnable mise à la place de l’accusé de s’informer du contexte social de l’interaction qui a eu lieu dans la cour arrière de la maison en rangée de L.D.

necessary to inform the reasonable person analysis. But, where appropriate, direct, testimonial evidence may be elicited.

[99] This is what occurred in this case. Mr. Le and the other men testified to being regularly stopped by police, asked where they lived, required to produce identification, and being forced to submit to a search (TJR, at paras. 112-13). One young man testified that he was stopped by the same officer three times in the same day at the Scadding Court Community Centre, Kensington Market and his friend's backyard (A.R., vol. III, at pp. 290-91).

[100] L.D., who lived at the townhouse, testified that, in addition to frequent stops in which he was asked a “bunch of questions” and to produce identification, several years previously, he was about to open the door to enter his home when an officer came up quickly on a bicycle and told him to stop, not to enter the home, and to lift up his shirt. When L.D. lifted his shirt, he was then told by the officer that he could go inside. L.D. said he had just been walking home and that this encounter was intimidating and frightened him. He felt that he had to comply “[c]ause there was no reason for [the officer] to just come to [him] when [he] was right in front of [his] door” (A.R., vol. IV, at p. 7).

[101] Another young man testified that:

Q. On any of these times when you stopped and, and demanded of information or searched, were you ever, did it ever result in a charge?

A. No.

Q. The times that were stopped and searched and demanded information from, how did it make you feel?

Nous tenons à souligner que l'analyse relative à la personne raisonnable ne saurait généralement tenir compte de la preuve testimoniale directe. Cependant, dans les cas appropriés, il est possible de recueillir une telle preuve.

[99] C'est ce qui s'est produit en l'espèce. Monsieur Le et les autres jeunes hommes ont déclaré avoir été fréquemment appréhendés par des policiers, interrogés sur leur adresse, et obligés de fournir une pièce d'identité et de se soumettre à une fouille (motifs du juge du procès, par. 112-113). L'un des jeunes a déclaré avoir été intercepté par le même policier à trois reprises au cours d'une même journée au Scadding Court Community Centre, à Kensington Market et dans la cour arrière de son ami (d.a., vol. III, p. 290-291).

[100] L.D., qui vivait dans la maison en rangée, a témoigné qu'en plus d'avoir fait l'objet d'interceptions fréquentes — au cours desquelles [TRADUCTION] « un tas de questions » lui ont été posées et où il a été appelé à fournir une pièce d'identité —, à un moment donné, plusieurs années auparavant, il était sur le point d'ouvrir la porte pour entrer dans sa résidence lorsqu'un policier à vélo est apparu brusquement et lui a demandé d'arrêter, de ne pas entrer dans la maison et de lever sa chemise. Après qu'il se fut exécuté, le policier lui a dit qu'il pouvait entrer. L.D. a ajouté qu'il ne faisait que rentrer à pied chez lui et que l'interaction avec le policier avait été intimidante et l'avait effrayé. Il s'est senti obligé d'obtempérer : [TRADUCTION] « Parce qu'il n'y avait aucune raison [pour l'agent] de s'approcher de [lui] alors qu'il était juste devant [sa] porte » (d.a., vol. IV, p. 7).

[101] Un autre jeune homme a déclaré ce qui suit dans son témoignage :

[TRADUCTION]

Q. Les interceptions, interrogatoires et fouilles dont vous avez fait l'objet ont-elles déjà mené à des accusations?

R. Non.

Q. Lors de ces interceptions, fouilles et interrogatoires, comment vous êtes-vous senti?

- A. Well, I mean, we couldn't, well, I couldn't walk around and not get bugged pretty much.
- Q. But how did that make you feel?
- A. I guess that's just. . . .
- Q. Pardon?
- A. It became regular, so I didn't really feel anything.
- Q. And how did that feel that it felt like nothing?
- A. Pretty bad. I just became accustom to that.
- Q. Did you ever feel you could not answer their questions?
- A. You couldn't not answer. You always have to answer them.
- Q. Did you ever feel you could walk away and not be searched?
- A. No.
- Q. Why not?
- A. 'Cause always it would be, you, it was, like, an unspoken rule to not. You would have to just give up your ID or you would just keep on getting harassed 'til you gave your ID, so you'd always have to comply with them.
- Q. And what, where did this unspoken rule, how did that come to be in your mind as a rule?
- A. It just happened so much that I just got used to it.
- Q. And what do you think would happen if you didn't?
- A. God knows. I'm not sure.
- Q. Well, something good or something bad?
- A. Probably bad. Most likely bad.
- R. Eh bien, nous ne pouvions pas, ben, je ne pouvais pas me promener sans être importuné.
- Q. Mais comment vous sentiez-vous?
- R. Je pense que c'était juste. . . .
- Q. Pardon?
- R. C'est devenu régulier, alors je ne ressentais pas vraiment quelque chose.
- Q. Et quel effet cela vous faisait-il, le fait que vous ne ressentiez pas grand-chose?
- R. Plutôt mal. Je me suis juste habitué à la situation.
- Q. Avez-vous eu l'impression, à un moment ou à un autre, que vous pouviez choisir de ne pas répondre à leurs questions?
- R. On ne pouvait pas juste choisir de ne pas répondre. On doit toujours leur répondre.
- Q. Avez-vous eu l'impression, à un moment ou à un autre, que vous pouviez quitter les lieux et ne pas subir de fouille?
- R. Non.
- Q. Pourquoi?
- R. C'est que c'était comme ça, c'était comme une règle tacite qu'on ne pouvait pas. On devait juste présenter une pièce d'identité, sinon on se faisait harceler tant qu'on ne le faisait pas, donc, on devait toujours obéir à leurs demandes.
- Q. Et cette règle tacite, comment êtes-vous arrivé à penser que c'en était une?
- R. Ça s'est passé tellement souvent que je m'y suis juste habitué.
- Q. Selon vous, que serait-il arrivé sinon?
- R. Dieu seul le sait. Je ne sais pas trop.
- Q. Eh bien, quelque chose de bien ou quelque chose de mauvais?
- R. Probablement quelque chose de mauvais. Fort probablement.

Q. Why bad?

A. I don't think there's any other way to go about it.

(A.R., vol. IV, at pp. 103-4)

[102] Mr. Le testified that when he was about 13 or 14 he was stopped frequently by police patrolling in cruisers, bicycles and on foot:

[They would] ask us where are going, . . . , ask if we live in the area. Or if a bike officer stopped us, they actually get in our face, get off our bikes, basically, make a perimeter with their bikes so we can't really run away, and they would ask us, what's our names, what are we doing around here, a little frisk.

(A.R., vol. IV, at p. 148)

[103] Mr. Le testified that in these encounters he did what was required of him. He heard stories of police violence against others, saw some physical violence himself, and feared such violence would be turned towards him if he refused or resisted.

[104] The trial judge found unpersuasive the testimony of the young men that they were repeatedly stopped, asked for identification, and always simply complied with various demands. Their experiences were seen as manufactured because their testimony was too consistent and their explanation about what had happened over various years lacked specifics, such as dates and the names of the officers involved. He stated:

. . . most of this evidence struck me as manufactured. While the testimony of these defence witnesses was strikingly similar in content, as if they had practiced their evidence in this regard together, it was steeped in the generic description of non-specific historical events that allegedly took place with frequency and regularity over a period of years. No specific dates were ever identified. No specific police officers were ever mentioned. Factual details that might identify a particular incident and distinguish it from another were entirely absent. In short, I found this body of evidence quite unpersuasive. [para. 116]

Q. Pourquoi mauvais?

R. Je ne pense pas qu'il y ait eu une autre façon de faire.

(d.a., vol. IV, p. 103-104)

[102] Monsieur Le a témoigné qu'à l'âge de 13 ou 14 ans, il avait fréquemment été appréhendé par des policiers qui patrouillaient en voiture, à vélo ou à pied :

[TRADUCTION] [Ceux-ci] nous demandaient où nous allions, [...] si nous habitions dans le quartier. Si c'était des agents à vélo, ils devenaient plutôt hostiles, nous descendions de nos vélos alors qu'ils délimitaient un périmètre à l'aide de leurs vélos, de sorte que nous ne pouvions pas vraiment nous enfuir, et ils nous demandaient quel était notre nom, ce que nous faisons et ils procédaient à une fouille sommaire.

(d.a., vol. IV, p. 148)

[103] Monsieur Le a témoigné avoir obéi aux ordres lors de ces interactions. Il avait entendu des histoires de violence policière, avait lui-même été témoin d'une certaine violence physique et craignait être victime d'une telle violence s'il refusait d'obtempérer ou s'il manifestait de la résistance.

[104] Le juge du procès a trouvé peu convaincants les témoignages des jeunes hommes, qui affirmaient avoir été appréhendés et s'être fait demander des pièces d'identité à répétition, et s'être toujours simplement conformés aux diverses sommations qui leur avaient été faites. Leurs expériences ont été considérées fabriquées, parce que leurs témoignages se ressemblaient trop et que leurs explications sur ce qui s'était passé au fil des années manquaient de détails, tels que les dates en cause ou les noms des policiers concernés. Le juge a affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION] . . . la plupart de ces éléments de preuve m'ont semblé fabriqués. Si la déposition de ces témoins de la défense présentait une ressemblance frappante sur le plan du contenu, comme si ceux-ci avaient pratiqué ensemble leurs déclarations à cet égard, elle reposait sur une description générale d'événements imprécis et de longue date qui se seraient produits fréquemment et régulièrement pendant des années. Aucune date précise et aucun nom de policier n'ont été indiqués. Les détails factuels susceptibles de mettre en évidence un incident particulier et de distinguer celui-ci d'un autre étaient tout à fait absents. Bref, je conclus que ces éléments de preuve sont très peu convaincants. [par. 116]

[105] No one has challenged this assessment. When the trial judge rejected their evidence, there was no testimony on the issue of race in the detention analysis.

[106] That does not, however, end the matter. The absence of testimonial evidence does not obviate the trial judge's obligation to take into consideration what a reasonable person would know about how race may affect such interactions. The trial judge's conclusion that these young men did not have the past experiences they described means only that he has rejected their evidence about how their personal history with the police may have affected their subjective perceptions of what they thought was happening to them when the police entered the backyard. However, the s. 9 inquiry requires an objective assessment of what *a reasonable person in the shoes of the accused* perceived about whether they were free to leave. In the absence of testimonial evidence, which is what happens when such is either rejected or was never tendered, there is still a need to inquire into how the race of the accused may have impacted the s. 9 analysis. There is no indication that the trial judge employed, in any adequate or substantive way, the perspective of the reasonable person in *Grant* who had informed themselves about community perspectives on race and policing. The need to consider the race relations context arises even in cases where there is no testimony from the accused or any witness about their personal experience with police. Even without direct evidence, the race of the accused remains a relevant consideration under *Grant*.

(iv) Level of Sophistication

[107] The failure to consider the reasonable person was further exacerbated by Doherty J.A.'s observation that Mr. Le "is no stranger to street-level encounters with the police" and that his experience speaks to his level of sophistication as well as to how race is relevant to the detention analysis. The implication is that Mr. Le's prior street-level interactions with

[105] Personne n'a contesté cette appréciation. Comme le juge du procès a rejeté les témoignages des jeunes hommes, il n'y avait aucun témoignage concernant la question de la race dans l'analyse relative à la détention.

[106] Mais le débat n'est pas clôt pour autant. L'absence de preuve testimoniale n'a pas pour effet de dégager le juge du procès de l'obligation de prendre en considération ce que saurait une personne raisonnable au sujet de l'incidence que la race peut avoir sur de telles interactions. La conclusion du juge du procès portant que les jeunes hommes n'ont pas vécu les expériences passées qu'ils ont décrites signifie simplement qu'il a rejeté leur témoignage concernant la façon dont leur expérience personnelle avec les policiers a pu influencer leurs perceptions subjectives de ce qu'ils croyaient vivre lorsque les policiers sont entrés dans la cour arrière. Cependant, l'analyse fondée sur l'art. 9 exige une évaluation objective de la perception qu'aurait *une personne raisonnable mise à la place de l'accusé* quant à savoir si elle était libre de quitter les lieux ou pas. Lorsqu'il n'y a pas de preuve testimoniale, ce qui arrive lorsqu'une telle preuve est rejetée ou n'est jamais déposée, il est toujours nécessaire de se pencher sur l'incidence qu'a pu avoir la race de l'accusé sur l'analyse fondée sur l'art. 9. Rien n'indique que le juge du procès a utilisé de façon adéquate et concrète le point de vue de la personne raisonnable de l'arrêt *Grant* s'étant informée des points de vue de la collectivité sur les questions de race et de maintien de l'ordre. Il est nécessaire d'examiner les relations interraciales même en l'absence de témoignage de l'accusé ou d'un témoin concernant leur propre expérience avec la police. Même sans preuve directe, la race de l'accusé demeure une considération pertinente selon l'arrêt *Grant*.

(iv) Degré de discernement

[107] Le défaut de prendre en considération le point de vue de la personne raisonnable est d'autant plus grave que le juge Doherty a fait remarquer que M. Le [TRADUCTION] « est habitué d'interagir avec la police dans la rue » et que l'expérience de ce dernier témoigne de son degré de discernement et de la pertinence de la question raciale dans l'analyse relative

the police somehow supports an inference that he is familiar with the dynamics in such interactions and that this familiarity would lead a reasonable person in Mr. Le's circumstances to conclude that there had been no detention. That is to say that a reasonable person with a similar experiential history would view what happened as merely another police interaction or, to put it simply, "business as usual".

[108] We note that this statement appears to accept Mr. Le's evidence that he was repeatedly stopped and detained in the past, even though the trial judge found his evidence to be unbelievable. Despite this contradiction, our main disagreement is with the general principle. We see no good reason for the conclusion that *more* frequent encounters with the police make it *less* likely that a person feels "detained" when police approach. Such reasoning is flawed and is premised on a non-sequitur: that familiarity with police encounters breeds familiarity with the scope of police entitlement to detain and with one's *Charter* right to be free from arbitrary detention. As the interveners the Federation of Asian Canadian Lawyers and the Chinese and Southeast Asian Legal Clinic observed (transcript, at p. 55), this is "a legal fiction" because such knowledge presupposes that, if something incriminating is discovered as a result of the police encounter, charges are laid, the accused person brings a *Charter* claim, the claim is adjudicated, the accused person receives the reasons, they read the reasons carefully, and then adapt their future behaviour accordingly. Experience tells the courts this is not the reality.

[109] Merely because an individual has had repeated interactions with the police does not mean that the individual has acquired a level of sophistication in dealing with the police. Indeed, in our view,

à la détention. Il en découle que les interactions passées de M. Le avec les policiers dans la rue appuient en quelque sorte une inférence que ce dernier connaît bien les dynamiques de telles interactions et que cette connaissance amènerait une personne raisonnable se trouvant dans la même situation que M. Le à conclure qu'il n'y a pas eu de détention. Autrement dit, une personne raisonnable ayant vécu une expérience similaire percevrait les événements en cause comme étant simplement un autre contact avec la police ou, pour dire les choses simplement, comme s'inscrivant dans « le cours normal des choses ».

[108] Nous tenons à souligner que cette affirmation semble reconnaître le témoignage de M. Le selon lequel il a été appréhendé et détenu à répétition dans le passé, même si le juge du procès a conclu que ce témoignage était invraisemblable. Malgré cette contradiction, notre désaccord porte principalement sur le principe général. Nous ne voyons aucune raison valable de conclure que *plus* les interactions avec la police sont fréquentes, *moins* la personne visée est susceptible d'avoir le sentiment d'être « mise en détention » lorsque des policiers s'approchent. Ce raisonnement est erroné et se fonde sur une prémisse dépourvue de logique, à savoir qu'une bonne connaissance des interactions avec la police engendre une bonne connaissance de la portée du pouvoir de détention conféré aux policiers ainsi que de la protection contre la détention arbitraire garantie par la *Charte*. Comme le font observer la Federation of Asian Canadian Lawyers et la Chinese and Southeast Asian Legal Clinic intervenantes (transcription, p. 55), il s'agit d'une [TRADUCTION] « fiction juridique », puisque les connaissances de cette nature présupposent que, si les policiers découvrent des éléments incriminants à la suite d'une interaction, des accusations sont portées, l'accusé présente une demande fondée sur la *Charte*, celle-ci est tranchée, l'accusé reçoit les motifs de la décision, il lit ceux-ci attentivement et il adapte son comportement ultérieur en conséquence. L'expérience a appris aux tribunaux que ce n'est pas ce qui arrive en réalité.

[109] Ce n'est pas parce qu'une personne a fait l'objet d'interactions répétées avec la police qu'elle a acquis un degré de discernement à cet égard. En effet, nous estimons qu'il est plus raisonnable de

it is more reasonable to anticipate that frequency of police encounters will typically foster *more*, not *less*, “psychological compulsion, in the form of a reasonable perception of suspension of freedom of choice” (*Therens*, at p. 644). Individuals who are frequently exposed to forced interactions with the police more readily submit to police demands in order to move on with their daily lives because of a sense of “learned helplessness” (M. E. P. Seligman, “Learned Helplessness” (1972), 23 *Annu. Rev. Med.* 407, at p. 408, as discussed in *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852). That is, when individuals have repeated exposure to unwanted experiences from a more powerful source, they learn to simply acquiesce and try to get through the unwanted experience by getting it over with as quickly and peaceably as possible.

[110] In this case, Mr. Le’s experience with the police tends to *support* a finding that he *was* detained when the police entered the backyard. While most Canadians have infrequent or no experience with police encounters, we ought not to be naïve to the reality that others’ encounters with police will not only be frequent, but also unpleasant. Any previous experiences would not attenuate the power imbalance or reduce the coercive force of multiple police officers entering a private backyard without explanation or authority. A reasonable person who has been stopped by the police on multiple prior occasions would more likely perceive that it is necessary to simply submit to police demands. We accept Lauwers J.A.’s characterization of this encounter as “casually intimidating and oppressive” (para. 143). In our view, Mr. Le’s level of sophistication supports a conclusion that a detention arose as soon as the police entered the backyard.

(v) Mr. Le’s Subjective Perceptions

[111] In our respectful view, the courts below erred when they gave priority to Mr. Le’s personal view that at one point in time he felt free to leave the

prévoir que la fréquence des contacts avec la police favorisera généralement *davantage*, et non *moins*, l’élément de « contrainte psychologique, sous forme d’une perception raisonnable qu’on n’a vraiment pas le choix » (*Therens*, p. 644). Les personnes qui sont fréquemment exposées à des interactions forcées avec la police obtempéreront plus volontiers aux ordres reçus afin de pouvoir passer à autre chose, et ce, en raison d’un sentiment [TRADUCTION] d’« impuissance acquise » (M. E. P. Seligman, « Learned Helplessness » (1972), 23 *Annu. Rev. Med.* 407, p. 408, comme il est expliqué dans *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852). Autrement dit, quand une personne est exposée à répétition à des expériences non désirées de la part d’une entité plus puissante, elle apprend à consentir simplement et à essayer de traverser l’expérience en en finissant le plus rapidement et le plus pacifiquement possible.

[110] En l’espèce, l’expérience de M. Le avec la police tend à *appuyer* une conclusion portant qu’il *a été* mis en détention lorsque les policiers sont entrés dans la cour arrière. Bien que la plupart des Canadiens aient des interactions peu fréquentes avec les policiers ou aucune expérience en la matière, il ne faut pas ignorer la réalité que d’autres personnes ont avec la police des interactions non seulement fréquentes, mais également désagréables. Les expériences antérieures ne sauraient pas atténuer le déséquilibre des pouvoirs ni réduire le pouvoir coercitif qu’exercent plusieurs policiers qui entrent, sans explication ni autorisation, dans une cour arrière privée. Une personne raisonnable ayant été appréhendée par la police à plusieurs reprises conclurait vraisemblablement qu’elle est tenue de simplement se conformer aux sommations des policiers. Nous sommes d’accord avec le juge Lauwers pour dire que le contact était [TRADUCTION] « incidemment intimidant et oppressif » (par. 143). À notre avis, le degré de discernement de M. Le permet de conclure qu’il y a eu détention dès que les policiers sont entrés dans la cour arrière.

(v) Perceptions subjectives de M. Le

[111] Soit dit en tout respect, nous estimons que les tribunaux d’instance inférieure ont commis une erreur en donnant préséance à l’avis personnel de

backyard and try to enter the house. This transformed the detention analysis from an objective into a subjective inquiry.

[112] After finding the police entry was authorized by law, the trial judge said (at para. 87):

Indeed, the accused himself testified that he thought that he was free to leave the backyard area. More particularly, the accused explained that he went to go inside the townhouse through the back door because he did not think he needed to remain in the backyard, as no police officer was talking directly to him.

In affirming the trial judge’s findings on this point, the majority of the Court of Appeal for Ontario, while noting that the test is objective, nonetheless grounded its analysis on considerations subjective to Mr. Le (at paras. 62-64):

I see no error in the trial judge’s analysis. Nor can his findings be characterized as unreasonable. In assessing the reasonableness of the trial judge’s findings, the appellant’s own evidence is significant. The appellant testified that he believed he was free to leave the backyard after the police had entered and began questioning the young men. In other words, he did not think he was detained. . . .

...

The appellant’s perception of the ongoing dynamic between himself and Constable O’Toole could reasonably be taken by the trial judge as a strong indication of how that dynamic would be reasonably perceived. More to the point, I cannot characterize as unreasonable, the trial judge’s conclusion as to the timing of the detention when that conclusion reflects the appellant’s own testimony about his perception of when his detention began.

[113] In *Grant*, this Court emphasized how the detention analysis is *objective* in nature and takes into consideration “all the circumstances of the particular situation, including the conduct of the police”. The

M. Le selon lequel, à un certain moment, il se croyait libre de quitter la cour arrière pour tenter d’entrer dans la maison. L’analyse relative à la détention est ainsi passée d’un examen objectif à un examen subjectif.

[112] Après avoir conclu que l’entrée des policiers était autorisée en droit, le juge du procès a affirmé (au par. 87) :

[TRADUCTION] En fait, l’accusé a lui-même témoigné avoir pensé qu’il était libre de quitter la cour arrière. Plus précisément, il a expliqué avoir voulu entrer dans la maison en rangée par la porte arrière, parce que, comme aucun policier ne s’adressait directement à lui, il ne pensait pas avoir besoin de rester dans la cour.

Confirmant les conclusions du juge du procès sur ce point, les juges majoritaires de la Cour d’appel de l’Ontario ont relevé le caractère objectif du critère, mais ont fondé leur analyse sur des considérations subjectives en ce qui concerne M. Le (par. 62-64) :

[TRADUCTION] Je ne décèle aucune erreur dans l’analyse du juge du procès. Ses conclusions ne sauraient non plus être qualifiées de déraisonnables. Dans l’évaluation du caractère raisonnable des conclusions du juge du procès, le propre témoignage de l’appelant joue un rôle important. Ce dernier a déclaré qu’il estimait être libre de quitter la cour arrière après que les policiers furent entrés dans celle-ci et eurent commencé à interroger les jeunes hommes. Autrement dit, l’appelant ne pensait pas être détenu . . .

...

Le juge du procès pouvait raisonnablement interpréter la perception de l’appelant de la dynamique de sa propre interaction avec l’agent O’Toole comme une très bonne indication de la perception raisonnable à cet égard. Plus précisément, je ne puis qualifier de déraisonnable la conclusion du juge du procès quant au moment de la mise en détention, alors que cette conclusion repose sur le propre témoignage de l’appelant au sujet de sa perception du moment où il y a eu mise en détention.

[113] Dans l’arrêt *Grant*, notre Cour a souligné en quoi l’analyse relative à la détention est de nature *objective* et tient compte de « l’ensemble des circonstances de la situation particulière, y compris de

Court also allowed that “the individual’s particular circumstances and perceptions at the time may be relevant in assessing the reasonableness of any perceived power imbalance between the individual and the police” in the overall reasonableness analysis (para. 32 (emphasis added)).

[114] Before this Court, the Crown has argued that claimants’ subjective perceptions about whether or not they were detained are “highly relevant”. We do not accept this argument. It remains, and should remain, that the detention analysis is principally objective in nature. Prior to *Grant*, the objective nature of the test may have been unclear. For example, in *Therens*, this Court held that a detention will arise when an individual “submits or acquiesces in the deprivation of liberty and reasonably believes that the choice to do otherwise does not exist” (p. 644) — a statement that may have suggested that the analysis focuses on the reasonableness of an individual’s subjective perceptions. But in *Grant*, this Court clarified that the analysis is objective.

[115] Undue focus on subjective perceptions detracts from the underlying rationales for adopting an objective test, of which there are at least three. First, as this Court held in *Grant*, the objective nature of the analysis enables the police “to know when a detention occurs [and, therefore,] allow[s] them to fulfill their attendant obligations under the *Charter* and afford the individual its added protections” (para. 32). Second, the objective nature of the analysis ensures that the rule of law is maintained in the sense that the claims of all individuals will be subjected to the same standard. That is, the objective standard ensures that all individuals will be treated equally and enjoy the same *Charter* protections regardless of their own subjective thresholds of psychological detention or their individual perceptions of police interactions. In other words, the objective nature of the analysis leads to some level of uniformity in applying the *Charter* to police conduct. Third, and relatedly, the objective nature of the analysis accounts for the reality that some individuals will

la conduite policière ». La Cour a également reconnu que, dans l’analyse globale du caractère raisonnable, « la situation particulière de la personne visée ainsi que ses perceptions au moment envisagé peuvent être pertinentes pour déterminer si elle pouvait raisonnablement conclure à un déséquilibre entre son pouvoir et celui des policiers » (par. 32 (nous soulignons)).

[114] Devant la Cour, le ministère public a fait valoir que les perceptions subjectives des plaignants quant à savoir s’ils étaient détenus ou non étaient [TRADUCTION] « hautement pertinentes ». Nous rejetons cet argument. Le fait demeure, comme il se doit, que l’analyse relative à la détention est principalement de nature objective. Avant l’arrêt *Grant*, la nature objective du critère applicable n’était peut-être pas claire. Par exemple, dans l’arrêt *Therens*, notre Cour a conclu qu’il y a détention lorsqu’une personne « se soumet ou acquiesce à la privation de liberté et croit raisonnablement qu’elle n’a pas le choix d’agir autrement » (p. 644) — une déclaration qui pouvait laisser croire que l’analyse porte principalement sur le caractère raisonnable des perceptions subjectives de la personne visée. Cependant, dans l’arrêt *Grant*, notre Cour a précisé que l’analyse est objective.

[115] Accorder trop d’importance aux perceptions subjectives affaiblit les assises de l’adoption d’un critère objectif. Il en existe au moins trois. Premièrement, comme notre Cour l’a conclu dans l’arrêt *Grant*, la nature objective de l’analyse permet aux policiers « de savoir quand il y a détention [. . .] [et, partant, de] s’acquitter des obligations qu’impose la *Charte* en ce cas et [. . .] [d’]accorder à la personne détenue les protections supplémentaires qui lui sont conférées » (par. 32). Deuxièmement, la nature objective de l’analyse permet d’assurer le maintien de la primauté du droit puisque les revendications seront toutes assujetties à la même norme. En d’autres termes, la norme objective permet de s’assurer que toutes les personnes seront traitées également et bénéficieront des mêmes protections garanties par la *Charte* sans égard à leurs propres seuils subjectifs de détention psychologique ou à leurs propres perceptions de leurs interactions avec les policiers. Autrement dit, la nature objective de l’analyse permet un certain niveau d’uniformité dans l’application

be incapable of forming subjective perceptions when interacting with the police.

[116] The focus of the s. 9 analysis should not, therefore, be on what was in the accused's mind at a particular moment in time, but rather on how the police behaved and, considering the totality of the circumstances, how such behavior would be reasonably perceived. To find otherwise puts the onus on the claimant to gauge correctly when they are detained and when they are not. This very problem arises in this case. Mr. Le testified that he was not permitted by the police to go into the house and was physically prevented from doing so. If one accepts Mr. Le's full account of events, then his subjective perception, howsoever fleeting, that he *could* go into the house was simply wrong. Further, if, as our colleague concludes, the detention occurred when the officer told the young man to keep his hands visible, Mr. Le's subjective perception would have arisen only after the detention had already begun. Even accepting that there may be cases in which the subjective perception of the accused is relevant, this case cannot be one of them.

[117] In addition, the "particular circumstances and perceptions" referred to in *Grant* were to be used to determine whether there was a power imbalance, not whether there was in fact a detention. Every indication is that the perceptions of accused persons were intended to play a very limited role — something that did not occur in this case.

[118] Aggravating the trial judge's erroneous treatment of Mr. Le's subjective account was his inconsistent treatment of that account. Specifically, the trial judge first *rejected* Mr. Le's evidence about why he turned his body away from Cst. O'Toole (to go inside the house), but then later *relied on* this rejected evidence to support his finding that Mr. Le felt he was free to leave the backyard. To be sure, Mr. Le

de la *Charte* à la conduite policière. Troisièmement, et dans le même ordre d'idées, la nature objective de l'analyse tient compte du fait que certaines personnes seront incapables d'avoir des perceptions subjectives lorsqu'elles interagiront avec les policiers.

[116] Par conséquent, l'analyse fondée sur l'art. 9 ne devrait pas porter principalement sur ce qui se passait dans l'esprit de l'accusé à un moment précis, mais plutôt sur la façon dont les policiers ont agi et, eu égard à l'ensemble des circonstances, sur la manière dont un tel comportement serait raisonnablement perçu. Conclure autrement impose au plaignant l'obligation d'évaluer correctement à quel moment il est détenu et à quel moment il ne l'est pas. Ce problème précis se pose en l'espèce. Dans son témoignage, M. Le a affirmé que la police ne lui avait pas permis d'entrer dans la maison et l'avait physiquement empêché de le faire. Si l'on accepte le récit détaillé des faits de M. Le, sa perception subjective, aussi fugace soit-elle, selon laquelle il *pouvait* entrer dans la maison était simplement erronée. De plus, si, comme le conclut notre collègue, la mise en détention a eu lieu lorsque l'agent a dit au jeune homme de garder ses mains bien en vue, la perception subjective de M. Le n'aurait pris naissance qu'après que la détention eut déjà commencé. Même si on admet qu'il peut y avoir des situations où la perception subjective de l'accusé est pertinente, ce n'est pas le cas en l'espèce.

[117] Par ailleurs, « la situation particulière de la personne visée ainsi que ses perceptions », mentionnées dans l'arrêt *Grant*, devaient servir à établir s'il y avait un déséquilibre entre le pouvoir de cette personne et celui de la police, et non à juger s'il y avait en fait détention. Tout indique que les perceptions des accusés devaient jouer un rôle très limité, ce qui n'a pas été le cas en l'espèce.

[118] Le traitement erroné par le juge du procès de la version subjective de M. Le est aggravé par son traitement incohérent de celle-ci. Plus précisément, le juge a d'abord *rejeté* le témoignage de M. Le au sujet de la raison pour laquelle il a tourné le dos à l'agent O'Toole (pour entrer dans la maison), mais s'est ensuite *fondé sur* ce même témoignage pour étayer sa conclusion selon laquelle M. Le avait

did give this evidence by testifying that he was not “blading” his body and he was not acting nervously or fidgeting. He also stated that he tried to head into the house when Cst. O’Toole asked for identification because (1) he thought he was free to leave and (2) he did not like the way the police were treating him and his friends. As mentioned above, Mr. Le also testified, however, that when he tried to go into the house, Cst. O’Toole grabbed him by the shoulder, turned him around, and questioned him on where he was going and why he was trying to get inside.

[119] Yet, in addition to stating his general disbelief of Mr. Le (at para. 63), the trial judge also specified (at para. 65) that he *rejected* his testimony “that he was not . . . ‘blading’ his body [during the police encounter in order] to keep his bag . . . away from the officers, but rather was only turning to try to step inside the house”. The difficulty is that, in support of his conclusion that Mr. Le was not detained until he was asked about the contents of his bag, the trial judge *relied upon* the selfsame evidence: “. . . the accused explained that he went to go inside the townhouse through the back door because he did not think he needed to remain in the backyard. . . .” This is not a case in which a trial judge is accepting just some of the accused’s testimony. This is a case of treating the same evidence in two inconsistent ways — first, by rejecting it and then by relying on it and using it against Mr. Le. Given this inconsistency, the trial judge erred.

[120] These errors aside, we harbour a more general concern about the trial judge’s assessment of how Mr. Le would reasonably have perceived the police conduct, relative to his sense of obligation to comply with a police direction or demand. In our view, it is not appropriate to find that he did not feel detained and then to use his view as evidence of how the reasonable person would have reacted.

l’impression qu’il était libre de quitter la cour arrière. Il est vrai que M. Le a témoigné en ce sens en déclarant qu’il n’a pas adopté [TRADUCTION] « une position de dissimulation », et qu’il n’agissait pas de façon nerveuse et n’était pas agité. Il a également affirmé avoir tenté de se diriger vers la maison lorsque l’agent O’Toole lui a demandé ses pièces d’identité, parce que (1) il pensait être libre de partir et (2) il n’aimait pas la façon dont les policiers le traitaient, lui et ses amis. Comme nous l’avons mentionné précédemment, M. Le a également déclaré que, lorsqu’il a essayé d’entrer dans la maison, l’agent O’Toole l’a attrapé par l’épaule, l’a retourné et lui a demandé où il allait et pourquoi il tentait d’entrer dans la maison.

[119] Pourtant, en plus d’affirmer que M. Le n’était pas crédible en général (au par. 63), le juge du procès a également précisé (au par. 65) qu’il *rejetait* le témoignage dans lequel M. Le a affirmé qu’[TRADUCTION] « il n’avait pas [. . .] adopté “une position de dissimulation” [durant son interaction avec les policiers] afin de cacher son sac [. . .], mais plutôt qu’il s’était seulement retourné pour tenter d’entrer dans la maison ». La difficulté réside dans le fait que le juge du procès *s’est fondé sur* ce même témoignage à l’appui de sa conclusion selon laquelle M. Le n’était pas détenu avant qu’on lui pose des questions sur le contenu de son sac : « . . . l’accusé a expliqué avoir voulu entrer dans la maison en rangée par la porte arrière, parce que [. . .] il ne pensait pas avoir besoin de rester dans la cour . . . » Il ne s’agit pas ici d’un cas où le juge du procès n’a accepté qu’une partie du témoignage de l’accusé. Il s’agit plutôt d’un cas où le juge a considéré le même témoignage de deux façons incompatibles — d’abord, en le rejetant et ensuite, en se fondant sur lui et en l’utilisant contre M. Le. En raison de cette incohérence, le juge du procès a commis une erreur.

[120] Hormis ces erreurs, nous sommes préoccupés de façon plus générale par l’appréciation que fait le juge du procès de la façon dont M. Le aurait raisonnablement perçu la conduite des policiers, relativement au fait qu’il se sentait obligé de se conformer à un ordre ou à une sommation de ceux-ci. À notre avis, il ne convient pas de conclure qu’il ne se sentait pas détenu et ensuite utiliser ce même point de vue comme preuve de la façon dont aurait réagi la personne raisonnable.

[121] While the s. 9 analysis is objective in the sense that it inquires into how a reasonable person would have perceived the police encounter (and not, in this case, how Mr. Le perceived it), the reasonable person whose standpoint is determinative and whose mind is sought to be read is one who stands *in the accused's shoes* — that is, one who is imbued with the experiences that accompany the accused's particular circumstances. In other words, the reasonable person must live in the same world, so to speak, as the accused. In considering whether an encounter with police amounted to a detention, therefore, a court must consider *all* relevant circumstances *particular to the accused*. Such a reasonable person would in our view conclude that there was a detention from the moment the officers entered the backyard and started asking questions.

(vi) Age and Stature

[122] We add that we agree with the trial judge that Mr. Le's age and stature were relevant personal circumstances. What a reasonable person may perceive may be influenced by age and the knowledge, life experience and discernment associated with that age group. The young often do not perceive the world in the same manner as mature adults. As the intervener Justice for Children and Youth argued in its factum, “[w]hile the law may define adulthood as beginning at age 18, [scientific research shows that] the psychological and neurological development characteristic of adolescence in fact extends into a young person's twenties” (para. 5). In these circumstances, we have no doubt that a reasonable mature adult would likely have concluded that there was no freedom to leave as soon as the police entered the backyard in the manner in which they did. In the same vein, a reasonable 20-year-old would even more readily conclude that he was detained in such circumstances. Indeed, his relative lack of maturity means the power imbalance and knowledge gap between citizen and state is even more pronounced, evident and acute.

[121] Bien que l'analyse fondée sur l'art. 9 soit objective en ce qu'elle vise à déterminer la façon dont une personne raisonnable aurait perçu l'interaction avec les policiers (et non, en l'espèce, la façon dont M. Le l'a perçue), la personne raisonnable dont le point de vue est déterminant et dont on cherche à connaître la pensée est une personne *mise à la place de l'accusé* — c'est-à-dire une personne imprégnée de l'expérience afférente à la situation personnelle de l'accusé. Autrement dit, la personne raisonnable doit vivre dans le même monde, pour ainsi dire, que l'accusé. Par conséquent, lorsqu'il se demande si une interaction avec les policiers équivaut à une détention, le tribunal doit examiner *l'ensemble* des circonstances pertinentes *propres à l'accusé*. La personne raisonnable que l'on vient de décrire conclurait selon nous qu'il y a eu détention à partir du moment où les policiers sont entrés dans la cour arrière et ont commencé à poser des questions.

(vi) Âge et stature

[122] Nous ajoutons que nous sommes d'accord avec le juge du procès pour dire que l'âge et la stature de M. Le constituaient des circonstances personnelles pertinentes. La perception d'une personne raisonnable peut être influencée par l'âge ainsi que par les connaissances, l'expérience de vie et le discernement associés à ce groupe d'âge. Les jeunes ne perçoivent souvent pas le monde de la même façon que les adultes. Comme le fait valoir l'intervenant Justice for Children and Youth dans son mémoire, [TRADUCTION] « [s]i le droit définit l'âge adulte comme celui qui commence à 18 ans, [la recherche scientifique montre que] le développement psychologique et neurologique propre à l'adolescence se poursuit en fait dans la vingtaine » (par. 5). Dans ces circonstances, il ne fait aucun doute à notre avis qu'un adulte raisonnable aurait vraisemblablement conclu qu'il n'était pas libre de quitter les lieux dès l'arrivée des policiers dans la cour arrière, de la manière dont ils ont procédé. Dans le même ordre d'idées, une personne raisonnable âgée de 20 ans arriverait encore plus facilement à la conclusion qu'elle faisait l'objet d'une détention en pareilles circonstances. En fait, son manque relatif de maturité fait en sorte que le déséquilibre des pouvoirs et l'écart en matière de connaissances entre le citoyen et l'État sont encore plus marqués, évidents et préoccupants.

[123] As to stature, the trial judge found that Mr. Le had a small physical stature and said he took this consideration into account when concluding that his detention only began when he was questioned about the contents of his bag. While it is not clear *how* this consideration was taken into account, we are of the view that a reasonable person with the same physical stature would likely be profoundly intimidated when three police officers entered the backyard in the manner in which these officers did. In such a circumstance, a person of small stature may be more likely to feel overpowered and conclude that it is not possible to leave the backyard. Such a person may think it more necessary to comply with the police commands and directions. This element, then, supports a conclusion that a detention arose at the moment the police entered the backyard.

(2) Arbitrariness of Detention

[124] Where a detention is established, a court must consider whether the detention is arbitrary. This Court's decision in *Grant* provides guidance (at paras. 54-56), drawing from the three-part test stated in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, for assessing unreasonable searches and seizures under s. 8. Specifically, the detention must be authorized by law; the authorizing law itself must not be arbitrary; and, the manner in which the detention is carried out must be reasonable. In our view, the detention of Mr. Le was not authorized by law, and was, therefore, arbitrary. None of the investigative purposes found by the trial judge authorized the officers' actions, and they were themselves trespassers.

(a) *The Police Were Trespassers*

[125] The trial judge was of the view that the police entry into the backyard was authorized by the implied licence doctrine. Where it applies, this doctrine allows the police, or any member of the public, on legitimate business to proceed from the street to the door of a house so as "to permit convenient communication

[123] Pour ce qui est de la stature, le juge du procès a conclu que M. Le était de petite stature, précisant avoir tenu compte de cette considération pour conclure que sa détention n'avait commencé qu'au moment où il avait été interrogé sur le contenu de son sac. Bien qu'il soit difficile de déterminer avec clarté *comment* cette considération a été prise en compte, nous estimons qu'une personne raisonnable ayant la même stature que M. Le serait probablement profondément intimidée lorsque trois policiers entrent dans la cour arrière dans laquelle elle se trouve de la manière dont les agents en l'espèce ont procédé. En pareil cas, une personne de petite stature serait sans doute plus susceptible de se sentir dominée et de conclure à l'impossibilité de quitter la cour arrière. Une telle personne estimerait sans doute qu'il est plus souhaitable d'obtempérer aux commandes et aux ordres des policiers. Cet élément permet alors de conclure qu'il y a eu mise en détention au moment où les policiers sont entrés dans la cour arrière.

(2) Le caractère arbitraire de la détention

[124] Lorsque la détention est établie, le tribunal doit examiner si celle-ci est arbitraire. L'arrêt *Grant* de la Cour fournit des indications à cet égard (aux par. 54-56), en s'appuyant sur le critère à trois volets énoncé dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, pour évaluer les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives visées à l'art. 8. Plus précisément, la détention doit être autorisée par une règle de droit, la règle de droit elle-même doit être exempte de caractère abusif et la manière dont la détention est effectuée doit être non abusive. À notre sens, la détention de M. Le n'était pas autorisée par une règle de droit et était donc arbitraire. Aucun des objectifs d'enquête auxquels a conclu le juge du procès n'autorisait les actes des policiers et ces derniers étaient eux-mêmes des intrus.

a) *Les policiers étaient des intrus*

[125] Selon le juge du procès, les policiers étaient autorisés à entrer dans la cour arrière en vertu de la théorie de l'autorisation implicite. Lorsqu'elle s'applique, cette théorie permet aux policiers ou à tout membre du public, à des fins légitimes, de quitter la rue pour se rendre jusqu'à la porte d'une

with the occupant of the dwelling” (*R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8, at para. 15, per Sopinka J.).

[126] We agree with Lauwers J.A. at the Court of Appeal for Ontario, as does our colleague, that the doctrine does not apply in this case and that it was the police officers themselves who were the trespassers. Simply put, the implied licence doctrine does not apply to excuse the police presence in the backyard because even if “communication” was the officers’ purpose, it did not necessitate their entry onto private property — they could easily have spoken with the young men over the “little two-foot fence”.

[127] More fundamentally, in entering the backyard, the police also had what Sopinka J. in *Evans* referred to as a “subsidiary purpose”, which exceeds the authorizing limits of the implied licence doctrine (para. 16). In *Evans*, the subsidiary purpose that vitiated any “implied licence” was the hope of securing evidence against the home’s occupants (by sniffing for marijuana). Here, the subsidiary purpose was, in our view, correctly identified by Lauwers J.A. (at para. 107): “. . . the police entry was no better than a speculative criminal investigation, or a ‘fishing expedition’”. It has to be recalled here that the police had no information linking any of the backyard’s occupants whose identities were unknown to them to any criminal conduct or suspected criminal conduct. The doctrine of implied licence was never intended to protect this sort of intrusive police conduct.

[128] The conclusion that the police officers were trespassing is clearly relevant under s. 8, as it nullifies any “consent” to the police entry. Its role elucidating whether, under s. 9, the police had the lawful authority to detain an individual who is also on the property is less clear. Lauwers J.A. was of the view that if a law does not authorize police entry into property

maison « pour qu’il y ait communication convenable avec l’occupant de la maison » (*R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8, par. 15, le juge Sopinka).

[126] Nous souscrivons, tout comme le fait notre collègue, à la conclusion du juge Lauwers de la Cour d’appel de l’Ontario, selon laquelle cette théorie ne s’applique pas en l’espèce et que c’étaient les policiers eux-mêmes qui étaient les intrus. En termes simples, la théorie de l’autorisation implicite ne s’applique pas de manière à excuser la présence des policiers dans la cour arrière puisque, même si l’objectif de ceux-ci était la « communication », il n’était pas nécessaire pour les policiers d’entrer dans la propriété privée pour y parvenir; ils auraient facilement pu parler avec les jeunes hommes par-dessus la [TRADUCTION] « petite clôture de deux pieds ».

[127] Plus fondamentalement, en entrant dans la cour arrière, les policiers poursuivaient également un « but subsidiaire », pour reprendre l’expression du juge Sopinka dans l’arrêt *Evans*, et ont ainsi excédé les limites de l’autorisation implicite (par. 16). Dans l’arrêt *Evans*, le but subsidiaire ayant vicié l’« autorisation implicite » était l’espoir de recueillir des éléments de preuve contre les occupants de la maison (en recherchant une odeur de marijuana). En l’espèce, nous sommes d’avis que le juge Lauwers a bien cerné le but subsidiaire des policiers (au par. 107) : [TRADUCTION] « . . . l’entrée des policiers ne valait guère mieux qu’une enquête criminelle hypothétique, ou une “expédition de pêche” ». Il faut rappeler ici que les policiers ne disposaient pas d’information permettant de faire un lien entre les occupants de la cour arrière — et dont ils ignoraient l’identité — et une quelconque conduite criminelle réelle ou soupçonnée. La théorie de l’autorisation implicite n’a jamais eu pour objectif de protéger ce type de conduite intrusive par les policiers.

[128] La conclusion portant que les policiers étaient des intrus est manifestement pertinente pour l’application de l’art. 8, puisqu’elle neutralise toute idée de « consentement » à l’entrée des policiers. Il est moins évident de déterminer le rôle que joue cette conclusion quand vient le temps de juger si, pour l’application de l’art. 9, les policiers

for investigative purposes, the law similarly does not authorize the detention of individuals for investigative purposes (para. 143). As ss. 8 and 9 protect different (if sometimes inter-related) interests and each have separate standards and considerations (*R. v. MacKenzie*, 2013 SCC 50, [2013] 3 S.C.R. 250, at para. 36), we leave for another day the relationship between trespassing and detentions discussed in the Court of Appeal for Ontario judgment.

(b) *No Legal Authority to Detain*

[129] The trial judge found that the police had three purposes in coming to the backyard: checking to see if the young men were trespassing; looking for persons of interest; and checking an area they were told was a problem area for drugs. None of these purposes provide legal authority for the detention.

[130] No statute authorized these police officers to detain anyone in the backyard. At trial, the police invoked the *Trespass to Property Act*, R.S.O. 1990, c. T.21, as a source of authorization to enter to assess whether the young men were trespassing. However, as a matter of law, the Act does not authorize the police to engage in investigative detentions on private property. Rather, it provides authorization only for the police to arrest individuals where there are reasonable and probable grounds to believe that they are trespassing (s. 9). No such grounds existed.

[131] Similarly, the common law power to detain for investigative purposes could not have been invoked. This power allows the police to detain an individual for investigative purposes where, in the totality of circumstances, there are reasonable grounds to suspect a clear nexus between the individual and a recent or still unfolding crime (*Mann*, at paras. 34 and 45). Here, no such grounds existed. Any questions about persons of interest did not require entry

étaient légalement autorisés à détenir une personne se trouvant également dans la propriété. Selon le juge Lauwers, si une règle de droit n'autorise pas les policiers à entrer sur une propriété à des fins d'enquête, cette règle de droit ne les autorise pas non plus à détenir une personne à des fins d'enquête (par. 143). Comme les art. 8 et 9 protègent des droits différents (quoique parfois interreliés) et ont leurs propres normes et considérations (*R. c. MacKenzie*, 2013 CSC 50, [2013] 3 R.C.S. 250, par. 36), nous reportons à une autre occasion l'examen de la question du lien entre les intrusions et les détentions dont il est question dans l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario.

b) *Aucun pouvoir légal de détention*

[129] Le juge du procès a conclu que les policiers poursuivaient trois objectifs en se rendant dans la cour arrière : vérifier si les jeunes hommes étaient des intrus, rechercher des personnes d'intérêt et vérifier un secteur qui, leur avait-on dit, était problématique en ce qui concerne les drogues. Aucun de ces objectifs ne confère un pouvoir légal de détention.

[130] Aucune loi n'autorisait les policiers à détenir qui que ce soit dans la cour arrière. Au procès, ils ont invoqué la *Loi sur l'entrée sans autorisation*, L.R.O. 1990, c. T.21, comme source les autorisant à entrer dans le but d'évaluer si les jeunes hommes étaient des intrus. Sur le plan juridique, toutefois, la Loi n'autorise pas les policiers à procéder à une mise en détention aux fins d'enquête sur une propriété privée. Elle permet plutôt uniquement à ceux-ci d'arrêter des personnes qu'ils croient, pour des motifs raisonnables et probables, être sur un lieu sans autorisation (art. 9). Aucun motif de cette nature n'existait en l'espèce.

[131] De même, le pouvoir en common law de détenir une personne à des fins d'enquête n'aurait pas pu être invoqué. Ce pouvoir permet aux policiers de détenir une personne à de telles fins lorsque, dans l'ensemble des circonstances, ils ont des motifs raisonnables de soupçonner l'existence d'un lien clair entre la personne en cause et une infraction criminelle récente ou toujours en cours (*Mann*, par. 34 et 45). Aucun motif de cette nature n'existait en

into the property or detention and there was no nexus between the address and any recent or ongoing complaint about trespassing.

[132] The trial judge concluded that the police were “duty-bound” to attend at the backyard based on the reports of the security guards that J.J. “frequents” the area and that the backyard was a “problem address” (para. 67). Even if these generalized concerns were to provide a reason for the police to approach the backyard, they fall far short of the threshold for justifying an investigative detention. As this Court said in *Mann*, a suspect’s presence in a “so-called high crime area” is not by itself a basis for detention (para. 47). Similarly, the mere presence of *non*-suspects such as Mr. Le in an area frequented “days or weeks” earlier by a person of interest cannot furnish such a basis. As the Court of Appeal of Alberta said in *R. v. O.(N.)*, 2009 ABCA 75, 2 Alta. L.R. (5th) 72 (at para. 40):

The officer’s evidence about the location and type of building where such events occurred was too vague to contribute to reasonable grounds to detain. He did not specify the size of the “area” or the types or numbers of apartment blocks in it. With such specificity, there may be other facts when a detention could be justified. But on these facts, such a general approach gives rise to a grave risk of police interference with lawful activities. As Iacobucci J. stated in *Mann*, the high crime nature of a neighbourhood, alone, is not enough. Even though some apartment buildings in a neighbourhood may be known to the police as havens of drug activity, that does not mean that anyone who enters any apartment building in an ill-defined area or neighbourhood can objectively be suspected of criminal activity. [Emphasis added.]

Similarly, the receipt of general information about contraband in relation to an address does not, without

l’espèce. Pour ce qui est de la question des personnes d’intérêt, il n’était pas nécessaire d’entrer sur la propriété ni de détenir des gens, et il n’y avait aucun lien entre l’adresse et une quelconque plainte récente ou en cours au sujet d’une intrusion.

[132] Le juge du procès a conclu qu’il [TRADUCTION] « était du devoir » des policiers d’aller voir dans la cour arrière, compte tenu des rapports des agents de sécurité indiquant que J.J. « fréquent[ait] » le secteur et que la cour arrière était un « endroit problématique » (par. 67). Même si elles donnaient aux policiers une raison de s’approcher de la cour arrière, ces préoccupations générales étaient loin de satisfaire à la norme applicable pour justifier une détention aux fins d’enquête. Comme notre Cour l’a affirmé dans l’arrêt *Mann*, la présence d’un suspect dans un « quartier dit à criminalité élevée » n’est pas en soi un motif de détention (par. 47). De même, la simple présence de personnes *n’étant pas* soupçonnées comme M. Le dans un quartier fréquenté « quelques jours ou quelques semaines » auparavant par une personne d’intérêt ne saurait constituer un tel motif. Comme l’a affirmé la Cour d’appel de l’Alberta dans l’arrêt *R. c. O.(N.)*, 2009 ABCA 75, 2 Alta. L.R. (5th) 72 (par. 40) :

[TRADUCTION] Le témoignage du policier au sujet de l’endroit et du genre d’immeuble où ces incidents se sont produits était trop vague pour contribuer à établir l’existence de motifs raisonnables de détention. Il n’a pas précisé l’étendue du « secteur » ni le genre ou le nombre d’immeubles d’appartements qui s’y trouvait. D’autres faits pourraient justifier une détention, eu égard à de telles précisions. Cependant, au vu des faits en l’espèce, une telle approche générale présente un risque grave d’ingérence policière dans des activités légales. Comme le juge Iacobucci l’a affirmé dans l’arrêt *Mann*, le fait qu’un quartier présente un taux de criminalité élevé, à lui seul, ne suffit pas. Même si certains immeubles d’appartements dans un quartier peuvent être connus des policiers comme des refuges pour les activités liées à la drogue, cela ne signifie pas que quiconque entre dans un immeuble à appartements dans un secteur ou un quartier mal défini peut objectivement être soupçonné d’activité criminelle. [Nous soulignons.]

De même, le fait de recevoir des renseignements généraux sur de la contrebande relativement à une

more specificity, give rise to reasonable suspicion in relation to recent or ongoing criminal activity.

[133] It follows from the foregoing discussion that Mr. Le's detention was arbitrary because, at the time of detention (when the police entered the backyard), the police had no reasonable suspicion of recent or ongoing criminal activity. Investigative objectives that are not grounded in reasonable suspicion do not support the lawfulness of a detention, and cannot therefore be viewed as legitimate in the context of a s. 9 claim. This detention, therefore, infringed Mr. Le's s. 9 *Charter* right.

[134] Since the detention in this case was not authorized by law, there is no need to analyze whether that law is arbitrary or whether the detention was carried out in a reasonable manner.

C. *Section 8 of the Charter*

[135] While our colleague says he is not deciding the s. 8 issue in a definitive manner, he expresses doubt about whether Mr. Le had standing to challenge the search as an invited guest on the property of another individual. We agree that, clearly, the protective scope of s. 8, as applied to house guests, is not being decided in this case. However, we also do not wish to be seen as endorsing the analysis tentatively put forward by our colleague. While the issue remains to be decided, the approach to privacy put forward by Moldaver J. does not take into consideration two fundamental points that ought to inform the s. 8 analysis.

[136] First, at its core, s. 8 is concerned with the point at which “the public’s interest in being left alone by government must give way to the government’s interest in intruding on the individual’s privacy in order to advance its goals” (*Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 159-60). The lens through which this analysis is conducted

adresse ne donne pas lieu, à défaut de précisions additionnelles, à des soupçons raisonnables à l’égard d’activités criminelles récentes ou en cours.

[133] Il s’ensuit de l’analyse qui précède que la détention de M. Le était arbitraire parce que, au moment de la mise en détention (lorsque les policiers sont entrés dans la cour arrière), les policiers n’avaient aucun soupçon raisonnable concernant une activité criminelle récente ou en cours. Des objectifs d’enquête qui ne reposent pas sur des soupçons raisonnables ne fondent pas la légalité d’une détention et ne peuvent donc pas être considérés comme légitimes dans le contexte d’une demande fondée sur l’art. 9 de la *Charte*. La détention de M. Le a donc porté atteinte au droit qui lui est garanti par cette disposition.

[134] Comme la détention en l’espèce n’était pas autorisée par une règle de droit, il n’est pas nécessaire d’analyser si cette règle est exempte de caractère abusif ou si la détention a été effectuée de façon non abusive.

C. *Article 8 de la Charte*

[135] Bien que notre collègue affirme ne pas trancher définitivement la question de l’art. 8, il exprime des doutes quant à savoir si M. Le avait qualité pour contester la perquisition en tant qu’invité dans la propriété d’autrui. Nous convenons que, manifestement, la question de l’application de la protection conférée par l’art. 8 aux invités n’est pas tranchée en l’espèce. Cependant, nous ne souhaitons pas donner l’impression que nous appuyons l’analyse provisoire que propose notre collègue. Bien que la question demeure en suspens, l’approche préconisée par le juge Moldaver concernant la vie privée fait fi de deux points fondamentaux dont il convient de tenir compte dans l’analyse relative à l’art. 8.

[136] Premièrement, l’art. 8 s’intéresse essentiellement au point à partir duquel « le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s’immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins » (*Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 159-160). Il faut toujours effectuer cette analyse

must always be normative and not categorical. That is, the analysis does not proceed with the assumption that a categorical factor, like control, will have a dominating impact on whether a person has a reasonable expectation of privacy. Rather, the inquiry is always driven by the question of whether a privacy claim ought to “be recognized as beyond state intrusion absent constitutional justification if Canadian society is to remain a free, democratic and open society” (*R. v. Reeves*, 2018 SCC 56, [2018] 3 S.C.R. 531, at para. 28). Second, it is possible for an individual to have a diminished or qualified reasonable expectation of privacy while still retaining the benefit of s. 8 protection (*R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34, at paras. 8-9; see also *R. v. Marakah*, 2017 SCC 59, [2017] 2 S.C.R. 608, at para. 29, citing *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, at para. 22). Guests’ expectations may be qualified by the knowledge that their host could invite others in, including the state. However, it may still be objectively reasonable for a guest present on private property to expect that the state will not enter uninvited.

[137] We are of the view that a case can be made that invited guests can, in some circumstances, have reasonable expectations of privacy in their host’s property. The determination of when, and to what extent, these guests have a reasonable expectation of privacy will be fact and context specific. However, the analysis must always focus on s. 8’s fundamental concern with the public being left alone by the state, the normative approach to discerning the parameters of privacy rights, and the fact that s. 8 provides protection to those who have diminished or qualified reasonable expectations of privacy.

D. *Section 24(2) of the Charter*

[138] Having come to a different conclusion than the trial judge on the timing and constitutionality of

sous un angle normatif et non catégorique. Ainsi, dans le cadre de cette analyse, il n’est pas présumé qu’un facteur catégorique, comme le contrôle, aura une incidence déterminante quant à savoir si une personne a une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée. L’examen repose plutôt toujours sur la question de savoir si le droit à la vie privée revendiqué doit [TRADUCTION] « être considéré comme à l’abri de toute intrusion par l’État — sauf justification constitutionnelle — pour que la société canadienne demeure libre, démocratique et ouverte » (*R. c. Reeves*, 2018 CSC 56, [2018] 3 R.C.S. 531, par. 28). Deuxièmement, il est possible qu’une personne ait une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée qui soit réduite ou limitée tout en demeurant protégée par l’art. 8 (*R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34, par. 8-9; voir également *R. c. Marakah*, 2017 CSC 59, [2017] 2 R.C.S. 608, par. 29, citant *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, par. 22). Les attentes dont jouissent des invités peuvent être limitées par le fait pour ces derniers de savoir que leur hôte peut inviter d’autres personnes à entrer chez lui, y compris l’État. Cependant, il pourrait toujours être objectivement raisonnable pour un invité présent dans une propriété privée de s’attendre à ce que l’État n’y entre pas sans invitation.

[137] Nous estimons qu’il est possible de soutenir que des invités peuvent, dans certaines circonstances, raisonnablement s’attendre au respect de leur vie privée dans la propriété de leur hôte. La détermination du moment où ceux-ci auront une attente raisonnable au respect de leur vie privée, et de l’étendue de cette attente, dépendra des faits et du contexte de l’affaire. Toutefois, l’analyse doit toujours être axée sur la préoccupation fondamentale de l’art. 8 en ce qui touche le droit du public de ne pas être importuné par l’État, l’approche normative applicable à la détermination des paramètres des droits à la vie privée, et le fait que cette disposition protège les personnes qui jouissent d’une attente réduite ou limitée au respect de leur vie privée.

D. *Paragraphe 24(2) de la Charte*

[138] Comme nous sommes parvenus à une conclusion différente de celle du juge du procès sur le

Mr. Le’s detention, we owe no deference to his “alternative” conclusion regarding exclusion of evidence under s. 24(2) of the *Charter* (*Grant*, at para. 129; *R. v. Paterson*, 2017 SCC 15, [2017] 1 S.C.R. 202, at para. 42).

(1) General Principles

[139] Section 24(2) of the *Charter* provides that, where evidence was obtained in a manner that infringed a *Charter* right or freedom, that evidence *shall* be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, its admission *would bring the administration of justice into disrepute*. While the judicial inquiry under s. 24(2) is often rhetorically cast as asking whether evidence should be excluded, that is not the question to be decided. Rather, it is whether the administration of justice would be brought into disrepute by its admission (*R. v. Taylor*, 2014 SCC 50, [2014] 2 S.C.R. 495, at para. 42). If so, there is nothing left to decide about exclusion: our *Charter* directs that such evidence *must* be excluded, *not* to punish police or compensate for a rights infringement, but because it is necessary to do so to maintain the “integrity of, and public confidence in, the justice system” (*Grant*, at paras. 68-70).

[140] Where the state seeks to benefit from the evidentiary fruits of *Charter*-offending conduct, our focus must be directed not to the impact of state misconduct upon *the criminal trial*, but upon *the administration of justice*. Courts must also bear in mind that the fact of a *Charter* breach signifies, in and of itself, injustice, and a consequent diminishment of administration of justice. What courts are mandated by s. 24(2) to consider is whether the admission of evidence risks doing further damage by diminishing *the reputation* of the administration of justice — such that, for example, reasonable members of Canadian society might wonder whether courts take individual rights and freedoms from police misconduct seriously. We endorse this Court’s caution in *Grant*,

moment où M. Le a été mis en détention et sur la constitutionnalité de cette détention, nous ne sommes pas tenus de faire preuve de déférence envers sa conclusion « subsidiaire » sur l’exclusion de la preuve par application du par. 24(2) de la *Charte* (*Grant*, par. 129; *R. c. Paterson*, 2017 CSC 15, [2017] 1 R.C.S. 202, par. 42).

(1) Les principes généraux

[139] Le paragraphe 24(2) de la *Charte* prévoit que, lorsque des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la *Charte*, ces éléments de preuve *sont* écartés s’il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation *est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice*. Bien que l’analyse fondée sur le par. 24(2) soit souvent présentée comme portant sur la question de savoir si des éléments de preuve devraient être écartés, il ne s’agit pas de la question à trancher. Il s’agit plutôt de savoir si leur utilisation est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice (*R. c. Taylor*, 2014 CSC 50, [2014] 2 R.C.S. 495, par. 42). Dans l’affirmative, il n’y a plus rien à trancher au sujet de l’exclusion : notre *Charte* prévoit que ces éléments de preuve *doivent* être écartés, *non pas* pour sanctionner la conduite des policiers ou pour dédommager l’accusé pour une violation de ses droits, mais parce qu’il est nécessaire de le faire pour maintenir « l’intégrité du système de justice et [. . .] la confiance à son égard » (*Grant*, par. 68-70).

[140] Lorsque l’État cherche à tirer profit des éléments de preuve recueillis en violation de la *Charte*, les tribunaux doivent s’intéresser à l’incidence de l’inconduite de l’État non pas sur *le procès criminel*, mais sur *l’administration de la justice*. Ils doivent aussi garder à l’esprit qu’une violation de la *Charte* signifie, en soi, une injustice et, partant, une diminution de la considération dont jouit l’administration de la justice. Le paragraphe 24(2) exige des tribunaux qu’ils se demandent si l’utilisation des éléments de preuve risque de faire d’autres dommages en diminuant *la considération* dont jouit l’administration de la justice — de sorte que, par exemple, des membres raisonnables de la société canadienne pourraient se demander si les tribunaux prennent au sérieux les

at para. 68, that, while the exclusion of evidence “may provoke immediate criticism”, our focus is on “the overall repute of the justice system, viewed in the long term” by a reasonable person, informed of all relevant circumstances and of the importance of *Charter* rights.

[141] In *Grant*, the Court identified three lines of inquiry guiding the consideration of whether the admission of evidence tainted by a *Charter* breach would bring the administration of justice into disrepute: (1) the seriousness of the *Charter*-infringing conduct; (2) the impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the accused; and (3) society’s interest in the adjudication of the case on its merits. While the first two lines of inquiry typically work in tandem in the sense that both pull towards exclusion of the evidence, they need not pull with identical degrees of force in order to compel exclusion. More particularly, it is not necessary that *both* of these first two lines of inquiry support exclusion in order for a court to determine that admission would bring the administration of justice into disrepute. Of course, the more serious the infringing conduct and the greater the impact on the *Charter*-protected interests, the stronger the case for exclusion (*R. v. McGuffie*, 2016 ONCA 365, 131 O.R. (3d) 643, at para. 62). But it is also possible that serious *Charter*-infringing conduct, even when coupled with a weak impact on the *Charter*-protected interest, will *on its own* support a finding that admission of tainted evidence would bring the administration of justice into disrepute. It is the sum, and not the average, of those first two lines of inquiry that determines the pull towards exclusion.

[142] The third line of inquiry, society’s interest in an adjudication of the case on its merits, typically pulls in the opposite direction — that is, towards a finding that admission would not bring the administration of justice into disrepute. While that pull is

droits et libertés individuels à la protection contre les inconduites policières. Nous souscrivons à la mise en garde que notre Cour a formulée dans *Grant*, par. 68, selon laquelle, bien que l’exclusion d’éléments de preuve « [puisse] provoquer des critiques sur le coup », il faut s’intéresser surtout à « la considération globale dont jouit le système de justice », vue « à long terme » par une personne raisonnable au fait de l’ensemble des circonstances pertinentes et de l’importance des droits garantis par la *Charte*.

[141] Dans l’arrêt *Grant*, la Cour a énoncé trois questions qu’il convient d’examiner pour savoir si l’utilisation d’éléments de preuve viciés par une violation de la *Charte* est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice : (1) la gravité de la conduite attentatoire à la *Charte*, (2) l’incidence de la violation sur les droits de l’accusé garantis par la *Charte*, et (3) l’intérêt de la société à ce que l’affaire soit jugée au fond. Bien que les deux premières questions agissent généralement en tandem en ce qu’elles font toutes deux pencher la balance en faveur de l’exclusion des éléments de preuve, le niveau de force avec lequel elles font pencher la balance n’a pas besoin d’être identique pour que l’exclusion soit requise. Plus particulièrement, il n’est pas nécessaire que ces *deux* premières questions étayent l’exclusion pour permettre au tribunal de conclure que l’utilisation des éléments de preuve est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice. Bien entendu, plus la conduite attentatoire est grave et plus l’incidence sur les droits garantis par la *Charte* est grande, plus l’exclusion sera justifiée (*R. c. McGuffie*, 2016 ONCA 365, 131 O.R. (3d) 643, par. 62). Cependant, il se peut également qu’une conduite attentatoire grave, même si elle a une faible incidence sur les droits garantis par la *Charte*, étayera *à elle seule* la conclusion que l’utilisation des éléments de preuve viciés est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice. C’est la somme, et non la moyenne, de ces deux premières questions qui détermine si la balance penche en faveur de l’exclusion.

[142] La troisième question, l’intérêt de la société à ce que l’affaire soit jugée au fond, milite généralement en faveur de la solution contraire — soit en faveur de la conclusion selon laquelle l’utilisation des éléments de preuve n’est pas susceptible de

particularly strong where the evidence is reliable and critical to the Crown's case (see *R. v. Harrison*, 2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494, at paras. 33-34), we emphasize that the third line of inquiry cannot turn into a rubber stamp where *all* evidence is deemed reliable and critical to the Crown's case at this stage. The third line of inquiry becomes particularly important where one, but not both, of the first two inquiries pull towards the exclusion of the evidence. Where the first and second inquiries, taken together, make a strong case for exclusion, the third inquiry will seldom if ever tip the balance in favour of admissibility (*Paterson*, at para. 56). Conversely, if the first two inquiries together reveal weaker support for exclusion of the evidence, the third inquiry will most often confirm that the administration of justice would not be brought into disrepute by admitting the evidence.

(a) *Seriousness of the Charter-Infringing Conduct*

[143] This Court has previously observed that, when considering the seriousness of the *Charter*-infringing conduct, a court's task is "to situate that conduct on a scale of culpability" (*Paterson*, at para. 43). The operating premise here is that inadvertent, technical or otherwise minor infringements impact less upon the rule of law and, therefore, upon the reputation of the administration of justice than wilful or reckless disregard of *Charter* rights (*Grant*, at para. 74; *Harrison*, at para. 22). Further, as this Court held in *R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631, at para. 59, and *Paterson*, at para. 44, a "good faith" error on the part of the police must be reasonable and is not demonstrated by pointing to mere negligence in meeting *Charter* standards. In other words, the reputation of the administration of justice requires that courts should dissociate themselves from evidence obtained as a result of police negligence in meeting *Charter* standards.

déconsidérer l'administration de la justice. Bien que cela soit particulièrement vrai lorsque les éléments de preuve sont fiables et essentiels à la preuve du ministère public (voir *R. c. Harrison*, 2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494, par. 33-34), il importe de souligner que la troisième question ne peut devenir une simple formalité lorsque *l'ensemble* de la preuve est réputée fiable et essentielle à la preuve du ministère public à cette étape. La troisième question devient particulièrement importante lorsque l'une des deux premières questions, mais pas les deux, milite en faveur de l'exclusion des éléments de preuve. Lorsque les première et deuxième questions, considérées ensemble, militent fortement en faveur de l'exclusion, la troisième question fera rarement, sinon jamais, pencher la balance en faveur de l'utilisation des éléments de preuve (*Paterson*, par. 56). À l'inverse, si les deux premières questions considérées ensemble étayaient moins l'exclusion des éléments de preuve, la troisième question confirmera la plupart du temps que l'utilisation des éléments de preuve n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

a) *Gravité de la conduite attentatoire à la Charte*

[143] La Cour a déjà souligné que, lorsqu'il apprécie la gravité d'une conduite attentatoire à la *Charte*, le tribunal doit « situer cette conduite sur l'échelle de culpabilité » (*Paterson*, par. 43). Le postulat de départ, en l'espèce, est que les violations commises par inadvertance, techniques ou par ailleurs mineures ont moins d'incidence sur la primauté du droit et, par conséquent, sur la considération dont jouit l'administration de la justice qu'un non-respect délibéré ou insouciant des droits garantis par la *Charte* (*Grant*, par. 74; *Harrison*, par. 22). De plus, comme la Cour l'a statué dans *R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631, par. 59, et dans *Paterson*, par. 44, l'erreur commise de « bonne foi » par la police doit être raisonnable et elle ne peut être établie sur le fondement d'une simple négligence dans l'observation des normes prescrites par la *Charte*. En d'autres mots, la considération dont jouit l'administration de la justice exige des tribunaux qu'ils se dissocient des éléments de preuve obtenus par suite de la négligence dont a fait preuve la police dans l'observation des normes prescrites par la *Charte*.

[144] While the trial judge understood this distinction — had he found a breach of s. 9, he would have assessed the seriousness of the *Charter*-infringing conduct to be at the low end, being “technical, inadvertent, and made in good faith” — in our respectful view this assessment is manifestly indefensible.

[145] The question of whether the officers acted in “good faith” arose at trial when the accused argued that the police engaged in racial profiling and were not, therefore, acting in good faith under s. 24(2). We note that courts have certainly gained a great deal of knowledge about racial profiling. We have come a long way from the early days in which a trial judge asked the accused to apologize to a police officer for suggesting that certain police conduct was in part based on the accused’s race. In that case, the Court of Appeal for Ontario would later hold that racial profiling is a reality in policing in Canada that is “supported by significant social science research” (*Brown*, at paras. 7-9 and 98). This was accepted by Binnie J. in *Grant*.

[146] As we have previously discussed, the trial judge rejected the argument that the police were engaged in racial profiling and concluded that the officers had not been acting in bad faith. It is, of course, open to a trial judge to determine that, even though something like racial profiling may often happen, it did not actually happen on the particular facts of an individual case. The appellant has not challenged the trial judge’s assessment. The police cannot, therefore, be found to be in bad faith on the basis that, consciously or unconsciously, the race of the young men was a consideration in how the police treated them.

[147] But an absence of bad faith does not equate to a positive finding of good faith and the officers were not acting in “good faith” simply because they were not engaged in racial profiling. Rather, for state

[144] Bien que le juge du procès ait compris cette distinction — s’il avait conclu à une violation de l’art. 9 de la *Charte*, il aurait estimé que la gravité de la conduite attentatoire se situait au bas de l’échelle de gravité, c’est-à-dire qu’il s’agissait d’une violation [TRADUCTION] « d’ordre technique, commise par inadvertance et de bonne foi » —, son appréciation est à notre avis manifestement indéfendable.

[145] La question de savoir si les policiers ont agi de « bonne foi » s’est soulevée au procès lorsque l’accusé a fait valoir que les policiers se sont livrés à du profilage racial et qu’ils n’agissaient donc pas de bonne foi pour l’application du par. 24(2). Nous signalons que les tribunaux ont acquis beaucoup de connaissances au sujet du profilage racial. Nous avons fait beaucoup de progrès depuis l’époque où le juge d’un procès avait demandé à l’accusé de s’excuser auprès d’un policier pour avoir laissé entendre que la conduite de la police était en partie fondée sur la race de l’accusé. Dans cette affaire, la Cour d’appel de l’Ontario a par la suite statué que le profilage racial est une réalité des interventions policières au Canada dont l’existence [TRADUCTION] « est étayée par de nombreux travaux de recherche en sciences sociales » (*Brown*, par. 7-9 et 98). Le juge Binnie a accepté ce constat dans l’arrêt *Grant*.

[146] Comme nous l’avons expliqué plus tôt, le juge du procès a rejeté l’argument selon lequel les policiers s’étaient livrés à du profilage racial et il a conclu qu’ils n’avaient pas agi de mauvaise foi. Il est évidemment loisible au juge qui préside un procès de conclure que, bien que des problèmes de la sorte soient susceptibles de souvent se produire, il n’y a pas eu de profilage racial eu égard aux faits particuliers d’une affaire donnée. L’appelant n’a pas contesté l’appréciation de cette question par le juge du procès. On ne peut donc pas conclure que les policiers ont agi de mauvaise foi au motif que, consciemment ou inconsciemment, la race des jeunes hommes a constitué une considération dans le traitement qu’ils ont réservé à ceux-ci.

[147] Cependant, l’absence de mauvaise foi n’équivaut pas à une conclusion positive de bonne foi, et les policiers n’agissaient pas de « bonne foi » du seul fait qu’ils ne se livraient pas à du profilage racial. En

misconduct to be excused as a “good faith” (and, therefore, minor) infringement of *Charter* rights, the state must show that the police “conducted themselves in [a] manner . . . consistent with what they subjectively, reasonably, and non-negligently believe[d] to be the law” (*R. v. Washington*, 2007 BCCA 540, 248 B.C.A.C. 65, at para. 78).

[148] So understood, good faith cannot be ascribed to these police officers’ conduct. Their own evidence makes clear that they fully understood the limitations upon their ability to enter the backyard to investigate individuals. Csts. Reid and Teatero each acknowledged having no authority to enter into private residences (which, Cst. Reid acknowledged, includes backyards) to investigate for trespassing and Cst. O’Toole acknowledged having received no complaint connecting the L.D. townhouse with trespassing. As Cst. Reid testified, their purpose was clear: “We enter[ed] . . . the rear yard . . . to speak to the, well, to investigate the young men who [were] there” (A.R., vol. III, at p. 18) — young men who, *as the trial judge found*, “appeared to be doing nothing wrong” and were “just talking”.

[149] The circumstances of Mr. Le’s detention did not take the police into uncharted legal waters or otherwise raise a novel issue about the constitutionality of their actions. Indeed, the authority of police to detain individuals is governed by settled jurisprudence from this Court, as is the (in)capacity of police to enter a private residence without prior judicial authorization or some exigent circumstance. And, as this Court has previously cautioned, “[w]hile police are not expected to engage in judicial reflection on conflicting precedents, they are rightly expected to know what the law is” (*Grant*, at para. 133). We see no good reason to dilute the force of these authorities where the police have disregarded them in the course of effecting an unconstitutional detention.

fait, pour que l’inconduite de la part de l’État soit excusée à titre de violation de droits garantis par la *Charte* commise de « bonne foi » (et, donc, de violation mineure), l’État doit démontrer que les policiers [TRADUCTION] « se sont conduits d’une manière [. . .] compatible avec ce qu’ils [croyaient] subjectivement, raisonnablement et non négligemment être la loi » (*R. c. Washington*, 2007 BCCA 540, 248 B.C.A.C. 65, par. 78).

[148] Interprétée ainsi, la bonne foi ne peut pas être attribuée à la conduite des agents de police en l’espèce. Leurs propres témoignages indiquent clairement qu’ils comprenaient parfaitement les limites applicables quant à leur pouvoir d’entrer dans la cour arrière pour enquêter sur des personnes. Les agents Reid et Teatero ont tous les deux reconnu qu’ils n’étaient pas autorisés à entrer dans des résidences privées (ce qui comprend, comme l’a reconnu l’agent Reid, les cours arrières) afin d’enquêter sur des affaires d’intrusion, et l’agent O’Toole a reconnu n’avoir reçu aucune plainte d’intrusion portant sur la maison en rangée de L.D. Comme l’a affirmé l’agent Reid dans son témoignage, leur objectif était clair : [TRADUCTION] « Nous sommes entrés [. . .] la cour arrière [. . .] pour parler à, eh bien, pour enquêter sur les jeunes hommes qui se trouv[ai]ent là » (d.a., vol. III, p. 18) — jeunes hommes qui, *selon le juge du procès*, [TRADUCTION] « semblaient ne faire rien de mal » et « étaient juste en train de bavarder ».

[149] Les circonstances entourant la détention de M. Le n’ont pas amené la police en terrain inconnu sur le plan juridique ni n’ont autrement soulevé une question nouvelle au sujet de la constitutionnalité de ses actes. En effet, le pouvoir qu’a la police de détener des personnes est régi par la jurisprudence bien établie de la Cour; il en va de même du pouvoir qu’a ou non celle-ci d’entrer dans une résidence privée en l’absence d’une autorisation judiciaire préalable ou d’une situation d’urgence. De plus, comme la Cour l’a déjà souligné, « [s]i la police n’est pas tenue d’entreprendre une réflexion juridique au sujet de précédents contradictoires, elle doit cependant connaître l’état du droit » (*Grant*, par. 133). Nous ne voyons aucune raison d’affaiblir ces précédents dans les cas où la police n’en a pas tenu compte en procédant à une détention inconstitutionnelle.

[150] We, therefore, agree with Lauwers J.A. (at para. 156) that “[t]his was serious police misconduct”. This Court, in considering similar police misconduct in *Grant*, could not have been clearer (at para. 133): “. . . the Court’s decision in this case will be to render similar conduct less justifiable going forward”. We are compelled, then, to conclude that this *Charter*-infringing conduct weighs heavily in favour of a finding that admission of the resulting evidence would bring the administration of justice into disrepute.

(b) *Impact on the Charter-Protected Interests of the Accused*

[151] The second *Grant* line of inquiry requires us to consider whether, from the standpoint of society’s interest in respect for *Charter* rights, admission of evidence tainted by a *Charter* breach would bring the administration of justice into disrepute. This entails asking whether and to what extent, in the totality of the circumstances, the *Charter* breach “actually undermined the interests protected by the right infringed” (*Grant*, at para. 76). Like the first inquiry under *Grant*, this entails answering a question of degree of seriousness: “The more serious the impact on the accused’s protected interests, the greater the risk that admission of the evidence may signal to the public that *Charter* rights, however high-sounding, are of little actual avail to the citizen, breeding public cynicism and bringing the administration of justice into disrepute” (*Grant*, at para. 76).

[152] What interests, then, of Mr. Le are protected by s. 9 of the *Charter*? This question was answered by this Court in *Grant*, at para. 20: “The purpose of s. 9, broadly put, is to protect individual liberty from unjustified state interference” (emphasis added). Such interference extends not only to “unjustified state intrusions upon physical liberty, but also against incursions on mental liberty by prohibiting the coercive

[150] Nous souscrivons donc à l’opinion du juge Lauwers (par. 156) selon laquelle [TRADUCTION] « [i]l s’agissait d’une grave inconduite de la part de la police ». La Cour, en examinant dans l’arrêt *Grant* une inconduite semblable de la part de la police, ne pouvait pas s’exprimer plus clairement (par. 133) en affirmant que « le présent arrêt fera en sorte que, dorénavant, il sera plus difficile de justifier des gestes similaires ». Nous sommes donc obligés de conclure que la conduite attentatoire en cause en l’espèce milite fortement en faveur d’une conclusion voulant que l’utilisation des éléments de preuve recueillis soit susceptible de déconsidérer l’administration de la justice.

(b) *Incidence sur les droits de l’accusé garantis par la Charte*

[151] La deuxième question à examiner selon l’arrêt *Grant* nous oblige à nous demander si, du point de vue de l’intérêt de la société à ce que les droits garantis par la *Charte* soient respectés, l’utilisation des éléments de preuve viciés par une violation de la *Charte* est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice. Il faut donc, eu égard à l’ensemble des circonstances, nous demander si la violation de la *Charte* a effectivement porté atteinte aux intérêts protégés par le droit en cause et « évaluer la portée réelle de l’atteinte » en question (*Grant*, par. 76). Comme pour la première question à analyser selon *Grant*, il faut donc répondre à une question de degré de gravité : « Plus [l’effet sur les droits qui sont garantis à l’accusé] est marqué, plus l’utilisation des éléments de preuve risque de donner à penser que les droits garantis par la *Charte*, pour encensés qu’ils soient, ne revêtent pas d’utilité réelle pour les citoyens, ce qui engendrerait le cynisme et déconsidérerait l’administration de la justice » (*Grant*, par. 76).

[152] Quels sont alors les droits garantis à M. Le par l’art. 9 de la *Charte*? La Cour a répondu à cette question dans l’arrêt *Grant*, par. 20 : « De façon générale, l’art. 9 vise à protéger la liberté individuelle contre l’ingérence injustifiée de l’État » (nous soulignons). L’article 9 protège non seulement « contre les atteintes injustifiées de l’État à la liberté physique, mais aussi contre les atteintes à la liberté psychologique, en lui

pressures of detention . . . from being applied to people without adequate justification” (para. 20). Underlying this purpose is an uncontroversial principle that is inherent to a free society founded upon the rule of law: “. . . government cannot interfere with individual liberty absent lawful authority to the contrary” (J. Stribopoulos, “The Forgotten Right: Section 9 of the Charter, Its Purpose and Meaning” (2008), 40 *S.C.L.R.* (2d) 211, at p. 231). Absent compelling state justification that bears the imprimatur of constitutionality by conforming to the principles of fundamental justice (*Grant*, at para. 19), Mr. Le, like any other member of Canadian society, is entitled to live his life free of police intrusion.

[153] The stakes are, therefore, undeniably high when a court is presented with a breach of s. 9. The “interest” to which courts must be attuned is not merely in walking into a house, or down the street. These activities are but manifestations of the interest in one’s *liberty* to make decisions, including decisions of fundamental importance, free from state interference (*Grant*, at para. 20). These freedoms are to be equally enjoyed by everyone.

[154] How, then, are we to understand the impact of this police misconduct on Mr. Le’s *Charter*-protected interest in his liberty from unjustified state interference? The majority at the Court of Appeal for Ontario described any impact on that interest as “momentary and minimal” (para. 76). In a similar vein, the trial judge found that any impact was reduced because Mr. Le “did not make any inculpatory statements or provide the police with any incriminating evidence that they would not have discovered otherwise” (para. 107). With respect, we do not see these considerations as compelling nor as properly accounting for the harm effected in this case.

[155] It is, of course, true that the length of Mr. Le’s detention was brief. But it does not necessarily follow that the impact on his liberty was trivial (*Grant*,

interdisant de recourir sans justification appropriée [au] moye[n] coerciti[f] que représent[e] la détention » (par. 20). Cet objectif repose sur un principe non controversé inhérent à une société libre fondée sur la primauté du droit : [TRADUCTION] « . . . le gouvernement ne peut s’ingérer dans la liberté individuelle en l’absence d’une autorisation légale à l’effet contraire » (J. Stribopoulos, « The Forgotten Right : Section 9 of the Charter, Its Purpose and Meaning » (2008), 40 *S.C.L.R.* (2d) 211, p. 231). À défaut d’une justification étatique convaincante qui respecte la Constitution en étant conforme aux principes de justice fondamentale (*Grant*, par. 19), M. Le, comme tout autre membre de la société canadienne, a le droit de vivre sa vie à l’abri de toute intrusion policière.

[153] Les enjeux sont donc indéniablement importants lorsqu’une violation de l’art. 9 est invoquée devant un tribunal. Le « droit » auquel les tribunaux doivent être attentifs ne concerne pas tout simplement le fait d’entrer dans une maison ou de marcher dans la rue. Ces activités ne sont que des manifestations du droit à la *liberté* d’une personne de prendre des décisions, y compris des décisions d’importance fondamentale, sans intervention de l’État (*Grant*, par. 20). Toute personne est censée jouir également de ces libertés.

[154] Comment faut-il alors comprendre l’incidence de l’inconduite policière en cause en l’espèce sur le droit à la protection de la liberté contre l’ingérence injustifiée de l’État, qui est garanti à M. Le par la *Charte*? Les juges majoritaires de la Cour d’appel de l’Ontario ont qualifié toute incidence sur ce droit de [TRADUCTION] « momentanée et minimale » (par. 76). Dans la même veine, le juge du procès a conclu que celle-ci était réduite parce que M. Le [TRADUCTION] « n’a fait aucune déclaration inculpatoire ni fourni d’éléments de preuve incriminants que les policiers n’auraient pas autrement découverts » (par. 107). En toute déférence, nous estimons que ces considérations ne sont pas convaincantes et qu’elles ne rendent pas compte comme il se doit du préjudice subi dans la présente affaire.

[155] Il est vrai, bien sûr, que la détention de M. Le a été de courte durée. Cependant, il ne s’ensuit pas nécessairement que l’incidence sur sa liberté a été

at para. 42). Even trivial or fleeting detentions “must be weighed against the absence of any reasonable basis for justification” (*Mann*, at para. 56 (emphasis in original)). And, when weighed against the absence of justification to investigate the young men *at all*, the impact of this police misconduct is heightened considerably. That this show of police force took the form of an intrusion into private residence — which, as we have already explained, informs the assessment of whether and when Mr. Le was detained — is also pertinent to the impact on his *Charter*-protected interests. Retreat to a private residence (even if not one’s own residence) will sometimes be the only practical way for individuals to exercise their right to be left alone — particularly in the circumstances of this housing development the common areas of which were said at trial to be the subject of frequent police patrols.

[156] As to the trial judge’s suggestion that the impact on Mr. Le’s *Charter*-protected interests was minor because he did not provide any inculpatory statement and because the evidence was discoverable in any event, we agree with Lauwers J.A. that the firearm and drugs were not discoverable, absent a breach. Discovery required an unconstitutional detention, which had the effect, on the trial judge’s own finding, of prompting Mr. Le to change his behaviour, which in turn provided police with grounds to chase him and pursue an investigative detention. Regardless of how it is framed, there simply were no grounds, let alone reasonable grounds, to suspect any criminal wrongdoing was committed or being committed by the young men in the backyard. The discovery of the evidence was only possible because of the serious s. 9 breach in this case.

[157] This serious breach, moreover, had a significant impact upon Mr. Le’s protected interest under s. 9 in his liberty from unjustified state interference.

anodine (*Grant*, par. 42). Même une détention anodine ou de courte durée « doit être mise en balance avec l’absence de tout motif raisonnable la justifiant » (*Mann*, par. 56 (souligné dans l’original)). Et, lorsque mise en balance avec l’absence *totale* de justification pour enquêter sur les jeunes hommes, l’incidence de l’inconduite policière en cause en l’espèce est considérablement accrue. Le fait que cette démonstration de force de la part de la police ait pris la forme d’une intrusion dans une résidence privée — ce qui, comme nous l’avons déjà expliqué, est utile pour déterminer si et quand M. Le a été mis en détention — est également pertinent en ce qui a trait à l’incidence sur ses droits garantis par la *Charte*. Se retirer dans une résidence privée (même s’il ne s’agit pas de leur résidence) sera parfois le seul moyen pratique pour des personnes d’exercer leur droit d’être laissés seuls, en particulier dans les circonstances du complexe d’habitation en cause dont, selon ce qui a été dit au procès, les aires communes auraient fait l’objet de fréquentes patrouilles de police.

[156] En ce qui concerne l’affirmation du juge du procès selon laquelle l’incidence sur les droits de M. Le garantis par la *Charte* était faible parce qu’il n’a fait aucune déclaration inculpatoire et parce que les éléments de preuve pouvaient être découverts de toute façon, nous sommes d’accord avec le juge Lauwers pour affirmer que l’arme à feu et les drogues ne pouvaient pas être découvertes sans qu’il y ait une violation de la *Charte*. Leur découverte exigeait une détention inconstitutionnelle, ce qui a eu pour effet, selon la propre conclusion du juge du procès, d’inciter M. Le à changer son comportement, ce qui a fourni à la police des motifs pour le poursuivre et procéder à une détention aux fins d’enquête. Peu importe comment les choses sont présentées, il n’y avait tout simplement aucun motif, et encore moins aucun motif raisonnable, de soupçonner qu’un acte criminel avait été commis ou était en train d’être commis par les jeunes hommes qui se trouvaient dans la cour arrière. La découverte des éléments de preuve n’a été possible qu’en raison de la violation grave de l’art. 9 commise en l’espèce.

[157] Cette violation grave a en outre eu une incidence importante sur le droit à la protection de la liberté contre l’ingérence injustifiée de l’État qui est

It is difficult to imagine, absent actual physical constraint, a greater impact upon the practical ability of Mr. Le — “[a] person in the . . . position [of having] every expectation of being left alone” (*Harrison*, at para. 31) — to make an informed choice between walking away or speaking to the police. This line of inquiry also strongly favours a finding that admission of the evidence in this case would bring the administration of justice into disrepute.

(c) *Society’s Interest in Adjudication of the Case on Its Merits*

[158] While we have observed that the third line of inquiry under *Grant* typically pulls towards inclusion of the evidence on the basis that its admission would not bring the administration of justice into disrepute, not all considerations will pull in this direction. While this inquiry is concerned with the societal interest in “an adjudication on the merits” (*Grant*, at para. 85), the focus, as we have already explained, must be upon the impact of state misconduct upon the reputation of the administration of justice. While disrepute may result from the exclusion of relevant and reliable evidence (*Grant*, at para. 81), so too might it result from admitting evidence that deprives the accused of a fair hearing or that amounts to “judicial condonation of unacceptable conduct by the investigatory and prosecutorial agencies” (*Collins*, at p. 281). An “adjudication on the merits”, in a rule of law state, presupposes an adjudication grounded in legality and respect for longstanding constitutional norms.

[159] The charges against Mr. Le are obviously, like most criminal offences, serious, and the evidence seized is also highly reliable. At the same time, courts must be careful to dissociate themselves and their trial processes from the violation of longstanding constitutional norms reflected in this Court’s *Charter* jurisprudence that has emphasized the importance of individuals’ liberty interests. On balance, this line of inquiry provides support for admitting the evidence.

garanti à M. Le par l’art. 9. Il est difficile d’imaginer, en l’absence de contrainte physique réelle, une incidence plus importante sur la capacité pratique de M. Le, « [une] personne [. . .] en droit de s’attendre à ne pas être importunée » (*Harrison*, par. 31), de faire un choix éclairé entre quitter les lieux ou parler à la police. Cette question milite aussi fortement en faveur de la conclusion voulant que l’utilisation, en l’espèce, des éléments de preuve soit susceptible de déconsidérer l’administration de la justice.

c) *Intérêt de la société à ce que l’affaire soit jugée au fond*

[158] Bien que nous ayons fait remarquer que la troisième question à examiner selon l’arrêt *Grant* milite habituellement en faveur de l’inclusion des éléments de preuve au motif que leur utilisation n’est pas susceptible de déconsidérer l’administration de la justice, ce ne sont pas toutes les considérations qui vont dans ce sens. Bien que cette question porte sur l’intérêt de la société à ce que « l’affaire soit jugée au fond » (*Grant*, par. 85), l’accent, comme nous l’avons déjà expliqué, doit être mis sur l’incidence de l’inconduite de l’État sur la considération dont jouit l’administration de la justice. Bien qu’elle puisse découler de l’exclusion d’éléments de preuve pertinents et fiables (*Grant*, par. 81), la déconsidération pourrait aussi résulter de l’utilisation d’éléments de preuve qui privent l’accusé d’un procès équitable ou qui équivalent à « l’absolution judiciaire d’une conduite inacceptable de la part des organismes enquêteurs ou de la poursuite » (*Collins*, p. 281). Un jugement « au fond », dans un État de droit, présuppose un jugement fondé sur la légalité et le respect de normes constitutionnelles de longue date.

[159] Les accusations portées contre M. Le sont évidemment, comme la plupart des infractions criminelles, graves, et les éléments de preuve saisis sont aussi extrêmement fiables. Par ailleurs, les tribunaux doivent prendre soin de se dissocier et de dissocier leur procédure de la violation de normes constitutionnelles de longue date dont fait état la jurisprudence de notre Cour sur la *Charte*, jurisprudence qui a souligné l’importance du droit à la liberté individuelle. Tout bien considéré, cette question milite en faveur de l’utilisation des éléments de preuve.

(2) Would the Admission of the Evidence Bring the Administration of Justice Into Disrepute?

[160] In view of our application of the three *Grant* lines of inquiry to the facts of this appeal, and with great respect to the courts below, we do not find this to be a close call. The police crossed a bright line when, without permission or reasonable grounds, they entered into a private backyard whose occupants were “just talking” and “doing nothing wrong”. The police requested identification, told one of the occupants to keep his hands visible and asked pointed questions about who they were, where they lived, and what they were doing in the backyard. This is precisely the sort of police conduct that the *Charter* was intended to abolish. Admission of the fruits of that conduct would bring the administration of justice into disrepute. This Court has long recognized that, as a general principle, the end does not justify the means (*R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903, at p. 961). The evidence must be excluded.

[161] Our colleague states that “reasonable and well-informed members of the public would regard a decision in this case to exclude the evidence and exonerate an admitted drug dealer who was prepared to reach for a loaded weapon during a violent struggle with the police as not merely alarming, but intolerable” (para. 306).

[162] We do not understand this sentiment, and do not share this fear. We observe, in response to our colleague, that great care is required so as not to fall into the trap of making and justifying special rules for neighbourhoods that are thought to have higher crime rates. As was said in the 1989 Solicitor General of Ontario’s Race Relations and Policing Task Force report (at p. 23) and, more recently, in the Tulloch Report (at p. 45 (footnote omitted)): “The worst enemy of effective policing is the absence of public confidence”. The Tulloch Report went on to say that, “[w]hen a segment of society believes that it has been unfairly targeted by the police, it will delegitimize the police in their eyes” (p. 45 (footnote

(2) L’utilisation des éléments de preuve est-elle susceptible de déconsidérer l’administration de la justice?

[160] Après avoir appliqué les trois questions à analyser selon l’arrêt *Grant* aux faits du présent pourvoi, et, soit dit en tout respect pour les tribunaux d’instance inférieure, nous ne croyons pas qu’il s’agit d’un cas limite. Les policiers ont transgressé une limite nette en entrant, sans permission ni motifs raisonnables, dans une cour arrière privée dont les occupants étaient [TRADUCTION] « juste en train de bavarder » et ne faisaient « rien de mal ». Ils ont demandé des pièces d’identité, dit à l’un des occupants de garder ses mains bien en vue et posé à ceux-ci des questions ciblées sur qui ils étaient, où ils vivaient et ce qu’ils faisaient dans la cour arrière. C’est précisément le type de conduite policière que la *Charte* visait à abolir. L’utilisation en preuve des fruits de cette conduite est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice. La Cour reconnaît depuis longtemps qu’en règle générale, la fin ne justifie pas les moyens (*R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903, p. 961). Les éléments de preuve doivent être exclus.

[161] Notre collègue affirme que « les membres raisonnables et bien informés du public, confrontés à une décision en l’espèce ayant pour effet d’écarter les éléments de preuve et d’exonérer un trafiquant de drogue avoué qui était prêt à saisir une arme chargée pendant un combat violent avec les policiers, qualifieraient cette décision non seulement d’alarmante, mais d’intolérable » (par. 306).

[162] Nous ne comprenons pas son opinion et ne partageons pas sa crainte. Nous tenons à signaler, pour répondre à notre collègue, qu’il faut prendre soin de ne pas tomber dans le piège qui consiste à concevoir et à justifier des règles particulières pour les quartiers que l’on croit aux prises avec un plus haut taux de criminalité. Comme il est indiqué dans le rapport de 1989 du Groupe d’étude entre la police et les minorités raciales présenté au Solliciteur général de l’Ontario (p. 23), et plus récemment dans le rapport Tulloch (p. 49 (note en bas de page omise)) : « Le pire ennemi d’une police efficace est l’absence de confiance du public ». Le rapport Tulloch ajoute que « [l]orsqu’un segment de la société croit qu’il est

omitted)). Effective law enforcement depends upon the co-operation of the public and the police must act in a manner that fosters co-operation and contributes to the public's perception of police legitimacy.

[163] To the extent that our colleague emphasizes in the s. 24(2) analysis that Mr. Le is “dangerous” and an “admitted drug dealer”, we note that Mr. Le was found by the sentencing judge, who was also the trial judge, to be an intelligent young man, with durable family support, positive prospects for rehabilitation, and the potential to be a valuable and contributing member of society (2014 ONSC 4288, at paras. 14 and 40-41 (CanLII)). Our criminal justice system emphasizes rehabilitation, especially for young persons — and we should not allow our views about the wrongfulness of his conduct (which we obviously share), to obscure the sentencing judge's important findings about Mr. Le's prospects for rehabilitation.

[164] We also do not accept that the result compelled by our Constitution “can only be described as demoralizing and discouraging” (Moldaver J.'s reasons, at para. 309). From the standpoint of constitutionalism, s. 24(2), *by design*, excludes evidence obtained by a *Charter* infringement where its admission would bring the administration of justice into disrepute. As we have explained, the admission of this evidence — in the circumstances of this police conduct — *would* bring the administration of justice into disrepute. However, those who feel this is the wrong result should understand that “[t]his unpalatable result is the direct product of the manner in which the police chose to conduct themselves” (*McGuffie*, at para. 83; *Paterson*, at para. 56) — and not of an indifference on the part of this Court towards violence, drugs, or community safety.

[165] Requiring the police to comply with the *Charter* in *all* neighbourhoods and to respect the rights of *all* people upholds the rule of law, promotes

injustement ciblé par la police, la police se trouve à perdre sa légitimité aux yeux de ceux qui font partie de ce segment » (p. 49 (note en bas de page omise)). L'application efficace de la loi est tributaire de la collaboration du public, et la police doit agir de façon à favoriser la collaboration et la légitimité qu'a la police aux yeux du public.

[163] Dans la mesure où notre collègue souligne, dans l'analyse fondée sur le par. 24(2), que M. Le est « dangereux » et un « trafiquant de drogue avoué », nous tenons à rappeler que le juge qui a imposé la peine, et qui a également présidé le procès, a conclu que M. Le est un jeune homme intelligent, qui jouit d'un appui familial durable, possède de solides perspectives de réadaptation et est susceptible de devenir un membre utile et actif de la société (2014 ONSC 4288, par. 14 et 40-41 (CanLII)). Notre système de justice criminelle met l'accent sur la réadaptation, surtout dans le cas des jeunes — et nous ne devrions pas laisser nos opinions sur le caractère répréhensible de sa conduite (que nous partageons, bien entendu) occulter les conclusions importantes du juge du procès quant aux perspectives de réadaptation de M. Le.

[164] Nous n'admettons pas non plus que le résultat que commande notre Constitution « ne peut être qualifié que de démoralisant et de décourageant » (motifs du juge Moldaver, par. 309). Du point de vue du constitutionnalisme, le par. 24(2) exclut, à *dessein*, les éléments de preuve obtenus par suite d'une violation de la *Charte* lorsque leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Comme nous l'avons expliqué, l'utilisation des éléments de preuve en l'espèce — eu égard à la conduite policière en cause — *est susceptible* de déconsidérer l'administration de la justice. Toutefois, ceux qui estiment que ce résultat n'est pas le bon doivent comprendre que [TRADUCTION] « [c]e résultat malheureux est directement imputable à la manière dont les policiers ont décidé de se conduire » (*McGuffie*, par. 83; *Paterson*, par. 56) — et non à l'indifférence de notre Cour à l'égard de la violence, de la drogue ou de la sécurité collective.

[165] Exiger de la police qu'elle se conforme à la *Charte* dans *tous* les quartiers et qu'elle respecte les droits de *tous* permet de maintenir la primauté du

public confidence in the police, and provides safer communities. The police will not be demoralized by this decision: they, better than anyone, understand that with extensive powers come great responsibilities. We share the view of the House of Lords, when rejecting the idea that imposing liability on the police would have similar consequences, that “Her Majesty’s servants are made of sterner stuff” (*Dorset Yacht Co. Ltd. v. Home Office*, [1970] 2 All E.R. 294, at p. 1033, per Lord Reid).

[166] We would, therefore, allow the appeal, exclude the evidence seized from Mr. Le, set aside his convictions, and enter acquittals.

The reasons of Wagner C.J. and Moldaver J. were delivered by

MOLDAVER J. (dissenting) —

I. Overview

[167] I have read the reasons of my colleagues and I am unable to agree with their analysis or conclusion. With respect, my colleagues have recast the trial record in a manner that is inconsistent with the positive findings of fact that the trial judge made in favour of the police. This, in turn, is what enables them to portray the officers in question as a group of aggressors who, on the night in question, entered a private backyard without a hint of justification and ran roughshod over the rights of five racialized young men in what they describe as a “fishing expedition” (para. 127).

[168] Let me be clear: if the record as recast by my colleagues accurately reflected the police behaviour, I would be the first to exclude the incriminating evidence found on Mr. Le. Police misconduct of such an egregious nature would be intolerable, if not abhorrent, to our society. It would have serious long-term effects on the repute of the administration of

droit, de favoriser la confiance du public à l’égard de la police et d’accroître la sécurité dans les collectivités. La présente décision ne démoralisera pas les policiers : ces derniers comprennent mieux que quiconque que de grands pouvoirs s’accompagnent de grandes responsabilités. Nous partageons l’avis de la Chambre des lords lorsqu’elle affirme, en rejetant l’idée selon laquelle l’imposition de responsabilités aux policiers entraînerait des conséquences similaires, que [TRADUCTION] « les serviteurs de Sa Majesté sont d’une autre trempe » (*Dorset Yacht Co. Ltd. c. Home Office*, [1970] 2 All E.R. 294, p. 1003, lord Reid).

[166] Nous sommes donc d’avis de faire droit au pourvoi, d’exclure les éléments de preuve saisis de M. Le, d’annuler les déclarations de culpabilité prononcées contre celui-ci et de prononcer des verdicts d’acquiescement.

Version française des motifs du juge en chef Wagner et du juge Moldaver rendus par

LE JUGE MOLDAVER (dissident) —

I. Aperçu

[167] J’ai pris connaissance des motifs de mes collègues et je ne puis souscrire à leur analyse ni à leur conclusion. Avec égards, mes collègues ont réinterprété le dossier du procès d’une façon qui est incompatible avec les conclusions de fait favorables aux policiers que le juge du procès a tirées. C’est ce qui leur permet de décrire les policiers en cause comme des agresseurs qui, la nuit en question, sont entrés dans une cour arrière privée sans la moindre justification et ont fait fi des droits de cinq jeunes hommes racialisés au cours d’une enquête que mes collègues ont qualifiée d’« expédition de pêche » (par. 127).

[168] Je tiens à préciser que, si le dossier, tel qu’il a été réinterprété par mes collègues, illustre fidèlement la conduite des policiers, je serais le premier à écarter les éléments de preuve incriminants découverts au sujet de M. Le. Une inconduite policière à ce point extrême serait intolérable, voire odieuse, pour notre société. Une telle conduite compromettrait

justice and would be deserving of this Court’s swift and unequivocal sanction.

[169] But that is not this case. The case actually before us is one in which the trial judge, after reviewing the evidence in painstaking detail, accepted the police officers’ evidence as credible (2014 ONSC 2033, para. 65 (CanLII)) and made important findings of fact, including that the police entered the private backyard to communicate with the young men for “appropriate investigative purposes” (paras. 70 and 117) and that there was “simply no evidentiary basis in support of any potential argument that [the] three police officers were engaged, consciously or unconsciously, in any exercise of racial profiling” (*ibid.*). Moreover, the trial judge’s detailed and thorough reasons disclose no basis on which to conclude that the officers acted with wilful or reckless disregard for the accused’s rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, nor that they were motivated by anything other than a genuine desire to perform their investigatory duties, maintain peace and order, and protect the residents of a neighbourhood that, in the trial judge’s words, had been “plagued by a high incidence of violent crimes associated with guns and drugs” (para. 3). To the contrary, he found that “any potential breach of the *Charter* rights of the accused” was “technical” and “inadvertent” (para. 106), and there was no finding of bad faith on the part of the police. In short, he concluded that the police were performing their duties with integrity and to the best of their ability.

[170] With respect, for reasons that follow, I cannot accept my colleagues’ approach and the outcome to which it leads — namely, the factually and legally untenable acquittal of an admitted cocaine dealer who, after fleeing from the police and engaging in an “all-out street fight” with one of the officers (trial judge’s reasons, at paras. 36 and 43), was found to be in possession of 13 grams of crack cocaine, cash derived from a drug sale, and a fully loaded semi-automatic handgun with a chambered bullet ready to fire. Far from fostering the good repute of the

gravement et à long terme la considération dont jouit l’administration de la justice et justifierait une sanction prompte et sans équivoque de la part de la Cour.

[169] Or, tel n’est pas le cas en l’espèce. Dans l’affaire qui nous occupe, après avoir examiné la preuve dans les moindres détails, le juge du procès a retenu le témoignage des policiers, le considérant crédible (2014 ONSC 2033, par. 65 (CanLII)), et a tiré d’importantes conclusions de fait, notamment que les policiers sont entrés dans la cour arrière privée dans le but de communiquer avec les jeunes hommes à des [TRADUCTION] « fins d’enquête appropriées » (par. 70 et 117) et qu’il n’existait « tout simplement aucun élément de preuve au soutien de l’argument selon lequel [les] trois policiers [s’étaient] livrés, consciemment ou non, à du profilage racial » (*ibid.*). De plus, rien dans les motifs exhaustifs et détaillés du juge du procès ne permet de conclure que les policiers ont agi au mépris délibéré des droits de l’accusé garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* ou en ne s’en souciant pas, ou que leur intervention était motivée autrement que par une réelle volonté d’accomplir leurs fonctions d’enquête, de maintenir la paix et l’ordre public et de protéger les résidents d’un quartier qui, selon le juge du procès, était « en proie à un taux élevé de crimes violents associés aux armes à feu et aux drogues » (par. 3). Au contraire, toujours selon le juge du procès, « s’il y avait eu atteinte aux droits garantis à l’accusé par la *Charte* », celle-ci n’aurait constitué qu’une atteinte « d’ordre technique, commise par inadvertance » (par. 106), et rien ne permettait de conclure à la mauvaise foi des policiers. Bref, le juge a estimé que les policiers s’étaient acquittés de leurs fonctions avec intégrité et au meilleur de leurs capacités.

[170] En toute déférence, pour les motifs qui suivent, je ne saurais accepter la démarche adoptée par mes collègues ni le résultat qui en découle, à savoir l’acquittement indéfendable sur les plans juridique et factuel d’un trafiquant de cocaïne avoué qui, après avoir fui les policiers et s’être engagé dans un [TRADUCTION] « combat de rue acharné » avec l’un d’entre eux (motifs du juge du procès, par. 36 et 43), a été trouvé en possession de 13 grammes de crack, d’argent comptant provenant de la vente de drogues, et d’une arme à feu semi-automatique

administration of justice, whether in the short-term or the long-term, the exclusion of the evidence in this case — evidence which, as my colleagues acknowledge, is real, reliable, and essential to the prosecution of serious criminal offences — can serve only to bring the administration of justice into disrepute in the eyes of a reasonable and well-informed member of the public. I would therefore dismiss the appeal.

II. Facts as Found by the Trial Judge

A. *Police Conversation With the Security Guards*

[171] On the night of May 25, 2012, Cst. Teatero of the Toronto Police Service was on patrol at the Atkinson Housing Co-operative, a subsidized housing complex in downtown Toronto. At around 10:40 p.m., two more officers, Csts. Reid and O’Toole, joined him. At the time, Cst. Teatero was speaking with two security guards working at the housing complex. Initially, Cst. Teatero inquired about a man named N.D.-J., who was wanted by the police for violent crimes, but the security guards said they thought he “hung out” at another location (para. 11). However, one of the security guards advised that another individual, J.J., who was also wanted by the police for violent crimes, had been seen in the area and “frequented” or “hung out” at the backyard of a particular townhouse on Vanauley Walk (“L.D. townhouse”), along with members of a local gang (*ibid.*). Cst. Teatero knew of J.J. but did not know what he looked like. The security guard added that this particular property was a “problem address” for them and that there were concerns of drug trafficking taking place in the backyard (*ibid.*).

B. *Police Arrival and Entry Into the Backyard*

[172] Following their conversation with the security guards, the three officers decided to perform a

chargée et armée. Loin de préserver, à court ou à long terme, la considération dont jouit l’administration de la justice, l’exclusion de la preuve en l’espèce — laquelle est matérielle, fiable et essentielle à la poursuite d’infractions criminelles graves, comme le reconnaissent mes collègues — aurait comme seule conséquence de déconsidérer l’administration de la justice aux yeux d’un membre raisonnable et bien informé du public. Je suis par conséquent d’avis de rejeter le pourvoi.

II. Les faits établis par le juge du procès

A. *La conversation des policiers avec les agents de sécurité*

[171] La nuit du 25 mai 2012, l’agent Teatero du Service de police de Toronto patrouillait dans les lieux de la coopérative d’habitation Atkinson, un complexe d’habitation subventionné du centre-ville de Toronto. Vers 22 h 40, deux autres policiers, les agents Reid et O’Toole, se sont joints à lui. À ce moment-là, l’agent Teatero s’entretenait avec deux agents de sécurité qui travaillaient au complexe d’habitation. Au départ, l’agent Teatero s’intéressait à un dénommé N.D.-J., qui était recherché par la police pour des crimes violents, mais les agents de sécurité avaient répondu que selon eux, il [TRADUCTION] « se tenait » ailleurs (par. 11). Toutefois, l’un des agents de sécurité a signalé qu’un autre individu, J.J., également recherché pour des crimes violents, avait été aperçu dans le secteur, qu’il « se tenait » dans la cour arrière d’une maison en rangée de la promenade Vanauley Walk (« maison en rangée de L.D. ») ou qu’il la « fréquentait », en compagnie des membres d’un gang de la région (*ibid.*). L’agent Teatero connaissait l’existence de J.J., mais ignorait ce dont il avait l’air. L’agent de sécurité a ajouté que cette adresse constituait un « endroit problématique » pour les agents de sécurité et qu’il existait des préoccupations concernant du trafic de drogue dans la cour arrière (*ibid.*).

B. *L’arrivée des policiers et l’entrée dans la cour arrière*

[172] Après avoir discuté avec les agents de sécurité, les trois policiers ont décidé d’inspecter le

walkthrough of the area. They followed a paved footpath that went behind the townhouses and eventually arrived at the L.D. townhouse. The backyard of the property was surrounded by a short wooden fence that had an opening to the footpath rather than a gate.

[173] In the backyard were five young men, all racialized persons. The accused, Tom Le, then 20 years old, was among them. He had been invited there by his friend L.D., then 17 years old, who lived in the townhouse with his mother. The five young men were talking and relaxing, most of them on couches — they appeared to be doing nothing wrong.

[174] Without having sought a warrant or permission from the young men to enter, Csts. Teatero and Reid walked into the backyard through the opening in the fence. Accepting the evidence of the police on this point, the trial judge found that in entering the backyard to communicate with the young men, the officers had three purposes. He first identified the following two purposes: “. . . to investigate whether the young men were [J.J.] (or knew the whereabouts of [N.D.-J.]), and to investigate whether the young men were entitled to be in the backyard or were trespassing on the property” (para. 23). He also observed that the police entered the backyard for the further purpose of pursuing their investigation in relation to potential drug trafficking on the property (para. 70). With respect to the second purpose for the police entry, the trial judge noted the officers’ testimony that the police had a mandate from the housing cooperative’s management to enforce provincial trespass legislation within the complex.

C. Initial Conversation in the Backyard

[175] The trial judge found that after entering the backyard, Cst. Teatero “cordially greeted” the young men (at paras. 24 and 68) and asked them “what was going on, who they were, and whether any of them lived there in the townhouse unit” (para. 17). The police officers heard only a negative response to this

secteur à pieds. Ils ont emprunté un trottoir asphalté qui contournait les maisons en rangée pour finalement arriver à la maison en rangée de L.D. La cour arrière de la propriété était délimitée par une clôture basse en bois munie d’une ouverture menant au trottoir plutôt que d’une barrière.

[173] Dans la cour arrière se trouvaient cinq jeunes hommes, tous racialisés. Tom Le, l’accusé, qui avait 20 ans à l’époque, faisait partie du groupe. Il y avait été invité par son ami, L.D., alors âgé de 17 ans, qui vivait dans la maison en rangée avec sa mère. Les cinq jeunes hommes bavardaient et se reposaient, pour la plupart sur des canapés; ils semblaient ne rien faire de mal.

[174] Sans avoir tenté d’obtenir un mandat et sans demander aux jeunes hommes la permission d’entrer, les agents Teatero et Reid sont entrés dans la cour arrière en traversant l’ouverture dans la clôture. Le juge du procès a accepté le témoignage des policiers à cet égard et conclu que, lorsque ces derniers sont entrés dans la cour arrière pour communiquer avec les jeunes hommes, ils avaient trois objectifs. Il a d’abord relevé les deux objectifs suivants : [TRADUCTION] « . . . vérifier si l’un des jeunes hommes était [J.J.] (ou savait où se trouvait [N.D.-J.]), et vérifier si les jeunes avaient le droit de se trouver dans la cour arrière ou s’ils y commettaient une intrusion » (par. 23). Le juge a par ailleurs fait remarquer que, lorsque les policiers sont entrés dans la cour arrière, ils visaient également à enquêter sur de possibles activités de trafic de drogue dans la propriété (par. 70). Pour ce qui est du deuxième objectif, le juge du procès a fait état du témoignage des policiers, qui ont affirmé avoir été mandatés par la direction de la coopérative d’habitation pour appliquer la législation provinciale en matière d’intrusion à l’intérieur du complexe.

C. La conversation initiale dans la cour arrière

[175] Selon le juge du procès, une fois dans la cour arrière, l’agent Teatero a [TRADUCTION] « salué cordialement » les jeunes hommes (par. 24 et 68) et leur a demandé « ce qui se passait, qui ils étaient et si l’un d’eux habitait dans la maison en rangée » (par. 17). Les agents n’ont perçu qu’une réponse négative à la

third question. At no time did the officers hear any of the young men object to their entry or presence in the backyard.

[176] Csts. Teatero and Reid then started speaking more directly to two of the young men seated on a couch and asked for their IDs. At this time, Mr. Le was standing by the back door of the townhouse. He testified at trial that at that point, he felt he was free to walk away, noting that: “. . . no officer was talking directly to me, so I felt I didn’t really need to stay around” (A.R., vol. IV, at p. 157).

D. Conversation Between Cst. O’Toole and Mr. Le

[177] Cst. O’Toole, who had initially remained outside the fence, entered the backyard in order to ensure officer safety. He stood in the grassy area for a bit, simply observing, before approaching the young men. At one point, he saw one of the young men seated on the couch put his hands behind his back, and he told him to keep his hands in front of him. The young man complied. Cst. O’Toole then made his way to the patio, adjacent to the back door of the townhouse, and started talking to Mr. Le and another young man. Cst. O’Toole asked the latter for his ID, which he supplied.

[178] While holding the ID, Cst. O’Toole noticed Mr. Le, who had a small black bag on his hip hanging from a strap that went across his body, “blading” himself — that is, positioning himself so as to hide the bag from sight — and “acting very nervous, fidgeting and moving” about (para. 29). According to Cst. Teatero, who also observed Mr. Le’s behaviour, Mr. Le was concealing the bag and pulling it towards his body, “exhibiting the characteristics of an armed gunman” (para. 32). Cst. O’Toole then asked Mr. Le for his ID. Mr. Le said he had none on him. Cst. O’Toole “then pointed at the bag and asked, ‘What’s in the bag?’” (para. 30), at which point Mr. Le bolted.

troisième question. À aucun moment les policiers n’ont-ils entendu les jeunes hommes s’opposer à leur entrée ou à leur présence dans la cour arrière.

[176] Les agents Teatero et Reid se sont ensuite adressés directement à deux des jeunes hommes assis sur un canapé, leur demandant une pièce d’identité. Monsieur Le se trouvait alors près de la porte arrière de la maison en rangée. Il a témoigné au procès qu’à ce moment précis, il s’estimait libre de partir, soulignant ce qui suit : [TRADUCTION] « . . . aucun policier ne me parlait directement, alors je n’avais pas l’impression de vraiment devoir rester » (d.a., vol. IV, p. 157).

D. La conversation entre l’agent O’Toole et M. Le

[177] L’agent O’Toole, qui s’était initialement tenu de l’autre côté de la clôture, est entré à son tour dans la cour arrière pour assurer la sécurité de ses collègues. Il est resté quelques instants dans la zone gazonnée, en ne faisant qu’observer, avant de s’approcher des jeunes hommes. À un moment donné, il a vu l’un des jeunes hommes assis sur le canapé mettre ses mains derrière son dos, et il lui a alors dit de garder ses mains devant lui. Le jeune homme a obéi. L’agent O’Toole s’est ensuite déplacé vers la terrasse adjacente à la porte arrière de la maison et a commencé à parler à M. Le et à un autre jeune homme. L’agent O’Toole a demandé à ce dernier de lui fournir une pièce d’identité, ce qu’il a fait.

[178] Pendant qu’il tenait la pièce d’identité, l’agent O’Toole a remarqué que M. Le, qui portait à la hanche un petit sac noir à courroie en bandoulière, adoptait [TRADUCTION] « une position de dissimulation » — c’est-à-dire qu’il se plaçait de manière à cacher le sac —, « qu’il avait l’air très nerveux et agité et qu’il ne tenait pas en place » (par. 29). Selon l’agent Teatero, qui avait lui aussi observé le comportement de M. Le, ce dernier dissimulait son sac, le rapprochait de son corps et « présentait les caractéristiques d’un homme armé » (par. 32). L’agent O’Toole a ensuite demandé une pièce d’identité à M. Le, qui a répondu qu’il n’en avait pas en sa possession. L’agent O’Toole « a alors montré le sac du doigt et lui a demandé “Qu’est-ce qu’il y a dans le sac?” » (par. 30), moment auquel M. Le a pris la fuite.

[179] The entire transaction, from the police entry to Mr. Le's flight, took less than a minute. Direct police interaction with Mr. Le lasted only a few seconds before he fled.

E. *Chase and Struggle*

[180] Cst. O'Toole gave chase, followed by the other two officers. The pursuit culminated in an "all-out street fight" between Cst. O'Toole and Mr. Le (para. 43). During the struggle, Mr. Le attempted to reach inside his bag, where a fully loaded, semi-automatic handgun was secreted, with a chambered bullet ready to fire. However, Cst. O'Toole managed to prevent him from getting to the gun and eventually, with the help of his fellow officers, subdued Mr. Le and placed him under arrest.

F. *Evidence Seized and Criminal Charges*

[181] Searches at the scene of the arrest and later at the police station yielded the handgun, 13 grams of crack cocaine,³ and a considerable sum of cash.⁴ Mr. Le was charged with a long list of firearm and drug offences.⁵

III. Decisions Below

A. *Ontario Superior Court of Justice (Campbell J.) (2014 ONSC 2033)*

[182] The main issues before the trial judge, Campbell J., were whether the gun, cocaine, and cash were obtained in a manner that breached Mr. Le's

³ Mr. Le admitted in his testimony that he intended to sell the cocaine (see para. 57).

⁴ Mr. Le admitted in his testimony that the cash was derived from a drug sale he made the day before (see para. 57).

⁵ Ten in total: possession of a firearm without a licence; possession of a firearm knowing he was not the holder of a licence; possession of a loaded firearm without having an authorization, licence, or registration certificate; careless storage of ammunition; carrying a firearm in a careless manner; two counts of breaching orders prohibiting him from possessing a firearm; possession of cocaine for the purpose of trafficking; possession of cocaine; and possession of the proceeds of crime not exceeding \$5,000 (see para. 6).

[179] Toute cette opération, soit de l'entrée des policiers jusqu'à la fuite de M. Le, a duré moins d'une minute. L'interaction directe entre les policiers et M. Le n'a duré que quelques secondes avant que celui-ci ne prenne la fuite.

E. *La poursuite et la bagarre*

[180] L'agent O'Toole s'est lancé à ses trousses, suivi des deux autres policiers. La poursuite s'est soldée par un [TRADUCTION] « combat de rue acharné » entre l'agent O'Toole et M. Le (par. 43). Au cours de la bagarre, M. Le a essayé de plonger la main dans son sac, où était cachée une arme à feu semi-automatique chargée et armée. Toutefois, l'agent O'Toole a réussi à l'empêcher de saisir l'arme et, finalement, avec l'aide de ses collègues, il l'a maîtrisé et mis en état d'arrestation.

F. *Les éléments de preuve saisis et les accusations criminelles*

[181] Les fouilles effectuées sur les lieux de l'arrestation et plus tard au poste de police ont permis de découvrir l'arme à feu, 13 grammes de crack³ et une importante somme d'argent comptant⁴. Monsieur Le a été inculqué d'une longue liste d'infractions liées aux armes à feu et aux drogues⁵.

III. Les décisions des juridictions inférieures

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario (le juge Campbell) (2014 ONSC 2033)*

[182] Au procès, le juge Campbell était principalement appelé à juger si l'arme à feu, la cocaïne et l'argent comptant avaient été obtenus dans des

³ M. Le a admis dans son témoignage qu'il avait l'intention de vendre la cocaïne (voir par. 57).

⁴ M. Le a admis dans son témoignage que l'argent comptant provenait d'une vente de drogues effectuée la veille (voir par. 57).

⁵ Dix accusations en tout : possession non autorisée d'une arme à feu; possession non autorisée d'une arme à feu : infraction délibérée; possession d'une arme à feu chargée sans autorisation, permis ou certificat d'enregistrement; entreposage négligent de munitions; port d'une arme à feu d'une manière négligente; deux chefs d'accusation pour manquement à des ordonnances lui interdisant la possession d'une arme à feu; possession de cocaïne en vue du trafic; possession de cocaïne; et possession de produits de la criminalité d'une valeur inférieure à 5 000 \$ (voir par. 6).

Charter rights under ss. 8 and 9, and if so, whether that evidence should be excluded under s. 24(2).

(1) Credibility Findings

[183] The trial judge heard oral testimony from two of the three police officers (and reviewed preliminary hearing testimony from the third), the five young men in the backyard, and one of the security guards. He found the police officers to be credible witnesses and accepted their evidence. By contrast, he found that Mr. Le was “not an impressive or credible witness” and was both “cavalier and arrogant” (para. 63). He further found that where the evidence of the police officers differed from that of Mr. Le and the four other young men who testified, he preferred the officers’ evidence (see para. 65).

(2) Lawfulness of the Police Entry

[184] The trial judge first considered whether the police entry into the backyard was lawful. Relying on the implied licence to knock doctrine, he concluded that it was. In his view, the officers clearly had a lawful reason to enter the backyard and speak to the occupier, “[t]hey were pursuing an investigation of a wanted man who, they had been told, frequented that backyard area and had been seen hanging out there”, and they were also investigating potential drug trafficking, having been advised that the L.D. townhouse was a “problem address” for drug trafficking (para. 70). As such, he reasoned, the officers were not trespassers.

(3) Section 8 — Right to Be Free From Unreasonable Search and Seizure

[185] The trial judge went on to conclude that even if the police officers were trespassers, “it would be

conditions qui portaient atteinte aux droits garantis à M. Le par les art. 8 et 9 de la *Charte* et, dans l’affirmative, s’il y avait lieu d’écarter les éléments de preuve en question en application du par. 24(2).

(1) Les conclusions sur la crédibilité

[183] Le juge du procès a entendu les témoignages de deux des trois policiers (et examiné le témoignage fourni par le troisième policier à l’enquête préliminaire), des cinq jeunes hommes qui se trouvaient dans la cour arrière et de l’un des agents de sécurité. Le juge a estimé que les policiers étaient des témoins crédibles et a retenu leurs témoignages. En revanche, le juge a conclu que M. Le n’était [TRADUCTION] « pas un témoin impressionnant ou crédible » et qu’il affichait une attitude à la fois « cavalière et arrogante » (par. 63). Le juge a ajouté que, en cas de contradictions entre le témoignage des policiers et le témoignage de M. Le et des quatre autres jeunes hommes, il préférerait s’en remettre aux déclarations des policiers (voir par. 65).

(2) La légalité de l’entrée des policiers

[184] Le juge du procès s’est d’abord demandé si l’entrée des policiers dans la cour arrière était légale. S’appuyant sur la théorie de l’autorisation implicite de frapper à la porte, le juge a conclu qu’elle l’était. À son avis, les policiers avaient manifestement un motif légitime pour entrer dans la cour arrière et parler à l’occupant de la propriété, car [TRADUCTION] « [i]ls menaient une enquête sur un homme recherché qui, leur avait-on dit, fréquentait cette cour arrière et avait été aperçu en train d’y traîner », et qu’ils enquêtaient également sur de possibles activités de trafic de drogue, ayant été informés que la maison en rangée de L.D. constituait un « endroit problématique » concernant le trafic de drogue (par. 70). Le juge a donc estimé que les policiers n’avaient pas commis d’intrusion.

(3) L’article 8 : le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives

[185] Le juge du procès a par ailleurs conclu que, même si les policiers avaient commis une intrusion,

very difficult for the accused, a mere transient guest in the [L.D.] backyard, to persuasively complain of any violation of *his* constitutional rights under s. 8 of the *Charter* by virtue of this trespassing” (para. 81 (emphasis in original)). Applying the criteria set out by this Court in *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, he was inclined to the view that Mr. Le had no standing under s. 8, though he held it was unnecessary to finally decide the issue given his conclusion that the officers were not trespassing.

(4) Section 9 — Right to Be Free From Arbitrary Detention

[186] The trial judge then considered Mr. Le’s submission that he was arbitrarily detained in violation of his s. 9 *Charter* rights as soon as the police entered the backyard. Applying the principles set out in *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, and *R. v. Suberu*, 2009 SCC 33, [2009] 2 S.C.R. 460, he concluded that Mr. Le was not detained until Cst. O’Toole asked him about the contents of his bag, which came just moments before Mr. Le fled the backyard.

[187] Having determined the timing of the detention, the trial judge turned to whether it was arbitrary. He held that it was not. Rather, in his view, the detention was based on a reasonable suspicion that Mr. Le had a gun. He reached this conclusion based on the evidence of Mr. Le’s “blading”, pulling his bag towards his body, and acting very nervous. Accordingly, he held there was no s. 9 breach.

(5) Section 24(2) — Admissibility of the Evidence

[188] In light of his conclusion that there were no *Charter* breaches, the trial judge observed that

[TRADUCTION] « il serait fort difficile pour l’accusé, en sa qualité de simple invité de passage dans la cour arrière de [L.D.], de faire valoir de manière convaincante que *ses* droits constitutionnels garantis par l’art. 8 de la *Charte* ont été violés par suite de cette intrusion » (par. 81 (en italique dans l’original)). Le juge du procès a appliqué les critères énoncés par la présente Cour dans *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, et il s’est dit enclin à penser que M. Le n’avait pas qualité pour invoquer les droits garantis par l’art. 8, même s’il a déclaré qu’il n’y avait pas lieu de trancher définitivement la question, vu sa conclusion portant que les policiers n’avaient pas commis d’intrusion.

(4) L’article 9 : le droit à la protection contre la détention arbitraire

[186] Le juge du procès a ensuite examiné la prétention de M. Le selon laquelle il avait fait l’objet d’une détention arbitraire, en violation de ses droits garantis par l’art. 9 de la *Charte*, dès l’entrée des policiers dans la cour arrière. Le juge du procès a appliqué les principes énoncés dans *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, et *R. c. Suberu*, 2009 CSC 33, [2009] 2 R.C.S. 460, pour conclure que M. Le n’avait été mis en détention qu’à partir du moment où l’agent O’Toole s’était enquis du contenu de son sac, ce qui s’est produit quelques instants à peine avant que M. Le ne s’enfuit de la cour arrière.

[187] Après avoir déterminé le moment de la mise en détention, le juge du procès s’est demandé si la détention était arbitraire. Il a conclu qu’elle ne l’était pas. Selon lui, la détention était fondée sur des soupçons raisonnables que M. Le était armé. La conclusion du juge du procès s’appuie sur la preuve indiquant que M. Le adoptait [TRADUCTION] « une position de dissimulation », qu’il tirait son sac vers lui et qu’il avait l’air très nerveux. Par conséquent, le juge a statué qu’il n’y avait pas eu atteinte aux droits garantis par l’art. 9.

(5) Le paragraphe 24(2) : l’admissibilité des éléments de preuve

[188] Vu sa conclusion quant à l’absence d’atteinte aux droits garantis par la *Charte*, le juge

it was not necessary to perform a s. 24(2) analysis. However, for the sake of completeness, he proceeded to do so using the test set out in *Grant*, and reached the following conclusions:

- (1) Seriousness of the *Charter*-infringing state conduct: Any breach of Mr. Le's *Charter* rights was "technical, inadvertent, and made in good faith", and therefore any *Charter*-infringing state conduct was "not particularly serious" (para. 106).
- (2) Impact on the accused's *Charter*-protected interests: Any *Charter* violations "did not have an especially significant impact" on Mr. Le's *Charter*-protected interests, as he did not make any inculpatory statements or provide any incriminating evidence that police would not otherwise have discovered (para. 107).
- (3) Society's interest in an adjudication on the merits: The evidence was "reliable", "objective", and "essential to the determination of the merits of this case" (para. 109). Society's interest in a trial on the merits would be "seriously undermined if this kind of highly reliable and essential evidence was excluded", and thus this third inquiry "clearly favour[ed] the admission of the evidence" (*ibid.*).

[189] Since all three *Grant* lines of inquiry pointed towards admission, the trial judge concluded that even if Mr. Le's *Charter* rights had been breached, the evidence should still be admitted.

(6) Other Alleged Police Misconduct

[190] Finally, the trial judge considered the evidence led by Mr. Le and his friends aimed at demonstrating police misconduct and racial profiling. The trial judge found this body of evidence "quite

du procès a indiqué qu'il n'était pas nécessaire de procéder à une analyse fondée sur le par. 24(2). Il l'a toutefois fait, par souci d'exhaustivité, au moyen du test énoncé dans l'arrêt *Grant* et a tiré les conclusions suivantes :

- (1) La gravité de la conduite attentatoire de l'État : S'il y avait eu atteinte aux droits de M. Le garantis par la *Charte*, celle-ci n'aurait constitué qu'une atteinte [TRADUCTION] « d'ordre technique, commise par inadvertance et de bonne foi », et, par conséquent, toute conduite attentatoire de l'État n'était « pas particulièrement grave » (par. 106).
- (2) L'incidence sur les droits de l'accusé garantis par la *Charte* : S'il y avait eu atteinte, celle-ci « n'aurait pas eu d'incidence particulièrement importante » sur les droits de M. Le garantis par la *Charte*, car celui-ci n'a fait aucune déclaration inculpatoire ni fourni d'éléments de preuve incriminants que les policiers n'auraient pas autrement découverts (par. 107).
- (3) L'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond : Les éléments de preuve étaient « fiables », « objectifs » et « essentiels pour décider du bien-fondé de l'affaire » (par. 109). L'intérêt de la société que l'affaire soit jugée au fond s'en trouverait « gravement miné si ce genre d'éléments de preuve très fiables et pertinents étaient écartés »; par conséquent, ce troisième volet de l'examen a « manifestement favoris[é] l'admission des éléments de preuve » (*ibid.*).

[189] Puisque les trois questions à analyser suivant l'arrêt *Grant* militaient en faveur de l'admissibilité des éléments de preuve, le juge du procès a conclu que, même s'il y avait eu atteinte aux droits garantis par la *Charte* à M. Le, il y aurait néanmoins lieu d'admettre les éléments de preuve.

(6) Autre inconduite policière alléguée

[190] Enfin, le juge du procès a examiné le témoignage de M. Le et de ses amis visant à démontrer l'inconduite et le profilage racial dont auraient fait preuve les policiers. Selon le juge du procès,

unpersuasive” and unhelpful in resolving the issues before him (para. 116). He wrote:

. . . at the end of the day, there is simply no evidentiary basis in support of any potential argument that these three police officers were engaged, consciously or unconsciously, in any exercise of racial profiling. The three police officers who were involved in the investigative activities in the present case were not drawn into the [L.D.] backyard to communicate with the young men present in that location because there were four black males and one Asian male in that backyard. The evidence is clear that the three police officers were directed to the [L.D.] backyard for perfectly justified and appropriate investigative purposes. The racial composition of the young men in the [L.D.] backyard was no more relevant to the investigative aims of the three police officers than the racial composition of the three-man investigative team of police officers.⁶ [para. 117]

(7) Conclusion

[191] In the result, the trial judge admitted the evidence. Mr. Le’s conviction followed accordingly.

B. *Ontario Court of Appeal (Doherty, Lauwers (Dissenting), and Brown J.J.A.) (2018 ONCA 56, 360 C.C.C. (3d) 324)*

[192] A majority of the Ontario Court of Appeal dismissed Mr. Le’s appeal. Justice Lauwers dissented. My colleagues have summarized the majority and dissenting reasons on the s. 9 and s. 24(2) issues, and I see no need to replicate their work. I will therefore focus on the majority and the dissent’s respective analyses on the s. 8 issue.

(1) Majority Reasons

[193] In discussing the lawfulness of the police entry into the backyard, the majority questioned whether the implied licence doctrine was applicable

⁶ One of the police officers was black, while the other two were white (see para. 53).

il s’agissait d’éléments de preuve [TRADUCTION] « très peu convaincants » qui n’étaient d’aucun secours pour trancher les questions dont il était saisi (par. 116). Il s’est exprimé comme suit :

[TRADUCTION] . . . en fin de compte, il n’existe tout simplement aucun élément de preuve au soutien de l’argument selon lequel ces trois policiers se sont livrés, consciemment ou non, à du profilage racial. Les trois policiers qui participaient à l’enquête en l’espèce ne se sont pas dirigés vers la cour arrière de [L.D.] pour communiquer avec les jeunes hommes qui s’y trouvaient parce qu’il y avait quatre hommes de race noire et un homme asiatique dans cette cour. Il ressort clairement de la preuve que les trois policiers se sont dirigés vers la cour arrière de [L.D.] à des fins d’enquête parfaitement justifiées et appropriées. La composition raciale du groupe des jeunes hommes présents sur les lieux n’était pas plus pertinente pour les besoins de l’enquête menée par les trois policiers que la composition raciale de l’équipe d’enquête que formaient ces policiers⁶. [par. 117]

(7) Conclusion

[191] Par conséquent, le juge du procès a admis les éléments de preuve, ce qui a entraîné le verdict de culpabilité prononcé contre M. Le.

B. *Cour d’appel de l’Ontario (les juges Doherty, Lauwers (dissident) et Brown) (2018 ONCA 56, 360 C.C.C. (3d) 324)*

[192] Les juges majoritaires de la Cour d’appel de l’Ontario ont rejeté l’appel de M. Le. Le juge Lauwers était dissident. Mes collègues ont résumé les motifs majoritaires et les motifs dissidents sur les questions relatives à l’art. 9 et au par. 24(2); je ne vois pas l’utilité de dupliquer leurs efforts. Je vais donc mettre l’accent sur les analyses de la majorité et de la dissidence concernant la question fondée sur l’art. 8.

(1) Motifs des juges majoritaires

[193] Dans leur analyse de la légalité de l’entrée des policiers dans la cour arrière, les juges majoritaires se sont demandé si la théorie de l’autorisation implicite

⁶ L’un des policiers était de race noire; les deux autres, de race blanche (voir par. 53).

in the circumstances of this case. In its view, the implied licence doctrine was meant to address a problem that did not arise on the facts: the police had no need to enter the backyard in order to make contact with the occupier, a condition which the majority was inclined to view as a prerequisite to any lawful uninvited entry onto the property for the purpose of communicating with the occupant. Without reaching a firm conclusion on the matter, the majority assumed for the purpose of its s. 8 analysis that the police entry was unlawful.

[194] Turning to s. 8, the majority concluded that Mr. Le had failed to establish a reasonable expectation of privacy in the backyard. This conclusion flowed from both an application of this Court's decisions in *Edwards* and *R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341, and a normative assessment of Mr. Le's privacy claim.

[195] By way of background, in *Edwards*, the police searched the apartment rented by the accused's girlfriend and found illegal drugs. The accused stayed at the apartment from time to time, though he did not live there, nor was he present at the time of the search. He did, however, keep personal belongings there and had a key to the apartment. Writing for the majority, Cory J. held that the accused had no reasonable expectation of privacy in relation to the apartment. He described the accused as an "especially privileged guest" in the apartment (at para. 47) and noted that apart from historical use, none of the main factors for assessing territorial privacy claims were present. Those factors include: (1) presence at the time of the search; (2) possession or control of the property or place searched; (3) ownership of the property or place; (4) historical use of the property or item; (5) the ability to regulate access; (6) the existence of a subjective expectation of privacy; and (7) the objective reasonableness of the expectation (see para. 45(6.)).

s'appliquait dans les circonstances de l'affaire. À leur avis, cette théorie visait à répondre à une question qui ne se posait pas en l'espèce : les policiers n'avaient pas à entrer dans la cour arrière afin d'établir le contact avec l'occupant des lieux, condition que les juges majoritaires étaient enclins à considérer comme essentielle à la légalité d'une entrée dans la propriété effectuée à cette fin sans invitation. Sans pour autant trancher cette question, les juges majoritaires ont présumé, pour les besoins de l'analyse fondée sur l'art. 8, que l'entrée des policiers était illégale.

[194] Pour ce qui est de l'art. 8, les juges majoritaires ont conclu que M. Le n'avait pas réussi à établir l'existence d'une attente raisonnable au respect de sa vie privée dans la cour arrière. Cette conclusion découlait de l'application des arrêts de la Cour dans les affaires *Edwards* et *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341, ainsi que de l'évaluation normative de la revendication du droit à la vie privée de M. Le.

[195] En guise de contexte, dans l'affaire *Edwards*, la perquisition effectuée par les policiers dans l'appartement loué par l'amie de l'accusé avait mené à la découverte de drogues illégales. L'accusé restait dans l'appartement à l'occasion, sans pour autant y habiter, et il n'était pas présent lors de la perquisition. Il laissait toutefois des effets personnels dans cet appartement, dont il avait la clé. S'exprimant au nom de la majorité, le juge Cory a statué que l'accusé ne pouvait raisonnablement s'attendre au respect de sa vie privée dans l'appartement. Il a décrit l'accusé comme un « invité particulièrement privilégié » dans l'appartement (par. 47) et a souligné que, outre l'usage historique de l'appartement, aucun des facteurs principaux permettant d'évaluer la revendication du droit à la vie privée en ce qui a trait aux lieux ne s'appliquait dans cette affaire. Figurent parmi ces facteurs : (1) la présence au moment de la perquisition; (2) la possession ou le contrôle du bien ou du lieu faisant l'objet de la fouille ou de la perquisition; (3) la propriété du bien ou du lieu; (4) l'usage historique du bien ou de l'article; (5) l'habilité à régir l'accès au lieu; (6) l'existence d'une attente subjective en matière de vie privée; et (7) le caractère raisonnable de l'attente, sur le plan objectif (voir par. 45(6.)).

[196] In *Belnavis*, a passenger in an automobile driven by a friend of the owner of the vehicle was found not to have a reasonable expectation of privacy in the vehicle despite her presence at the time of the search. This was because, among other things, she did not own the vehicle and was merely a passenger; there was no evidence that she had any control over the vehicle, that she had used it in the past, or that she had any relationship with the owner or driver that would establish some special access to, or special privilege relating to, the vehicle; and she did not demonstrate any ability to regulate access to the vehicle.

[197] The majority observed that apart from Mr. Le's physical presence in the backyard when the police entered, none of the criteria identified in *Edwards* were engaged: in particular, Mr. Le had no possession or control of any kind over the backyard; there was no evidence of his historical use of, or connection with, the property; and he had no means by which to regulate access to the property. The majority further stressed that while *Edwards* identifies control as a key factor in assessing a territorial privacy claim, Mr. Le had no control whatsoever over the backyard. As the trial judge put it, he was "a mere transient guest in the [L.D.] backyard" (C.A. reasons, at para. 41, citing trial judge's reasons, at para. 81).

[198] In addition, the majority noted that the accused's claim in *Edwards* was "far superior" to that of Mr. Le, and the accused passenger in *Belnavis* "had at least as strong a privacy claim" as did Mr. Le (at para. 50), yet in both cases the accused's claim failed. Moreover, the majority rejected the notion that *Edwards* could be distinguished on the basis that the occupier of the property, the accused's girlfriend, purportedly consented to the search of her apartment, as the police used lies and tricks to obtain that consent and it had been unnecessary to decide

[196] Dans l'affaire *Belnavis*, la Cour a jugé que la passagère dans un véhicule conduit par une amie du propriétaire ne pouvait raisonnablement s'attendre au respect de sa vie privée dans le véhicule malgré sa présence au moment de la fouille. Il en était ainsi notamment parce qu'elle n'était pas la propriétaire du véhicule, mais simplement une passagère; il n'y avait aucune preuve qu'elle exerçait un contrôle sur le véhicule, qu'elle l'avait utilisé dans le passé ou qu'elle avait avec le propriétaire ou la conductrice une relation qui établirait l'existence d'un accès spécial au véhicule ou d'un privilège s'y rapportant. Elle n'avait pas non plus démontré qu'elle était capable de régir l'accès au véhicule.

[197] Les juges majoritaires ont fait observer que, outre la présence physique de M. Le dans la cour arrière lors de l'entrée des policiers, aucun des facteurs énoncés dans l'arrêt *Edwards* ne s'appliquait en l'espèce. Plus précisément, M. Le n'avait ni la possession ni le contrôle, de quelque forme que ce soit, de la cour arrière; aucune preuve ne démontrait qu'il avait utilisé la propriété dans le passé ou qu'il avait un quelconque lien avec celle-ci; et il n'était pas en mesure de régir l'accès à la propriété. Les juges majoritaires ont par ailleurs souligné que, si l'arrêt *Edwards* énonce que le contrôle exercé constitue un facteur clé pour évaluer la revendication au droit à la vie privée en ce qui a trait aux lieux, M. Le n'exerçait aucune forme de contrôle sur la cour arrière. Comme l'a expliqué le juge du procès, M. Le n'était qu'un [TRADUCTION] « simple invité de passage dans la cour arrière de [L.D.] » (motifs de la Cour d'appel, par. 41, citant les motifs du juge du procès, par. 81).

[198] De plus, les juges majoritaires ont fait remarquer que la revendication de l'accusé dans l'affaire *Edwards* était [TRADUCTION] « de beaucoup supérieure » à celle de M. Le, et que la revendication de la passagère accusée dans l'affaire *Belnavis* « était à tout le moins aussi justifiée » que celle de M. Le (par. 50). Pourtant, les revendications des accusés ont été rejetées dans ces deux cas. Les juges majoritaires ont également rejeté l'idée selon laquelle l'arrêt *Edwards* pouvait se distinguer de l'espèce au motif que l'occupant de la propriété, à savoir l'amie de l'accusé,

whether the girlfriend had consented to the search (para. 46).

[199] Turning to a normative assessment of Mr. Le's privacy claim, the majority stressed that the ability to exercise control is a key factor in assessing a reasonable expectation of privacy in real property. It reasoned:

Personal privacy equates with a person's right to require that the state leave him or her alone, absent reasonable grounds to justify interfering with that person's privacy. The right to be left alone, when exercised in relation to real property, must, in my view, include some ability, either as a matter of law, or in the circumstances as they existed, to control who can access and/or stay on the property. One cannot realistically talk about a reasonable expectation of privacy in respect of real property without talking about an ability to control, in some way, those who can enter upon, or remain on, the property.

We were referred to no authority to suggest that as an invited guest, the appellant had any legal power to prevent the police or anyone else from coming onto the property or remaining on the property. There may well be circumstances in which an invited guest has the *de facto* power to control who can access or stay on a property. In those situations, the visitor may well have a reasonable expectation of privacy in the property. There is no such evidence in this case. [paras. 52-53]

[200] The majority also observed that although Mr. Le was physically present in the backyard, that presence did not, on the particular facts, support a finding that he had any control over the property.

(2) Dissenting Reasons

[201] The dissenting judge concluded that Mr. Le had a reasonable expectation of privacy in the backyard. He distinguished *Edwards*, noting that in that case, the occupant had given the police permission

aurait consenti à la perquisition effectuée dans son appartement, puisque les policiers avaient eu recours au mensonge et à la ruse pour obtenir son consentement et qu'il n'avait pas été nécessaire de décider si l'amie avait ou non consenti à la perquisition (par. 46).

[199] En ce qui concerne l'évaluation normative de la revendication du droit à la vie privée de M. Le, les juges majoritaires ont insisté sur le fait que la capacité d'exercer un contrôle est un facteur essentiel dans la détermination de l'existence d'une attente raisonnable en matière de vie privée relativement à un bien immeuble. Voici leur raisonnement :

[TRADUCTION] Le droit à la vie privée d'une personne correspond à son droit d'exiger que l'État la laisse tranquille, sauf motifs raisonnables justifiant une atteinte à sa vie privée. Le droit de ne pas être importuné, exercé relativement à un bien immeuble, doit, à mon avis, comporter nécessairement la possibilité, sur le plan juridique ou dans les circonstances telles qu'elles existaient à ce moment-là, de régir l'entrée et la présence de personnes dans la propriété. On ne saurait invoquer, de façon réaliste, une attente raisonnable en matière de vie privée relativement à un bien immeuble sans aborder l'habilité à régir, d'une façon ou d'une autre, l'entrée et la présence de personnes dans la propriété.

Aucun précédent ne nous a été cité qui donne à penser qu'en sa qualité d'invité, l'appelant était légalement habilité à empêcher l'entrée ou la présence des policiers ou de toute autre personne dans la propriété. Il pourrait bien y avoir des circonstances où l'invité possède *de facto* le pouvoir de régir l'entrée et la présence de personnes dans la propriété. En pareils cas, le visiteur pourrait fort bien avoir une attente raisonnable en matière de vie privée relativement à la propriété. Or, une telle preuve n'a pas été présentée en l'espèce. [par. 52-53]

[200] Les juges majoritaires ont par ailleurs noté que la présence physique de M. Le dans la cour arrière ne permettait pas de conclure, compte tenu des faits particuliers de l'affaire, qu'il exerçait un quelconque contrôle sur la propriété.

(2) Motifs du juge dissident

[201] Le juge dissident a conclu que M. Le pouvait raisonnablement s'attendre au respect de sa vie privée dans la cour arrière. Il a établi une distinction entre l'espèce et l'arrêt *Edwards*, en faisant

to enter and the accused was not physically present on the property when the search was performed. Furthermore, he considered the trial judge's application of the *Edwards* factors to be "not reasonable in significant measure because it was not purposive" (para. 126).

[202] Ultimately, the dissenting judge concluded that "[Mr. Le's] invited presence alone is sufficient to give rise to a reasonable expectation of privacy" (para. 127); "[a]s an invited guest, [Mr. Le] had a reasonable expectation of privacy in his friend's home while he was there" (para. 128); and any contrary conclusion "must be rejected as utterly inconsistent with ordinary life in our free and democratic society" (*ibid.*). He stressed that it would be hard to imagine any citizen would accede to the propositions that (1) "while his host [L.D.] would have full *Charter* protection, as his guest, [Mr. Le] had none"; and (2) "[Mr. Le] left his personal *Charter* protections at home and could not resume them until he returned there" (*ibid.*).

IV. Issues

[203] This appeal raises three *Charter* issues:

- (1) Were Mr. Le's s. 8 rights breached?
- (2) Were Mr. Le's s. 9 rights breached?
- (3) If Mr. Le's *Charter* rights were breached, should the evidence be excluded under s. 24(2)?

V. Analysis

A. *Standard of Appellate Review — Findings of Fact and Credibility*

[204] The rules governing appellate interference with a trial judge's findings of fact are well

remarquer que, dans cette affaire, l'occupant avait donné à la police la permission d'entrer et que l'accusé n'était pas présent lors de la perquisition. En outre, le juge dissident a estimé que l'application par le juge du procès des facteurs énoncés dans l'arrêt *Edwards* était [TRADUCTION] « largement déraisonnable, car elle n'était pas téléologique » (par. 126).

[202] En fin de compte, le juge dissident a conclu que [TRADUCTION] « la présence [de M. Le] en tant qu'invité suffit à elle seule pour donner lieu à une attente raisonnable en matière de vie privée » (par. 127); « [e]n sa qualité d'invité, [M. Le] pouvait raisonnablement s'attendre au respect de sa vie privée dans la résidence de son ami alors qu'il y était » (par. 128); toute conclusion contraire « doit être rejetée, en raison de son incompatibilité absolue avec la vie quotidienne au sein de notre société libre et démocratique » (*ibid.*). Selon le juge dissident, il est difficile d'imaginer qu'un citoyen puisse accepter que (1) « [L.D.], en tant qu'hôte, bénéficierait pleinement de la protection offerte par la *Charte*, alors que [M. Le], son invité, ne pourrait aucunement s'en prévaloir »; et que (2) « [M. Le] a laissé à la maison les protections qui lui sont garanties par la *Charte* et ne pouvait s'en prévaloir de nouveau qu'une fois de retour chez lui » (*ibid.*).

IV. Les questions en litige

[203] Le présent pourvoi soulève trois questions liées à la *Charte* :

- (1) Y a-t-il eu atteinte aux droits garantis à M. Le par l'art. 8?
- (2) Y a-t-il eu atteinte aux droits garantis à M. Le par l'art. 9?
- (3) En cas d'atteinte aux droits garantis à M. Le par la *Charte*, y a-t-il lieu d'écarter les éléments de preuve en application du par. 24(2)?

V. Analyse

A. *La norme de contrôle en appel : les conclusions sur les faits et la crédibilité*

[204] Les règles régissant l'intervention d'une cour d'appel à l'égard des conclusions de fait tirées par le

established and have been consistently reaffirmed by this Court in a long line of cases spanning several decades (see, e.g., *Stein v. The Ship “Kathy K”*, [1976] 2 S.C.R. 802; *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2; *Lensen v. Lensen*, [1987] 2 S.C.R. 672; *Geffen v. Goodman Estate*, [1991] 2 S.C.R. 353; *Toneguzzo-Norvell (Guardian ad litem of) v. Burnaby Hospital*, [1994] 1 S.C.R. 114; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254; *Ryan v. Victoria (City)*, [1999] 1 S.C.R. 201; *Ingles v. Tutkaluk Construction Ltd.*, 2000 SCC 12, [2000] 1 S.C.R. 298; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *R. v. Clark*, 2005 SCC 2, [2005] 1 S.C.R. 6; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401; *R. v. Beaudry*, 2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190; *R. v. R.P.*, 2012 SCC 22, [2012] 1 S.C.R. 746). The trite principle that fact finding is reserved to trial courts was succinctly stated in *H.L.*:

Fact finding . . . involves a series of cerebral operations, some simple, others complex, some sequential, others simultaneous. The entire process is generally reserved in Canada to courts of first instance. In the absence of a clear statutory mandate to the contrary, appellate courts do not “rehear” or “retry” cases. They review for error. [para. 52]

[205] Similarly, it has been said that “[t]he appellate court must not retry a case and must not substitute its views for the views of the trial judge according to what the appellate court thinks the evidence establishes on its view of the balance of probabilities” (*Underwood v. Ocean City Realty Ltd.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 199 (C.A.), at p. 204, quoted in *Housen*, at para. 3). In brief, when it comes to the facts, the trial is the “main event”, not a mere “tryout on the road” (*Housen*, at para. 13, citing *Anderson v. Bessemer City*, 470 U.S. 564 (1985), at pp. 574-75).

[206] The threshold for interfering with a trial judge’s factual findings is stringent. It is not enough that there is a difference of opinion with the trial

juge de première instance sont bien établies et ont constamment été reprises par la présente Cour dans une longue série de décisions depuis plusieurs décennies (voir, p. ex., *Stein c. Le navire « Kathy K »*, [1976] 2 R.C.S. 802; *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2; *Lensen c. Lensen*, [1987] 2 R.C.S. 672; *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353; *Toneguzzo-Norvell (Tutrice à l’instance de) c. Burnaby Hospital*, [1994] 1 R.C.S. 114; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254; *Ryan c. Victoria (Ville)*, [1999] 1 R.C.S. 201; *Ingles c. Tutkaluk Construction Ltd.*, 2000 CSC 12, [2000] 1 R.C.S. 298; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *R. c. Clark*, 2005 CSC 2, [2005] 1 R.C.S. 6; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401; *R. c. Beaudry*, 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190; *R. c. R.P.*, 2012 CSC 22, [2012] 1 R.C.S. 746). Le principe reconnu voulant que l’appréciation des faits soit du seul ressort des tribunaux de première instance a été énoncé succinctement dans l’arrêt *H.L.* :

L’appréciation des faits [. . .] suppose une série d’opérations mentales qui peuvent être simples ou complexes, successives ou simultanées. Au Canada, elle est généralement du seul ressort des tribunaux de première instance. À moins que le législateur ne lui confère clairement le pouvoir de le faire, une cour d’appel ne « réentend » pas une affaire ni ne l’« instruit à nouveau ». Elle vérifie si la décision est exempte d’erreur. [par. 52]

[205] Dans le même ordre d’idées, d’après la jurisprudence, [TRADUCTION] « [l]a cour d’appel ne doit pas juger l’affaire de nouveau, ni substituer son opinion à celle du juge de première instance en fonction de ce qu’elle pense que la preuve démontre, selon son opinion de la prépondérance des probabilités » (*Underwood c. Ocean City Realty Ltd.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 199 (C.A.), p. 204, cité dans *Housen*, par. 3). Bref, en ce qui a trait aux faits, le procès est « l’épreuve principale » plutôt qu’un simple « banc d’essai » (*Housen*, par. 13, citant *Anderson c. Bessemer City*, 470 U.S. 564 (1985), p. 574-575).

[206] Le seuil permettant à une cour d’appel de modifier les conclusions de fait du juge du procès est rigoureux. Il ne suffit pas que son opinion diverge de

judge, nor is it sufficient to show that the trial judge's findings were tainted by an error *simpliciter*. Rather, appellate intervention is justified only where the trial judge has made a "palpable and overriding error" (*Housen*, at para. 10). Such an error is one that is "plainly seen" (*ibid.*, at para. 6) and is "shown to have affected the result" (*H.L.*, at para. 55). The same standard applies in respect of a trial judge's findings of credibility (see *R. v. Gagnon*, 2006 SCC 17, [2006] 1 S.C.R. 621, at para. 10).

[207] There are good reasons for the high level of deference accorded to a trial judge's factual and credibility findings. As summarized in *Housen*, three general policy rationales predominate: (1) limiting the number, length, and cost of appeals; (2) promoting the autonomy and integrity of trial proceedings; and (3) recognizing the expertise of the trial judge and his or her advantageous position (see paras. 15-18). Regarding this third rationale, Iacobucci and Major JJ. wrote:

. . . comments regarding the advantages possessed by the trial judge have been made by R. D. Gibbens in "Appellate Review of Findings of Fact" (1991-92), 13 *Advocates' Q.* 445, at p. 446:

The trial judge is said to have an expertise in assessing and weighing the facts developed at trial. Similarly, the trial judge has also been exposed to the entire case. The trial judge has sat through the entire case and his ultimate judgment reflects this total familiarity with the evidence. The insight gained by the trial judge who has lived with the case for several days, weeks or even months may be far deeper than that of the Court of Appeal whose view of the case is much more limited and narrow, often being shaped and distorted by the various orders or rulings being challenged.

The corollary to this recognized advantage of trial courts and judges is that appellate courts are not in a favourable position to assess and determine factual matters. Appellate court judges are restricted to reviewing written transcripts of testimony. As well, appeals are unsuited

celle du juge du procès, ni qu'il soit démontré que les conclusions du juge du procès sont entachées d'une simple erreur. En fait, l'intervention en appel n'est justifiée que si le juge du procès a commis une « erreur manifeste et dominante » (*Housen*, par. 10). L'erreur sera manifeste et dominante si elle est « évidente » (*ibid.*, par. 6) et « s'il est établi [qu'elle] a joué dans la décision » (*H.L.*, par. 55). La même norme s'applique à l'égard d'une conclusion sur la crédibilité tirée par le juge de première instance (voir *R. c. Gagnon*, 2006 CSC 17, [2006] 1 R.C.S. 621, par. 10).

[207] Il y a de bonnes raisons de faire preuve d'une grande retenue à l'égard des conclusions tirées par le juge de première instance concernant les faits et la crédibilité. Comme la Cour l'a résumé dans l'arrêt *Housen*, trois considérations de principe générales prédominent : (1) réduire le nombre, la durée et le coût des appels; (2) favoriser l'autonomie du procès et son intégrité; et (3) reconnaître l'expertise du juge de première instance et sa position avantageuse (voir par. 15-18). À propos de cette troisième considération, les juges Iacobucci et Major ont écrit ce qui suit :

[Des] observations sur les avantages dont disposent le juge de première instance ont été formulées par R. D. Gibbens dans « Appellate Review of Findings of Fact » (1991-92), 13 *Advocates' Q.* 445, p. 446 :

[TRADUCTION] On dit que le juge de première instance possède de l'expertise dans l'évaluation et l'appréciation des faits présentés au procès. Il a également entendu l'affaire au complet. Il a assisté à toute la cause et son jugement final reflète cette connaissance intime de la preuve. Cette connaissance, acquise par le juge au fil des jours, des semaines voire des mois qu'a duré l'affaire, peut se révéler beaucoup plus profonde que celle de la cour d'appel, dont la perception est beaucoup plus limitée et étroite, et souvent déterminée et déformée par les diverses ordonnances et décisions qui sont contestées.

Cet avantage reconnu des tribunaux et des juges de première instance a pour corollaire que les cours d'appel ne sont pas dans une position favorable pour évaluer et apprécier les questions de fait. Les juges des cours d'appel n'examinent que la transcription des témoignages. De

to reviewing voluminous amounts of evidence. Finally, appeals are telescopic in nature, focussing narrowly on particular issues as opposed to viewing the case as a whole.

...

The trial judge is better situated to make factual findings owing to his or her extensive exposure to the evidence, the advantage of hearing testimony *viva voce*, and the judge's familiarity with the case as a whole. Because the primary role of the trial judge is to weigh and assess voluminous quantities of evidence, the expertise and insight of the trial judge in this area should be respected. [Emphasis in original; paras. 14 and 18.]

[208] These fundamental principles govern the nature and scope of appellate review. With this in mind, I return to the case at hand.

B. *Lawfulness of the Police Entry — Implied Licence Doctrine*

[209] Relying on the implied licence doctrine, the trial judge concluded that the police entry into the backyard was lawful. Respectfully, for reasons that follow, I cannot agree.

[210] The implied licence to knock doctrine allows police officers and other members of the public, on lawful business, to enter onto private property and approach the door of the residence in order to speak with the owner or occupier (see *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8, at paras. 13 and 15, per Sopinka J. writing for a plurality; *R. v. MacDonald*, 2014 SCC 3, [2014] 1 S.C.R. 37, at paras. 26-27; *Robson v. Hallett*, [1967] 2 All E.R. 407 (Q.B.)). It aims to facilitate convenient communication by “enabl[ing] the police officer to reach a point in relation to the house where he [or she] can conveniently and in a normal manner communicate with the occupant” (*Evans*, at para. 15, quoting *R. v. Bushman*, [1968] 4 C.C.C. 17 (B.C.C.A.), at p. 24). It “extends no further than is required to permit convenient communication with the occupant” and “only those activities that are reasonably associated with the purpose of

plus, les appels ne se prêtent pas à l'examen de dossiers volumineux. Enfin, les appels ont un caractère « focalisateur », en ce qu'ils s'attachent à des questions particulières plutôt qu'à l'ensemble de l'affaire.

...

Le juge de première instance est celui qui est le mieux placé pour tirer des conclusions de fait, parce qu'il a l'occasion d'examiner la preuve en profondeur, d'entendre les témoignages de vive voix et de se familiariser avec l'affaire dans son ensemble. Étant donné que le rôle principal du juge de première instance est d'apprécier et de soupeser d'abondantes quantités d'éléments de preuve, son expertise dans ce domaine et sa connaissance intime du dossier doivent être respectées. [Souligné dans l'original; par. 14 et 18.]

[208] Ces principes fondamentaux régissent la nature et l'étendue du contrôle en appel. Dans cette optique, je reviens au cas qui nous occupe.

B. *La légalité de l'entrée des policiers : la théorie de l'autorisation implicite*

[209] S'appuyant sur la théorie de l'autorisation implicite, le juge du procès a conclu à la légalité de l'entrée des policiers dans la cour arrière. En tout respect, pour les motifs qui suivent, je ne peux être d'accord avec lui.

[210] La théorie de l'autorisation implicite de frapper à la porte permet aux policiers, et à tout membre du public, à des fins légitimes, d'entrer sur une propriété privée et de s'approcher de la porte de la résidence afin de communiquer avec le propriétaire ou l'occupant (voir *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8, par. 13 et 15, le juge Sopinka, s'exprimant au nom d'une pluralité de juges; *R. c. MacDonald*, 2014 CSC 3, [2014] 1 R.C.S. 37, par. 26-27; *Robson c. Hallett*, [1967] 2 All E.R. 407 (B.R.)). Elle vise à faciliter la communication convenable en « permett[ant] au policier de se rendre à un endroit aux abords de la maison d'où il peut communiquer convenablement et normalement avec l'occupant » (*Evans*, par. 15, citant *R. c. Bushman*, [1968] 4 C.C.C. 17 (C.A.C.-B.), p. 24). Elle « ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour qu'il y ait communication convenable avec l'occupant », et « seules les activités qui sont

communicating with the occupant are authorized” (*Evans*, at para. 15).

[211] Where, as here, the police can readily make contact with a potential owner/occupier from outside the property, it is reasonable to expect that they would first attempt to gain permission before entering in reliance on the implied licence doctrine. This requirement guards against unnecessary intrusions on the owner/occupier’s property and privacy rights. Therefore, in my view, the implied licence doctrine could not apply in the circumstances of this case, at least not until the police attempted, from outside the fence, to ask the young men, one of whom was in fact an occupier, for permission to enter. Consequently, the police were trespassers from the moment they set foot on the property.

[212] To be clear, however, this is the sole reason why the implied licence doctrine could not apply in the present case. Although the implied licence doctrine does not permit the police to “approach a dwelling with the intention of gathering evidence against the occupant” (*Evans*, at para. 16), these words should not, in my view, be read as creating a general prohibition against police approaching a dwelling in order to question the owner/occupier for the purpose of furthering a lawful investigation. The trial judge in the present case found as a fact that the police had three investigatory purposes for entering the backyard: (1) to investigate whether any of the young men were J.J. or knew the whereabouts of N.D.-J., both of whom were wanted by the police; (2) to investigate potential drug trafficking in relation to the property, having been advised that it was a “problem address” for drug trafficking; and (3) to investigate whether the young men were trespassers on the property. This is made clear in the trial judge’s reasons:

First, when Csts. Teatero and Reid entered the backyard through the open gate their purpose was twofold – to investigate whether any of the young men were [J.J.] (or

raisonnablement liées au but de communiquer avec l’occupant sont permises » (*Evans*, par. 15).

[211] Lorsque, comme en l’espèce, les policiers peuvent facilement établir le contact avec le potentiel propriétaire ou occupant depuis l’extérieur de la propriété, il est raisonnable de s’attendre à ce qu’ils essayent d’abord d’obtenir une autorisation avant d’entrer sur le fondement de la théorie de l’autorisation implicite. Cette exigence offre une protection contre les atteintes inutiles aux droits de propriété ou aux droits à la vie privée du propriétaire ou de l’occupant. Par conséquent, à mon sens, la théorie de l’autorisation implicite ne pouvait s’appliquer dans les circonstances de l’espèce, du moins pas avant que les policiers aient tenté, depuis l’autre côté de la clôture, de demander aux jeunes hommes, dont l’un d’eux était en fait un occupant, la permission d’entrer. Les policiers étaient donc des intrus dès lors qu’ils ont mis les pieds sur la propriété.

[212] En clair, toutefois, il s’agit là de la seule raison pour laquelle la théorie de l’autorisation implicite ne pouvait s’appliquer à la présente affaire. Bien que cette théorie ne permette pas aux policiers de « s’approche[r] d’une maison dans le but de recueillir des éléments de preuve contre l’occupant » (*Evans*, par. 16), cette déclaration ne devrait pas, à mon avis, être interprétée comme créant une interdiction générale pour les policiers de s’approcher d’une maison afin de poser des questions au propriétaire ou à l’occupant dans le but de faire avancer une enquête légitime. Le juge du procès en l’espèce a conclu que les policiers sont entrés dans la cour arrière à des fins d’enquête, visant trois objectifs : (1) vérifier si l’un des jeunes hommes était J.J. ou savait où se trouvait N.D.-J., tous deux recherchés par les policiers; (2) enquêter sur de possibles activités de trafic de drogue en lien avec la propriété, car ils avaient été avisés que celle-ci constituait un [TRADUCTION] « endroit problématique » concernant le trafic de drogue; et (3) vérifier si les jeunes hommes étaient des intrus. Ces objectifs sont établis clairement dans les motifs du juge du procès :

[TRADUCTION] Premièrement, lorsque les agents Teatero et Reid sont entrés dans la cour arrière par la barrière ouverte, ils visaient un double objectif : vérifier

knew the whereabouts of [N.D.-J.], and to investigate whether the young men were entitled to be in the backyard or were trespassing on the property. That was, in effect, the evidence of the police officers, and I accept it, especially given their initial purpose in attending at the housing complex and the information they had been provided by the security guards about the problems associated with the backyard area of this particular townhouse unit.

...

... the police officers clearly had a lawful reason to enter the backyard property and speak to the occupier. They were pursuing an investigation of a wanted man who, they had been told, frequented that backyard area and had been seen hanging out there. Further, the police had been told that the [L.D. townhouse] was a “problem” in relation to suspected drug trafficking. In fulfilling their professional duties, the police were lawfully entitled to enter this backyard area in an effort to ascertain if any of the young men was an occupier of the residential premises there, and to pursue their investigations in relation to [J.J.] and potential drug trafficking. [paras. 23 and 70]

[213] Accepting that the police entry was not justified under the implied licence doctrine due to the absence of a need to facilitate convenient communication, the trial judge’s finding that the police had legitimate investigatory purposes for entering the backyard and speaking to the young men is nonetheless entitled to deference. This is so even if, as my colleagues maintain, the police were not justified in entering the backyard in order to investigate whether the young men were trespassers (see paras. 130 and 133). Be that as it may, two valid investigatory objectives remain: (1) to investigate whether any of the young men were J.J. or knew the whereabouts of N.D.-J.; and (2) to investigate potential drug trafficking in relation to the property.

[214] Moreover, unlike in *Evans*, the police here were not employing the implied licence doctrine as a mere ruse to gather evidence against the owner/occupier. There is simply no indication that the police

si l’un des jeunes hommes était [J.J.] (ou savait où se trouvait [N.D.-J.]), et vérifier si les jeunes hommes avaient le droit de se trouver dans la cour arrière ou s’ils y commettaient une intrusion. Tel est ce qu’ont affirmé les policiers dans leur témoignage, et je l’accepte, surtout compte tenu de l’objectif initial de leur présence au complexe d’habitation et des renseignements que les agents de sécurité leur avaient fournis concernant les problèmes associés à la cour arrière de cette maison en rangée en particulier.

...

... les policiers avaient manifestement une raison légitime d’entrer dans la cour arrière et de parler à l’occupant. Ils menaient une enquête sur un homme recherché qui, leur avait-on dit, fréquentait cette cour arrière et avait été aperçu en train d’y traîner. En outre, les policiers avaient reçu l’information que la [maison en rangée de L.D.] constituait un « endroit problématique » relativement à des activités de trafic de drogue soupçonnées. En exerçant leurs fonctions, les policiers étaient légalement autorisés à entrer dans la cour arrière afin de vérifier si l’un des jeunes hommes était l’occupant de la résidence et de poursuivre leur enquête en lien avec [J.J.] et de possibles activités de trafic de drogue. [par. 23 et 70]

[213] Même si j’accepte que l’entrée des policiers n’était pas justifiée par la théorie de l’autorisation implicite, puisqu’il n’était pas nécessaire de faciliter une communication convenable, il n’en demeure pas moins que la conclusion du juge du procès selon laquelle les policiers poursuivaient des fins d’enquête légitimes lorsqu’ils sont entrés dans la cour arrière et ont parlé avec les jeunes hommes commande la déférence. Il en est ainsi même si, comme mes collègues l’affirment, il n’était pas justifié pour les policiers d’entrer dans la cour arrière dans le but de vérifier si les jeunes hommes étaient des intrus (voir par. 130 et 133). Quoiqu’il en soit, deux objectifs d’enquête valides demeurent : (1) vérifier si l’un des jeunes hommes était J.J. ou savait où se trouvait N.D.-J.; et (2) enquêter sur de possibles activités de trafic de drogue en lien avec la propriété.

[214] Qui plus est, contrairement à l’affaire *Evans*, les policiers en l’espèce ne se servaient pas de la théorie de l’autorisation implicite comme d’une simple ruse pour recueillir des éléments de preuve

were investigating the owner/occupier of the L.D. townhouse, as opposed to unlawful activity said to be taking place in the backyard.

[215] In these circumstances, the police trespass cannot be viewed as wilful or deliberate. Instead, it was inadvertent and committed in the course of performing legitimate investigatory duties — as the trial judge found.

[216] Finally, I would emphasize that the police cannot enter upon private property without lawful authorization. Where the police can readily ask for the owner/occupier's permission to enter upon the property, that prior consent (or some other form of authorization such as a warrant) is essential. The public's faith in the police rests in part on their belief that the police will not intrude unnecessarily on their property and privacy rights. As such, the police should always be mindful of and respect the owner/occupier's rights. Doing so is essential to fostering public trust in the police.

[217] Having determined that the police entry into the backyard was unlawful, I now turn to the *Charter* issues raised on appeal.

C. *Section 8 — Right to Be Free From Unreasonable Search and Seizure*

[218] For reasons that will become apparent, I am of the view that this appeal can be disposed of without finally deciding whether the unlawful entry by the police into the backyard resulted in a breach of Mr. Le's s. 8 *Charter* rights. However, as I will explain, given this Court's decisions in *Edwards* and *Belnavis*, I am doubtful that Mr. Le's s. 8 argument could succeed.

[219] Section 8 of the *Charter* protects a person's right to be secure against unreasonable search and

contre le propriétaire ou l'occupant. Il n'y a tout simplement rien qui indique que les policiers enquêtaient sur le propriétaire ou l'occupant de la maison en rangée de L.D. plutôt que sur des activités illégales qui se seraient déroulées dans la cour arrière.

[215] Dans de telles circonstances, l'intrusion commise par les policiers ne peut être vue comme délibérée. Au contraire, elle était commise par inadvertance dans l'exercice de fonctions d'enquête légitimes, comme l'a conclu le juge du procès.

[216] Enfin, je tiens à insister sur le fait que les policiers ne peuvent pas entrer sur une propriété privée sans autorisation valable. Lorsque les policiers peuvent facilement demander la permission d'entrer au propriétaire ou à l'occupant, obtenir ce consentement préalable (ou une autre forme d'autorisation, comme un mandat) est essentiel. La confiance du public envers les policiers repose en partie sur la croyance que ces derniers n'empiéteront pas inutilement sur leurs droits de propriété ou leurs droits à la vie privée. Par conséquent, les policiers devraient toujours tenir compte des droits du propriétaire et de l'occupant et les respecter. Cela est essentiel pour promouvoir la confiance du public envers les policiers.

[217] Ayant déterminé que l'entrée des policiers dans la cour arrière était illégale, je me penche maintenant sur les questions relatives à la *Charte* soulevées en appel.

C. *L'article 8 : le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives*

[218] Pour des motifs qui deviendront évidents, je suis d'avis que le présent pourvoi peut être tranché sans qu'il soit nécessaire de décider définitivement si l'entrée illégale des policiers dans la cour arrière a porté atteinte aux droits garantis à M. Le par l'art. 8 de la *Charte*. Toutefois, comme je l'expliquerai, compte tenu des arrêts de la Cour dans les affaires *Edwards* et *Belnavis*, je doute que l'argument de M. Le fondé sur l'art. 8 puisse être retenu.

[219] L'article 8 de la *Charte* garantit aux personnes le droit d'être protégées contre les fouilles, les

seizure. Its core purpose is to safeguard an individual's reasonable expectation of privacy — his or her reasonable right to be left alone (see *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 159).

[220] As the majority in the court below explained, “[a] reasonable expectation of privacy does not exist in the air or in the abstract. One has or does not have a reasonable expectation of privacy in respect of a specified subject matter in specified circumstances” (para. 35). In this regard, the jurisprudence distinguishes between different categories of privacy interests protected by s. 8, including personal privacy, territorial privacy, and informational privacy (see *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, at para. 20; *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212, at para. 35). These categories serve as “analytical tools” for “identifying the nature of the privacy interest or interests at stake in particular situations” (*Spencer*, at para. 35). The nature of the privacy interest engaged is “an important factor in assessing the reasonableness of an expectation of privacy” (*ibid.*, at para. 34). While each category raises distinct considerations, they may overlap in any given case (see *ibid.*, at para. 35; *Tessling*, at para. 24).

[221] Informational privacy, the first category Mr. Le seeks to invoke, has been defined in one sense as “the claim of individuals, groups, or institutions to determine for themselves when, how, and to what extent information about them is communicated to others” (*Tessling*, at para. 23, citing A. F. Westin, *Privacy and Freedom* (1970), at p. 7; *Spencer*, at para. 40). Historically, it has generally focused on information of a “personal and confidential nature”; it “protect[s] a biographical core of personal information” that includes “information which tends to reveal intimate details of the lifestyle and personal choices of the individual” (*R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, at p. 293). The closer the information sits to the “biographical core of personal information”, the stronger the accused’s claim of a reasonable expectation of privacy (see

perquisitions ou les saisies abusives. Son principal objectif est de protéger l’attente raisonnable d’une personne en matière de vie privée — son droit raisonnable de ne pas être importuné (voir *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 159).

[220] Comme l’ont expliqué les juges majoritaires de la Cour d’appel, [TRADUCTION] « [l’]attente raisonnable en matière de vie privée n’existe pas dans le vide ou dans l’abstrait. On a ou on n’a pas une attente raisonnable en matière de vie privée à l’égard d’une question en particulier dans des circonstances précises » (par. 35). À cet égard, la jurisprudence établit une distinction entre différentes catégories de droits en matière de vie privée que protège l’art. 8, comme des catégories qui ont trait à la personne, aux lieux et à l’information (voir *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, par. 20; *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212, par. 35). Ces catégories servent d’« outils d’analyse » pour « préciser la nature des droits en matière de vie privée en jeu dans des situations particulières » (*Spencer*, par. 35). La nature du droit à la vie privée en jeu est « un facteur important pour apprécier le caractère raisonnable d’une attente en matière de vie privée » (*ibid.*, par. 34). Bien que chaque catégorie soulève des considérations distinctes, ces catégories peuvent se recouper dans un cas donné (voir *ibid.*, par. 35; *Tessling*, par. 24).

[221] Le droit au respect du caractère privé des renseignements personnels, la première catégorie que M. Le cherche à invoquer, a été notamment défini comme [TRADUCTION] « le droit revendiqué par des particuliers, des groupes ou des institutions de 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; *Spencer*, par. 40). Historiquement, cette catégorie a porté généralement sur les renseignements de « nature personnelle et confidentielle »; elle « protège un ensemble de renseignements biographiques d’ordre personnel » qui comprend des « renseignements tendant à révéler des détails intimes sur le mode de vie et les choix personnels de l’individu » (*R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, p. 293). Plus les renseignements

R. v. Cole, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34, at para. 46).

[222] Territorial privacy, the second category Mr. Le seeks to invoke, consists of a hierarchy of physical places in which persons may have a reasonable expectation of privacy (see *Tessling*, at para. 22). At the top of this hierarchy sits the person's own home (see *ibid.*). A person's home enjoys this privileged status because it is "where our most intimate and private activities are most likely to take place" (*ibid.*) — it is "the one place where persons can expect to talk freely, to dress as they wish and, within the bounds of the law, to live as they wish" (*R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297, at para. 148). While s. 8 is a personal right that protects "people, not places" (*Hunter*, at pp. 158-59; see also *Edwards*, at paras. 29 and 45(2)), the concept of territorial privacy is not inconsistent with this principle. Rather, it uses the notion of place as an analytical tool for assessing the *reasonableness* of a person's expectation of privacy (see *Tessling*, at para. 22).

[223] As a general rule, the reasonable expectation of privacy relied on must be that of the accused, not a third party (see *Edwards*, at paras. 34 and 52-56). Whether the accused has a reasonable expectation of privacy is to be determined on the "totality of the circumstances" (see *Edwards*, at paras. 31 and 45(5.); see also *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36, at p. 62, per Lamer C.J., concurring; *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20, at p. 54). The "totality of the circumstances" in territorial privacy cases includes, but is not restricted to, the accused's presence at the time of the search, possession or control of the property or place searched, ownership of the property or place, historical use of the property or item, ability to regulate access, existence of a subjective expectation of privacy, and the objective reasonableness of the expectation (see *Edwards*, at para. 45(6.)).

se rapprochent de « l'ensemble de renseignements biographiques d'ordre personnel », plus la revendication de l'accusé quant à son attente raisonnable en matière de vie privée sera justifiée (voir *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34, par. 46).

[222] Le droit à la vie privée ayant trait aux lieux, la deuxième catégorie que M. Le cherche à invoquer, consiste en une hiérarchie de lieux physiques où les personnes peuvent raisonnablement s'attendre au respect de leur vie privée (voir *Tessling*, par. 22). Au sommet de cette hiérarchie se trouve la propre résidence de la personne visée (voir *ibid.*). La résidence bénéficie de ce statut privilégié parce qu'il s'agit du « lieu où nos activités les plus intimes et privées sont le plus susceptibles de se dérouler » (*ibid.*) — il s'agit de « l'endroit où les gens peuvent s'attendre à s'exprimer librement, à s'habiller comme ils le désirent et, dans les limites de la loi, à y vivre comme ils l'entendent » (*R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297, par. 148). Bien que l'art. 8 soit un droit personnel qui protège « les personnes et non les lieux » (*Hunter*, p. 158-159; voir également *Edwards*, par. 29 et 45(2)), la notion de vie privée ayant trait aux lieux n'est pas incompatible avec ce principe. En fait, elle emploie la notion de lieu comme outil d'analyse pour l'évaluation du *caractère raisonnable* de l'attente en matière de vie privée d'une personne (voir *Tessling*, par. 22).

[223] En règle générale, l'attente raisonnable en matière de vie privée invoquée doit être celle de l'accusé, et non d'un tiers (voir *Edwards*, par. 34 et 52-56). Pour savoir si l'accusé peut raisonnablement s'attendre au respect de sa vie privée, il faut examiner « l'ensemble des circonstances » (voir *Edwards*, par. 31 et 45(5.); voir également *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36, p. 62, motifs concordants du juge en chef Lamer; *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20, p. 54). Lorsque le droit à la vie privée ayant trait aux lieux est en jeu, l'« ensemble des circonstances » s'entend notamment de la présence de l'accusé au moment de la perquisition, de la possession ou du contrôle du bien ou du lieu faisant l'objet de la fouille ou de la perquisition, de la propriété du bien ou du lieu, de l'usage historique du bien ou de l'article, de l'habilité à régir l'accès au lieu, de l'existence d'une attente subjective en matière de vie privée, ainsi que du caractère raisonnable de l'attente, sur le plan objectif (voir *Edwards*, par. 45(6.)).

[224] With these principles in mind, and without finally deciding the matter, I am doubtful that Mr. Le's s. 8 argument could withstand scrutiny. I say this for two main reasons: (1) there is no compelling basis on which to conclude that Mr. Le's informational privacy interests were engaged to any significant degree and (2) this Court's decisions in *Edwards* and *Belnavis* cast serious doubt on Mr. Le's territorial privacy argument. I will address these points in turn.

[225] On the first point, Mr. Le maintains that this is, at least in part, an informational privacy case — an argument raised for the first time in this appeal. I readily accept that different categories of privacy interests may overlap in any particular case (see *Spencer*, at para. 35). However, on these particular facts, I am of the view that there is no compelling basis on which to conclude that Mr. Le's informational privacy interests were engaged to any significant degree. Recall that, at its heart, informational privacy “protect[s] a biographical core of personal information” that includes “information which tends to reveal intimate details of the lifestyle and personal choices of the individual”. In this instance, it cannot be said that, in the course of their general questioning, the police were seeking or obtained any information sitting close to this “biographical core of personal information” about Mr. Le. Had the questioning continued to a point where more intimate details were revealed about Mr. Le, his informational privacy interests might have been meaningfully engaged, but Mr. Le fled the backyard before that could happen. The absence of any significant informational privacy interest distinguishes this case from *R. v. Marakah*, 2017 SCC 59, [2017] 2 S.C.R. 608, which involved private text conversations recovered on another person's cell phone.

[224] En gardant ces principes à l'esprit, et sans trancher définitivement la question, je doute que l'argument de M. Le fondé sur l'art. 8 puisse résister à un examen. Il en est ainsi pour deux raisons principales : (1) aucun motif impérieux ne permet de conclure que le droit de M. Le au respect du caractère privé de ses renseignements personnels était vraiment compromis; et (2) les arrêts *Edwards* et *Belnavis* de la présente Cour jettent de sérieux doutes sur l'argument de M. Le en matière de vie privée ayant trait aux lieux. Je me pencherai sur ces points à tour de rôle.

[225] En ce qui concerne le premier point, M. Le soutient que la présente affaire fait intervenir, du moins en partie, le droit au respect du caractère privé des renseignements personnels — un argument soulevé pour la première fois dans le présent pourvoi. Je reconnais d'emblée que différentes catégories de droits en matière de vie privée puissent se recouper dans une affaire donnée (voir *Spencer*, par. 35). Toutefois, au vu des faits, je suis d'avis qu'aucun motif impérieux ne permet de conclure que le droit de M. Le au respect du caractère privé de ses renseignements personnels était vraiment compromis. Il faut se rappeler que, essentiellement, ce droit au respect du caractère privé des renseignements personnels « protège un ensemble de renseignements biographiques d'ordre personnel » qui s'entend notamment de « renseignements tendant à révéler des détails intimes sur le mode de vie et les choix personnels de l'individu ». Dans l'affaire qui nous occupe, on ne saurait affirmer que, en posant des questions d'ordre général, les policiers cherchaient à obtenir ou ont obtenu des renseignements se rapprochant de cet « ensemble de renseignements biographiques d'ordre personnel » au sujet de M. Le. Si les policiers avaient continué à poser des questions jusqu'à ce que des détails intimes soient révélés au sujet de M. Le, le droit de ce dernier au respect du caractère privé de ses renseignements personnels aurait pu être compromis de façon importante, mais M. Le s'est enfui de la cour arrière avant que cela ne puisse se produire. Le fait que le droit au respect du caractère privé des renseignements personnels n'intervient pas dans une vaste mesure permet de distinguer l'espèce de l'arrêt *R. c. Marakah*, 2017 CSC 59, [2017] 2 R.C.S. 608, qui concernait une conversation privée par messages textes récupérée à partir du cellulaire d'une autre personne.

[226] On the second point, without finally deciding the issue, I find the reasons given by the majority in the court below for rejecting Mr. Le's territorial privacy claim, reasons which relied primarily on *Edwards* and *Belnavis*, to be compelling. Contrary to what my colleagues state at para. 137 of their reasons, I do not foreclose the possibility that an invited guest may, in some circumstances, have a reasonable expectation of privacy in a host's property. My reasons simply reject the assumption that a police trespass against a host necessarily implicates the s. 8 rights of his or her invited guests.

[227] That said, I need not finally decide whether Mr. Le's s. 8 rights were breached as a result of the police trespass. Even if I were to assume for the sake of argument that they were, I am of the view that any such breach was both inadvertent and insignificant in terms of its impact, thereby making it inconsequential from a s. 24(2) perspective.

[228] Finally, before leaving this matter, it is worth clarifying that contrary to what the dissenting judge in the court below suggested, Canadians do not leave their s. 8 rights behind when they leave their homes. Section 8 enshrines a personal right that Canadians carry with them in their back pocket; it protects a reasonable expectation of privacy wherever they go, whether to work, to the grocery store, or to a backyard gathering. While what is objectively reasonable will vary with the circumstances, including the specific location where the individual is situated, s. 8 continues to apply whether or not the individual remains at home. This is also true whether the privacy interest in question is personal, informational, or territorial (or some combination thereof).

[226] S'agissant du deuxième point, sans trancher définitivement la question, j'estime que les motifs donnés par les juges majoritaires de la Cour d'appel pour rejeter la revendication de M. Le quant à son droit au respect de sa vie privée ayant trait aux lieux, lesquels sont principalement fondés sur les arrêts *Edwards* et *Belnavis*, sont convaincants. Contrairement à ce qu'affirment mes collègues au par. 137 de leurs motifs, je n'écarte pas la possibilité qu'un invité puisse, dans certaines circonstances, raisonnablement s'attendre au respect de sa vie privée lorsqu'il se trouve dans la propriété de son hôte. Je rejette simplement l'hypothèse selon laquelle l'intrusion des policiers commise à l'égard d'un hôte fait nécessairement intervenir les droits garantis à ses invités par l'art. 8.

[227] Cela dit, il m'est inutile de trancher définitivement la question de savoir si l'intrusion des policiers a porté atteinte aux droits garantis à M. Le par l'art. 8. Même si je présumais, pour les besoins de la discussion, qu'il y a eu atteinte, je suis d'avis que celle-ci aurait été commise par inadvertance et que son incidence aurait été négligeable, la rendant ainsi sans conséquence du point de vue du par. 24(2).

[228] Enfin, avant de passer à une autre question, il convient de clarifier que contrairement à ce qu'a laissé entendre le juge dissident de la Cour d'appel, les Canadiens ne renoncent pas aux droits qui leur sont garantis par l'art. 8 lorsqu'ils quittent leur résidence. L'article 8 consacre un droit personnel que les Canadiens gardent dans leur poche arrière; il protège leurs attentes raisonnables en matière de vie privée partout où ils vont, que ce soit au travail, à l'épicerie ou à un rassemblement dans une cour arrière. Bien que ce qui est objectivement raisonnable varie selon les circonstances, y compris le lieu précis où se trouve la personne visée, l'art. 8 continue de s'appliquer que la personne demeure chez elle ou non. Il en est de même qu'il s'agisse d'un droit au respect de la vie privée ayant trait à la personne, à l'information ou aux lieux (ou à une combinaison de ces catégories).

D. *Section 9 — Right to Be Free From Arbitrary Detention*

[229] Mr. Le submits, and my colleagues accept, that he was arbitrarily detained the moment Csts. Teatero and Reid entered the backyard and that, as a result, his s. 9 rights were breached. Respectfully, for reasons that follow, I cannot accept that contention.

(1) Section 9 Framework

[230] Section 9 of the *Charter* protects the right to be free from arbitrary detention or imprisonment. Its purpose is to “protect individual liberty from unjustified state interference” (*Grant*, at para. 20). As my colleagues note, the s. 9 analysis proceeds in two stages: first, the court must determine whether and when the applicant was detained; second, if the applicant was detained, then the court must determine whether that detention was arbitrary (para. 29).

(a) *Timing of the Detention*

[231] “Detention” under s. 9 of the *Charter* refers to “a suspension of the individual’s liberty interest by a significant physical or psychological restraint” (*Grant*, at para. 44(1.); see also *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59, at para. 19; *R. v. Clayton*, 2007 SCC 32, [2007] 2 S.C.R. 725, at para. 66; *Suberu*, at paras. 3, 21 and 24). Thus, as the majority stated in *Suberu*, “not . . . every interaction with the police will amount to a detention for the purposes of the *Charter*, even when a person is under investigation for criminal activity, is asked questions, or is physically delayed by contact with the police” (para. 23; see also *Mann*, at para. 19).

[232] As the Ontario Court of Appeal recently observed in *R. v. Reid*, 2019 ONCA 32, determining whether and when a detention has occurred requires striking a balance between protecting individuals against unjustified state interference and preserving

D. *L’article 9 : le droit à la protection contre la détention arbitraire*

[229] Monsieur Le soutient, et mes collègues acceptent, qu’il a été mis en détention arbitraire dès l’entrée des agents Teatero et Reid dans la cour arrière et que, par conséquent, il y a eu atteinte à ses droits garantis par l’art. 9. En tout respect, pour les motifs qui suivent, je ne saurais accepter cette prétention.

(1) Le cadre de l’art. 9

[230] L’article 9 de la *Charte* protège le droit à la protection contre la détention ou l’emprisonnement arbitraires. Son objectif est de « protéger la liberté individuelle contre l’ingérence injustifiée de l’État » (*Grant*, par. 20). Comme le soulignent mes collègues, l’analyse fondée sur l’art. 9 comporte deux étapes : premièrement, le tribunal doit établir si et quand le demandeur a été mis en détention; deuxièmement, s’il y a eu détention, le tribunal doit établir si celle-ci était arbitraire (par. 29).

a) *Le moment de la mise en détention*

[231] La « détention » au sens de l’art. 9 de la *Charte* s’entend de « la suspension du droit à la liberté d’une personne par suite d’une contrainte physique ou psychologique considérable » (*Grant*, par. 44(1.); voir également *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59, par. 19; *R. c. Clayton*, 2007 CSC 32, [2007] 2 R.C.S. 725, par. 66; *Suberu*, par. 3, 21 et 24). Ainsi, comme l’ont affirmé les juges majoritaires dans l’arrêt *Suberu*, ce n’est pas « tout contact avec les policiers [qui] constitue une détention pour l’application de la *Charte*, même lorsqu’une personne fait l’objet d’une enquête relativement à des activités criminelles, qu’elle est interrogée ou qu’elle est retenue physiquement par son contact avec les policiers » (par. 23; voir également *Mann*, par. 19).

[232] Comme la Cour d’appel de l’Ontario l’a récemment fait observer dans *R. c. Reid*, 2019 ONCA 32, pour établir si et quand il y a eu mise en détention, il faut établir un juste équilibre entre, d’une part, la protection des individus contre l’ingérence

society's collective interest in effective policing. Writing for the court, Fairburn J.A. stated:

The need for a detention to involve a significant physical or psychological restraint reflects a purposive approach to s. 9, one that strikes an important balance between ensuring that individuals are protected from unjustified state interference, while at the same time making sure that the societal interest in effective policing is not threatened: *Grant*, at paras. 19-21; *Suberu*, at para. 24. A failure to consider whether the police-citizen interaction involves a "significant deprivation of liberty" may result in both overshooting the very purpose of the *Charter* provision and undervaluing the public's interest in effective policing: *Suberu*, at para. 24. The purpose of s. 9 is not to make individuals inviolate from state contact, but to ensure that, where the state actually detains an individual (within the legal meaning of that term), the detention can be justified upon appropriate grounds: *R. v. Grafe* (1987), 36 C.C.C. (3d) 267 (Ont. C.A.), at p. 271; *R. v. L.B.*, 2007 ONCA 596, 86 O.R. (3d) 730 at paras. 51-59; *Grant*, at paras. 26, 35-41. [para. 26 (CanLII)]

[233] In arguing that a detention has occurred at a particular point in time, the onus is on the applicant to show that in the circumstances, he or she was effectively deprived of his or her liberty of choice (see *Suberu*, at para. 28). Whether and when a detention has occurred is determined objectively, having regard to all the circumstances (see *Grant*, at para. 31). A detention can be effected through either physical or psychological compulsion (see *ibid.*, at paras. 21, 25 and 44(1.)). Psychological restraint amounting to a detention may be established where, for example, "the police conduct would cause a reasonable person to conclude that he or she was not free to go and had to comply with the police direction or demand" (*ibid.*, at para. 31). While the test is objective, the individual's particular circumstances and perceptions at the time may be relevant in determining whether a reasonable person in the circumstances would perceive himself or herself as not being free to go (see *ibid.*, at para. 32).

injustifiée de l'État et, d'autre part, l'intérêt collectif dans le maintien efficace de l'ordre. S'exprimant au nom de la Cour, la juge Fairburn a affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION] La nécessité que la détention implique une contrainte physique ou psychologique considérable reflète une interprétation téléologique de l'art. 9, laquelle établit un équilibre important entre la nécessité de veiller à ce que les gens soient protégés contre l'ingérence injustifiée de l'État, tout en veillant à ce que l'intérêt de la société dans le maintien efficace de l'ordre ne soit pas menacé : *Grant*, par. 19-21; *Suberu*, par. 24. Si la Cour n'examine pas la question de savoir si le contact entre les policiers et le citoyen comporte une « atteinte considérable à sa liberté », elle risque d'aller au-delà de l'objet visé par la disposition de la *Charte* et de sous-évaluer l'intérêt du public dans le maintien efficace de l'ordre : *Suberu*, par. 24. L'objet de l'art. 9 n'est pas de protéger les gens contre toute interaction avec l'État, mais de veiller à ce que, lorsque l'État détient réellement une personne (dans le sens légal de ce terme), la détention puisse être justifiée par des motifs légitimes : *R. c. Grafe* (1987), 36 C.C.C. (3d) 267 (C.A. Ont.), p. 271; *R. c. L.B.*, 2007 ONCA 596, 86 O.R. (3d) 730, par. 51-59; *Grant*, par. 26 et 35-41. [par. 26 (CanLII)]

[233] Lorsque le plaignant allègue qu'il a été mis en détention à un moment précis, il lui incombe de démontrer que, dans les circonstances, il a effectivement été privé de sa liberté de choix (voir *Suberu*, par. 28). La question de savoir si et quand il y a eu mise en détention est tranchée d'une manière objective eu égard à l'ensemble des circonstances (voir *Grant*, par. 31). Une détention peut être effectuée par suite d'une contrainte physique ou psychologique (voir *ibid.*, par. 21, 25 et 44(1.)). La contrainte psychologique équivalant à une détention peut être établie lorsque, par exemple, « la conduite policière inciterait une personne raisonnable à conclure qu'elle n'est pas libre de partir et qu'elle doit obtempérer à l'ordre ou à la sommation de la police » (*ibid.*, par. 31). Quoique ce test soit objectif, la situation particulière de la personne visée ainsi que ses perceptions au moment en cause peuvent être pertinentes lorsque vient le temps de juger si une personne raisonnable dans les circonstances estimerait qu'elle n'est pas libre de partir (voir *ibid.*, par. 32).

[234] The factors in determining whether and when a psychological detention has occurred include, but are not limited to, the following:

- (a) The circumstances giving rise to the encounter as they would reasonably be perceived by the individual: whether the police were providing general assistance; maintaining general order; making general inquiries regarding a particular occurrence; or, singling out the individual for focussed investigation.
- (b) The nature of the police conduct, including the language used; the use of physical contact; the place where the interaction occurred; the presence of others; and the duration of the encounter.
- (c) The particular characteristics or circumstances of the individual where relevant, including age; physical stature; minority status; level of sophistication.

(*Grant*, at para. 44(2))

[235] While a trial judge's underlying findings of fact are entitled to deference absent palpable and overriding error, the determination of whether and when a detention has occurred based on those findings of fact is a question of law subject to the standard of correctness (see *Grant*, at paras. 43 and 45; *Reid*, at para. 18). The basic principle is that an appellate court must approach a trial judge's decision on the question of detention "with appropriate deference" (*Grant*, at para. 45).

[236] In the present case, it is not disputed that a detention occurred; the question is one of timing. With that in mind, I will apply the factors outlined above with a view to determining the point at which Mr. Le was detained.

- (i) Circumstances Giving Rise to the Encounter as They Would Reasonably Be Perceived by the Individual

[237] Beginning with the circumstances giving rise to the encounter, as I have already explained, the

[234] Les facteurs permettant de juger si et quand il y a eu détention psychologique sont notamment les suivants :

- a) Les circonstances à l'origine du contact avec les policiers telles que la personne en cause a dû raisonnablement les percevoir : les policiers fournissaient-ils une aide générale, assuraient-ils simplement le maintien de l'ordre, menaient-ils une enquête générale sur un incident particulier, ou visaient-ils précisément la personne en cause dans le cadre d'une enquête ciblée?
- b) La nature de la conduite des policiers, notamment les mots employés, le recours au contact physique, le lieu de l'interaction, la présence d'autres personnes et la durée de l'interaction.
- c) Les caractéristiques ou la situation particulières de la personne, selon leur pertinence, notamment son âge, sa stature, son appartenance à une minorité ou son degré de discernement.

(*Grant*, par. 44(2))

[235] Quoique les conclusions de fait sous-jacentes tirées par le juge du procès commandent la déférence sauf erreur manifeste et dominante, la question de savoir si et quand, à la lumière de ces conclusions de fait, il y a eu détention est une question de droit assujettie à la norme de la décision correcte (voir *Grant*, par. 43 et 45; *Reid*, par. 18). Le principe fondamental veut que les cours d'appel fassent preuve de la « déférence [qui] s'impose » à l'égard des décisions rendues en première instance en matière de détention (*Grant*, par. 45).

[236] Dans le cas qui nous occupe, nul ne conteste qu'il y a eu détention; la question porte sur le moment de la mise en détention. À la lumière de ce qui précède, j'appliquerai les facteurs énoncés ci-dessus afin d'établir le moment où M. Le a été mis en détention.

- (i) Les circonstances à l'origine du contact avec les policiers telles que la personne en cause a dû raisonnablement les percevoir

[237] Tout d'abord, en ce qui concerne les circonstances à l'origine du contact avec les policiers,

police had at least two valid investigatory purposes based on the trial judge's findings of fact: (1) to investigate whether any of the young men were J.J. or knew the whereabouts of N.D.-J.; and (2) to investigate potential drug trafficking in relation to the property. The trial judge's findings on this point do not dissipate simply because he failed to recognize that the police were trespassing.

[238] While Mr. Le was not made aware of these valid investigatory purposes, he had no reason to perceive the police encounter as being illegitimate or motivated by anything but a genuine desire to gather information that would assist in maintaining peace and order within the community, which was in fact their objective. Furthermore, the officers' requests for ID were consistent with their legitimate investigative aims: the IDs of the young men — which of course would display their names — would indicate whether any of them were named “[J.J.]”.

[239] While my colleagues make much of the fact that none of the officers asked the young men any questions about J.J., N.D.-J., or potential drug trafficking in the backyard, this is little more than a veiled attempt to subvert the trial judge's clear finding that the police had at least two valid investigatory purposes for entering the backyard and speaking to the young men. In any event, it bears repeating that the interaction in the backyard lasted less than a minute before Mr. Le fled, bringing the questioning to an abrupt halt. This unexpected turn of events left the police with little opportunity to ask the young men about the matters that brought them there in the first place.

[240] Furthermore, despite my colleagues' contention to the contrary (paras. 38 and 133), it does not follow necessarily that if the police lacked grounds to effect a lawful detention at the beginning of the interaction, the investigation must have been illegitimate.

comme je l'ai déjà expliqué et sur la foi des conclusions de fait du juge du procès, les policiers étaient motivés par au moins deux fins d'enquête valides : (1) vérifier si l'un des jeunes hommes était J.J. ou savait où se trouvait N.D.-J.; et (2) enquêter sur de possibles activités de trafic de drogue en lien avec la propriété. Les conclusions du juge du procès sur ce point ne disparaissent pas simplement parce qu'il n'a pas reconnu que les policiers avaient commis une intrusion.

[238] Même si M. Le n'avait pas été informé de ces fins d'enquêtes valides, il n'avait aucune raison de percevoir l'interaction avec les policiers comme étant illégitime ou motivée par autre chose qu'une réelle volonté de recueillir des renseignements susceptibles d'aider au maintien de la paix et de l'ordre dans la collectivité, ce qui était effectivement leur objectif. Qui plus est, le fait pour les policiers d'avoir demandé qu'on leur fournisse des pièces d'identité cadrait avec leurs objectifs d'enquête légitimes : les pièces d'identité des jeunes hommes — qui révéleraient évidemment leur nom — permettraient de vérifier si l'un d'entre eux se nommait « [J.J.] ».

[239] Bien que mes collègues fassent grand cas du fait qu'aucun des policiers n'ait posé de questions aux jeunes hommes sur J.J., N.D.-J. ou de possibles activités de trafic de drogue dans la cour arrière, je n'y vois rien de plus qu'une tentative dissimulée de renverser la conclusion clairement tirée par le juge du procès selon laquelle les policiers étaient motivés par au moins deux fins d'enquête valides lorsqu'ils sont entrés dans la cour arrière et ont parlé aux jeunes hommes. Quoi qu'il en soit, il convient de rappeler que l'interaction dans la cour arrière a duré moins d'une minute avant que M. Le ne prenne la fuite, mettant fin abruptement à l'interrogatoire. Cette tournure inattendue des événements a privé les policiers de l'occasion de questionner les jeunes hommes concernant les raisons pour lesquelles ils étaient au départ entrés sur la propriété.

[240] De plus, malgré la prétention contraire de mes collègues (par. 38 et 133), si les policiers n'avaient pas de motifs pour mettre M. Le en détention légalement au début de l'interaction, cela ne veut pas nécessairement dire que l'enquête était

And given that the first factor to be considered in assessing whether and when a detention occurred is “[t]he circumstances giving rise to the encounter as they would reasonably be perceived by the individual” (*Grant*, at para. 44(2)(a)), it can scarcely be contended that the inquiry into the timing of the detention is “not advanced” by recognizing that the police encounter in the backyard took place in the context of a legitimate police investigation and the young men had no reason to believe otherwise (majority reasons, at para. 38). More pointedly, the interaction began with a series of general inquiries, rather than an attempt by the police to single out any particular individual for focused investigation. As in *Suberu*, their initial questioning was “of a preliminary or exploratory nature” (para. 31). This militates against the conclusion reached by my colleagues that the detention was immediate.

[241] Ultimately, my colleagues adopt the description of the police entry given by the dissenting judge in the court below: “The police entry was no better than a speculative criminal investigation, or a ‘fishing expedition’” (para. 127, citing C.A. reasons, at para. 107). Respectfully, this new finding — made for the first time on appeal — is incompatible with the trial judge’s findings, which make clear that this was not a “fishing expedition”. Rather, it was a police inquiry directed towards at least two identifiable and legitimate investigatory objectives. Again, it is not open to an appellate court to “substitute its views for the views of the trial judge according to what the appellate court thinks the evidence establishes”.

(ii) Nature of the Police Conduct

[242] Turning to the nature of the police conduct, the trial judge was presented with two strikingly different accounts of what occurred on the night in question. On the one hand, the police gave evidence that they were pursuing a legitimate investigation when they entered the backyard, and throughout the

forcément illégitime. Par ailleurs, comme le premier facteur à considérer pour juger si et quand il y a eu mise en détention concerne « [l]es circonstances à l’origine du contact avec les policiers telles que la personne en cause a dû raisonnablement les percevoir » (*Grant*, par. 44(2)a)), on ne saurait prétendre que le fait de reconnaître que le contact avec les policiers dans la cour arrière a eu lieu dans le cadre d’une enquête policière légitime et que les jeunes hommes n’avaient aucune raison de croire le contraire « n’aide nullement » à déterminer le moment de la mise en détention (motifs des juges majoritaires, par. 38). Plus précisément, au début de l’interaction, les policiers ont posé une série de questions d’ordre général plutôt que de tenter de viser une personne en particulier dans le cadre d’une enquête ciblée. Tout comme dans l’affaire *Suberu*, leurs questions initiales étaient « de nature préliminaire ou exploratoire » (par. 31), ce qui milite contre la conclusion de mes collègues portant que la mise en détention était immédiate.

[241] Ultiment, mes collègues font leur la description de l’entrée des policiers par le juge dissident de la Cour d’appel : [TRADUCTION] « L’entrée des policiers ne valait guère mieux qu’une enquête criminelle hypothétique, ou une “expédition de pêche” » (par. 127, citant les motifs de la Cour d’appel, par. 107). Soit dit en tout respect, cette nouvelle conclusion — formulée pour la première fois en appel — est incompatible avec les conclusions du juge du procès, qui établissent clairement qu’il ne s’agissait pas d’une « expédition de pêche ». Au contraire, il était question d’une enquête policière visant au moins deux objectifs d’enquête précis et légitimes. Là encore, il ne revient pas à une cour d’appel de « substituer son opinion à celle du juge de première instance en fonction de ce qu’elle pense que la preuve démontre ».

(ii) Nature de la conduite des policiers

[242] En ce qui concerne la nature de la conduite des policiers, le juge du procès a entendu deux versions fort différentes de ce qui s’est passé durant la nuit en question. Pour leur part, les policiers ont témoigné qu’ils menaient une enquête légitime lorsqu’ils sont entrés dans la cour arrière et qu’ils n’ont

interaction they did nothing untoward. On the other hand, the young men testified that the police entered the backyard over their protests, herded them into a corner, arbitrarily manhandled Mr. Le as he tried to escape into the townhouse, and then attempted to grab and take away his bag without a whiff of suspicion. One of the young men went so far as to say that an officer declared, “[w]e can do anything we want, we’re the police” (trial judge’s reasons, at para. 20). According to the young men, this was nothing short of a racially motivated shakedown.

[243] After considering all the evidence, the trial judge accepted the account provided by the police and rejected that of Mr. Le and his friends. In so doing, the trial judge found that to the extent Mr. Le’s evidence conflicted with that of the officers, the officers’ evidence should be preferred (at para. 65); that they were directed to the backyard for “appropriate investigative purposes” (para. 117); and that there was “simply no evidentiary basis in support of any potential argument that [the] three police officers were engaged, consciously or unconsciously, in any exercise of racial profiling” (*ibid.*). Thus, on the trial judge’s findings, this was not a shakedown, an instance of racial profiling, or a mere fishing expedition. Rather, it was a legitimate investigation performed by the police, and there was no finding of bad faith.

[244] Before this Court, Mr. Le does not allege that any of the trial judge’s findings of fact were tainted by palpable and overriding error. Moreover, during oral argument, counsel for Mr. Le expressly made the following concession: “We accept the trial judge’s finding that there was no racial profiling in this case” (transcript, at p. 24). As such, this Court must perform its legal analysis based on the factual foundation laid by the trial judge.

rien fait d’inapproprié pendant l’interaction. En revanche, dans leur témoignage, les jeunes hommes ont affirmé que la police était entrée dans la cour arrière malgré leurs protestations, que les policiers les avaient attroupés dans un coin, qu’ils avaient arbitrairement malmené M. Le alors que ce dernier cherchait à fuir dans la maison en rangée, et qu’ils avaient tenté de saisir son sac et de le lui enlever sans avoir le moindre soupçon. L’un des jeunes hommes a même dit que l’un des policiers avait affirmé [TRADUCTION] : « On peut faire ce qu’on veut, on est la police » (motifs du juge du procès, par. 20). Selon les jeunes hommes, il s’agissait ni plus ni moins d’une fouille poussée effectuée pour des motifs raciaux.

[243] Après avoir examiné l’ensemble de la preuve, le juge du procès a accepté la version des policiers et rejeté celle de M. Le et de ses amis. Ce faisant, le juge du procès a conclu que, dans la mesure où le témoignage de M. Le contredisait celui des policiers, le témoignage de ces derniers devait prévaloir (par. 65), que les policiers avaient été dirigés vers la cour arrière à des [TRADUCTION] « fins d’enquête [. . .] appropriées » (par. 117) et qu’il n’y avait « simplement aucun fondement factuel permettant d’appuyer l’argument suivant lequel [l]es trois policiers [se sont] livrés, consciemment ou pas, à du profilage racial » (*ibid.*). Par conséquent, selon les conclusions du juge du procès, les événements ne constituaient pas une fouille poussée, du profilage racial ou une simple expédition de pêche. Il s’agissait plutôt d’une enquête légitime menée par la police, et le juge n’a pas conclu à la présence de mauvaise foi.

[244] Devant la Cour, M. Le n’a pas prétendu que les conclusions de fait du juge du procès étaient entachées d’une erreur manifeste et dominante. Qui plus est, pendant les plaidoiries, l’avocate de M. Le a expressément fait la concession suivante [TRADUCTION] : « Nous reconnaissons la conclusion du juge du procès portant qu’il n’y a pas eu de profilage racial en l’espèce » (transcription, p. 24). Ainsi, l’analyse factuelle à laquelle se livre la Cour doit reposer sur le fondement factuel énoncé par le juge du procès.

[245] With that background in mind, the following facts relating to the nature of the police conduct are salient:

- Three uniformed police officers interrupted a peaceful social gathering of five young men, all racialized persons, in a small private backyard at about 10:40 p.m.
- The premises were located within a subsidized housing complex located in downtown Toronto in a neighbourhood plagued by drugs and violence.
- The police entered the backyard without a warrant and without having sought prior permission from the young men to enter, though they did not hear any of the young men object to their entry or presence.
- Cst. Teatero “cordially greeted” the young men upon entry.
- The police engaged the young men directly and asked them questions and requested their IDs.
- Before Cst. O’Toole asked Mr. Le “[w]hat’s in the bag?”, he told another young man, after entering the backyard, to keep his hands in front of him.
- The police officers did not lay hands on any of the young men or tell them they were required to remain in place and answer their questions during the interaction, which lasted less than a minute.

[246] My colleagues, however, arrive at a different set of findings. They write: “The nature of the police conduct here was, in one word, and our word, aggressive” (para. 68). They describe the police entry into the backyard as “coercive and intimidating” and “braze[n]” (paras. 56 and 59), stress that Cst. O’Toole “yelled” at one of the young men to keep his hands where he could see them (at paras. 47-48), and find that the officers tactically “positioned themselves in a way to question specific young men apart from the others” and “in a manner to block the exit” (para. 50). Ultimately, they characterize the police conduct as “casually intimidating and oppressive”

[245] Dans ce contexte, les faits ci-après se rapportant à la nature de la conduite des policiers sont frappants :

- Trois policiers en uniforme ont interrompu un rassemblement social pacifique réunissant cinq jeunes hommes, tous racialisés, dans une petite cour arrière privée vers 22 h 40.
- Les événements se sont déroulés dans un complexe d’habitation subventionné situé dans un quartier du centre-ville de Toronto en proie à la drogue et à la violence.
- Les policiers sont entrés dans la cour arrière sans mandat et sans avoir préalablement demandé aux jeunes hommes la permission d’entrer, mais ils n’ont entendu aucun des jeunes hommes s’opposer à leur entrée ou à leur présence.
- L’agent Teatero a [TRADUCTION] « salué cordialement » les jeunes hommes en entrant.
- Les policiers ont interpellé les jeunes hommes directement, les ont questionnés et les ont invités à fournir une pièce d’identité.
- Avant que l’agent O’Toole ne demande à M. Le [TRADUCTION] « [q]u’est-ce qu’il y a dans le sac? », il a dit à un autre jeune homme, après être entré dans la cour, de garder ses mains devant lui.
- Les policiers n’ont pas touché les jeunes hommes et ne leur ont pas dit qu’ils étaient tenus de rester sur place et de répondre à leurs questions pendant l’interaction, qui a duré moins d’une minute.

[246] Cependant, mes collègues ne concluent pas aux mêmes faits. Ils affirment ceci : « La nature de la conduite des policiers en l’espèce s’est avérée à notre avis agressive » (par. 68). Ils décrivent l’entrée des policiers dans la cour arrière comme ayant un caractère « coercitif et intimidant » et « effront[é] » (par. 56 et 59), insistent sur le fait que l’agent O’Toole « a crié » à l’un des jeunes hommes de garder ses mains de façon à ce qu’elles soient visibles (par. 47-48), et arrivent à la conclusion que les policiers se sont tactiquement placés « de façon à pouvoir interroger les jeunes en question séparément » et « de manière à bloquer la sortie » (par. 50).

(para. 110), adopting the language used by the dissenting judge in the court below (C.A. reasons, at para. 143). In doing so, they maintain that it is open to an appellate court to recharacterize the police conduct based on its own view of how a reasonable person in the circumstances would perceive that conduct (see para. 55).

[247] Respectfully, for a number of reasons, I consider my colleagues' approach to be incompatible with both the trial judge's factual findings and the proper role of an appellate court.

[248] First, my colleagues have recharacterized the nature of the police conduct based on their own appreciation of the evidence. As my colleagues rightly note, the question of whether and when a detention has occurred is a question of law subject to correctness review (para. 29). But this does not, in my view, give appellate courts licence to revisit the trial judge's underlying findings of fact as to the nature of the police conduct. Factual determinations such as whether the police acted in a manner that was "aggressive", "cordial", or somewhere in between are in my view best left to the trial judge, who receives the evidence first-hand and as a result is best positioned to properly characterize the nature of the police conduct.

[249] Second, in line with the foregoing, the words "aggressive", "casually intimidating", and "oppressive" appear nowhere in the trial judge's reasons. What *does* appear in the trial judge's reasons is a factual finding that Cst. Teatero "cordially greeted" the young men upon entering, which simply does not square with my colleagues' recharacterization of the police conduct. And while my colleagues question this finding, stressing that "[c]ordially" was the label chosen by the judge and was not a descriptor used by any witness" (para. 46), I know of no rule barring trial judges from making findings couched in language that did not come directly from the mouth of a witness. Such a rigid rule would overlook the reality

Ultimement, ils disent que la conduite des policiers avait un caractère « incidemment intimidant et oppressif » (par. 110), reprenant les propos du juge dissident de la Cour d'appel (par. 143). Ce faisant, ils affirment qu'il est possible pour une cour d'appel de qualifier de nouveau la conduite des policiers en fonction de la façon dont, de l'avis de la cour, une personne raisonnable dans les circonstances percevrait la conduite en cause (voir par. 55).

[247] En toute déférence, je suis d'avis que l'approche retenue par mes collègues est, pour diverses raisons, incompatible tant avec les conclusions de fait tirées par le juge du procès qu'avec le rôle d'une cour d'appel.

[248] Premièrement, mes collègues ont qualifié de nouveau la conduite des policiers en fonction de leur propre appréciation de la preuve. Comme le soulignent avec justesse mes collègues, la question de savoir si et quand il y a eu détention est une question de droit assujettie à la norme de la décision correcte (par. 29). Toutefois, à mon avis, les cours d'appel ne peuvent pas, de ce fait, être autorisées à revoir les conclusions de fait sous-jacentes tirées par le juge du procès au sujet de la nature de la conduite des policiers. Les conclusions de fait, comme celle consistant à établir si les policiers ont agi de façon « agressive » ou « cordiale », ou quelque part entre les deux, doivent, à mon sens, être laissées au juge du procès, qui est saisi de la preuve directement et qui est donc dans la meilleure position pour qualifier la conduite des policiers.

[249] Deuxièmement, en lien avec ce qui précède, l'équivalent anglais des termes « agressive », « incidemment intimidant » et « oppressif » ne figure nulle part dans les motifs du juge du procès. En revanche, ce dont ces motifs font *effectivement* état, c'est d'une conclusion de fait selon laquelle l'agent Teatero a [TRADUCTION] « salué cordialement » les jeunes hommes en entrant, ce qui ne cadre tout simplement pas avec la conduite policière telle que mes collègues la requalifient. Et bien que mes collègues remettent en question cette conclusion, insistant sur le fait que « [l]e qualificatif "cordialement" a été choisi par le juge et n'a pas été utilisé par les témoins » (par. 46), il n'existe aucune règle, à ce que

that a witness's evidence is not limited to the words that appear on a transcript — it also includes the way in which the witness *communicated* those words in the courtroom through their body language, their tone of voice, and other intangible aspects of communication. In this case, based on the way in which the officers' evidence came across in the courtroom, it was open to the trial judge to infer that the interaction was “cordial”, even if the police did not use that word specifically. This Court is not in a position to second-guess the trial judge's assessment of the evidence in all its textures, both verbal and non-verbal. Accordingly, absent a palpable and overriding error, it would be inappropriate for this Court to substitute its own findings as to the tenor of the interaction for those of the trial judge.

[250] Third, while Mr. Le's testimony would certainly support a factual finding that the police conduct was “aggressive”, and indeed Mr. Le used the word “aggressive” in his testimony when describing the police conduct, the trial judge found that Mr. Le was “not an impressive or credible witness”, that his evidence was “largely manufactured”, and that he “did not believe much of his evidence” (para. 63). There is no challenge to the trial judge's credibility assessment in this case. Accordingly, Mr. Le's evidence cannot be used as a basis for concluding that the police were “aggressive”.

[251] Fourth, the trial judge made no finding that the officers tactically “positioned themselves in a way to question specific young men apart from the others” and “in a manner to block the exit”; nor do my colleagues point to any evidence in the record supporting this new finding. The trial judge found that Csts. Teatero and Reid “started talking to the young men” (para. 17) and Cst. O'Toole “simply stood in the grassy area observing” (para. 18). Had the trial judge been satisfied that the officers tactically positioned themselves in the adversarial manner suggested by my colleagues, he would surely

je sache, interdisant aux juges de première instance de tirer des conclusions suivant une formulation qui ne provient pas directement des mots choisis par les témoins. Une règle aussi stricte ferait fi du fait qu'un témoignage ne se limite pas, en réalité, aux mots dans la transcription, mais comprend également la façon dont le témoin a *communiqué* ces mots dans la salle d'audience, par son langage corporel, son ton de voix et d'autres aspects intangibles de la communication. Dans la présente affaire, compte tenu de l'impression laissée par le témoignage des policiers dans la salle d'audience, il était loisible au juge du procès d'inférer que cette interaction était « cordiale », même si les policiers n'ont pas employé ce mot précisément. La Cour ne saurait mettre en doute l'appréciation par le juge du procès de la preuve, orale ou autre, dans toute sa texture. Par conséquent, en l'absence d'une erreur manifeste et dominante, il ne serait pas approprié pour la Cour de substituer ses propres conclusions sur la teneur de l'interaction à celles du juge du procès.

[250] Troisièmement, s'il est vrai que le témoignage de M. Le pourrait appuyer une conclusion de fait selon laquelle la conduite policière était « agressive » — M. Le ayant effectivement employé le mot [TRADUCTION] « agressif » pour décrire la conduite policière dans son témoignage —, le juge du procès a néanmoins conclu que M. Le n'était [TRADUCTION] « pas un témoin impressionnant ou crédible », que son témoignage était « grandement fabriqué » et qu'il « refus[ait] d'en croire une bonne partie » (par. 63). L'appréciation de la crédibilité par le juge du procès en l'espèce n'est pas contestée. De ce fait, le témoignage de M. Le ne saurait servir de fondement pour conclure que la police était « agressive ».

[251] Quatrièmement, le juge du procès n'a pas conclu que les policiers se sont tactiquement placés [TRADUCTION] « de façon à pouvoir interroger les jeunes en question séparément » et « de manière à bloquer la sortie »; et mes collègues ne font ressortir aucun élément de preuve du dossier à l'appui de cette nouvelle conclusion. Selon le juge du procès, les agents Teatero et Reid ont « commencé à parler aux jeunes hommes » (par. 17), tandis que l'agent O'Toole « est simplement resté debout dans la zone gazonnée à observer » (par. 18). Si le juge du procès avait été convaincu que les agents avaient tactiquement pris

have stated so in his reasons. He clearly would have understood the significance of such positioning given his frequent references to *Grant*, a case in which this Court identified the “tactical adversarial positions” taken by the officers as a factor to be considered in determining whether and when a detention occurred (para. 49). The absence of any similar finding in the trial judge’s reasons can be taken as an indication that, in his opinion, no such conduct occurred in this case. Further, as indicated, he explicitly rejected the evidence of the accused that the officers “herded” him and his friends into a corner of the backyard (para. 65).

[252] Fifth, while my colleagues maintain that Cst. O’Toole’s decision to enter the backyard by stepping over the “little two-foot fence” or “little mini fence” (para. 9) “demonstrat[ed] a sense of urgency” (para. 56) and constituted a “show of force” (para. 57), the trial judge again made no such factual finding. Nothing in the record suggests that Cst. O’Toole’s decision to go over the little two-foot fence instead of using the walkway was anything more than a simple matter of convenience, as opposed to a tactical decision conveying a sense of urgency and a show of force.

[253] Sixth, my colleagues’ finding that Cst. O’Toole “yelled” at one of the young men to keep his hands in front of him differs from both the trial judge’s finding that Cst. O’Toole simply “told [the young man] to put his hands in front of him” (para. 19 (emphasis added)) and Cst. O’Toole’s own testimony to that effect. This suggests a less aggressive interaction than my colleagues depict.

[254] In sum, I am respectfully of the view that my colleagues have exceeded the proper role of an appellate court. In concluding that the police were “aggressive”, that they were engaged in a “fishing expedition”, and that their conduct demonstrated that

une position antagonique, comme le laissent entendre mes collègues, il l’aurait certainement indiqué dans ses motifs. Il aurait clairement reconnu l’importance d’une telle position, puisqu’il mentionne fréquemment l’arrêt *Grant*, arrêt dans lequel la Cour a précisé que le fait pour les policiers d’avoir « tactiquement pris une position antagonique » constituait un facteur à prendre en considération pour établir si et quand il y a eu mise en détention (par. 49). L’absence de conclusion similaire dans les motifs du juge du procès laisse croire que, selon ce dernier, il n’y avait pas eu de tel comportement en l’espèce. Qui plus est, comme je l’ai déjà mentionné, le juge a explicitement rejeté le témoignage de l’accusé selon lequel lui et ses amis avaient été « attroupés » dans un coin de la cour arrière par les agents (par. 65).

[252] Cinquièmement, bien que mes collègues soutiennent que la décision de l’agent O’Toole d’entrer dans la cour arrière en passant par-dessus la « petite clôture de deux pieds » ou la « mini-clôture » (par. 9) témoignait « d’une certaine urgence » (par. 56) et constituait « une démonstration de force » (par. 57), le juge du procès n’a, encore une fois, tiré aucune conclusion de fait en ce sens. Rien dans le dossier ne donne à penser que la décision de l’agent O’Toole de passer par-dessus la petite clôture de deux pieds plutôt que d’utiliser le trottoir était davantage qu’une simple question de commodité, par opposition à une décision tactique témoignant d’une certaine urgence et une démonstration de force.

[253] Sixièmement, la conclusion de mes collègues portant que l’agent O’Toole « a crié » à l’un des jeunes hommes de garder ses mains devant lui diffère à la fois de la conclusion du juge du procès selon laquelle l’agent O’Toole a simplement [TRA-DUCTION] « dit [au jeune homme] de placer ses mains devant lui » (par. 19 (je souligne)) et du témoignage de l’agent O’Toole lui-même à ce sujet, conclusion qui laisse entendre une interaction beaucoup moins agressive que celle que dépeignent mes collègues.

[254] Bref, avec égards, j’estime que mes collègues ont outrepassé le rôle d’une cour d’appel. En arrivant à la conclusion que les policiers ont agi de façon « agressive », qu’ils se sont livrés à une « expédition de pêche » et que leur conduite démontrait

they were “exerting dominion over the individuals in the backyard from the time of entry” (para. 47), my colleagues have not “respected, and used, the trial judge’s findings of fact” as they maintain (para. 24). The trial judge made no such findings. Instead, they have recast the record in a manner that is inconsistent with the positive findings of fact that the trial judge made in favour of the police, at times without providing any evidentiary support. And while my colleagues cite *Grant* in support of their approach (at para. 57), it should be recalled that in *Grant*, this Court found that the trial judge’s conclusion on the question of detention was “undermined by certain key findings of fact that [could not] reasonably be supported by the evidence”, making it “necessary to revisit the issue” (para. 45). The same cannot be said here. Indeed, before this Court, Mr. Le has not challenged any of the trial judge’s findings of fact as “unreasonable”.

[255] My colleagues underscore the fact that the interaction took place at a private residence, and with this in mind they ask, “*to where*, precisely, was Mr. Le expected to ‘walk away’?” (para. 52 (emphasis in original)). The answer, in my view, is that Mr. Le was lawfully entitled to enter the townhouse or to simply walk out of the backyard through the opening in the fence. At the time of the police entry, the officers had no grounds on which to arrest or detain Mr. Le, nor was he bound to answer any of their questions (see *R. v. Turcotte*, 2005 SCC 50, [2005] 2 S.C.R. 519, at para. 55). Thus, he would have been well within his rights to simply walk away in either direction.

[256] Having expressed these concerns, I agree with my colleagues on a number of points relating to the analysis performed under the rubric “Nature of the Police Conduct”. In particular, I would endorse the following principles expressed by my colleagues in assessing whether and when a *Charter* applicant was psychologically detained:

- If it can be shown that the police conduct at issue was aggressive, then that would be a significant factor in the analysis.

qu’ils « exerçaient leur domination sur les personnes qui se trouvaient dans la cour arrière depuis qu’ils y étaient entrés » (par. 47), mes collègues n’ont pas « respecté, et utilisé, les conclusions de fait du juge du procès », comme ils le prétendent (par. 24). Le juge du procès n’a pas tiré pareilles conclusions. Ils ont plutôt réinterprété le dossier du procès d’une façon qui est incompatible avec les conclusions de fait favorables aux policiers que le juge du procès a tirées, parfois même sans preuve à l’appui. Et si mes collègues invoquent l’arrêt *Grant* pour fonder leur approche (par. 57), il convient de rappeler que, dans cet arrêt, la Cour a statué que la conclusion du juge du procès quant à la question de la détention était « viciée par d’importantes conclusions de fait qui ne [pouvaient] raisonnablement être étayées par la preuve », de telle sorte que « [l]’examen [devait] être repris » (par. 45). Il en va autrement pour la présente affaire. En effet, M. Le n’a contesté devant la Cour aucune des conclusions de fait tirées par le juge du procès au motif qu’elles étaient « déraisonnables ».

[255] Mes collègues soulignent que l’interaction a eu lieu dans une résidence privée et, de ce fait, demandent « où, précisément, M. Le devait-il aller en “quittant les lieux” ? » (par. 52 (en italique dans l’original)). À mon avis, la réponse à cette question est que M. Le avait le droit d’entrer dans la maison en rangée ou de simplement sortir de la cour arrière en empruntant l’ouverture dans la clôture. Lorsqu’ils sont entrés, les policiers n’avaient aucun motif leur permettant d’arrêter ou de mettre en détention M. Le, pas plus que ce dernier était tenu de répondre à leurs questions (voir *R. c. Turcotte*, 2005 CSC 50, [2005] 2 R.C.S. 519, par. 55). Monsieur Le avait donc tout à fait le droit de partir dans l’une ou l’autre de ces directions.

[256] Au-delà de ces préoccupations, je suis d’accord avec mes collègues sur un certain nombre de points de leur analyse relativement à la « nature de la conduite des policiers ». En particulier, j’approuverais les principes suivants énoncés par mes collègues pour évaluer si et quand l’auteur d’une demande fondée sur la *Charte* a été détenu psychologiquement :

- S’il est possible de démontrer que la police a adopté une conduite agressive, il s’agirait là d’un facteur important de l’analyse.

- Police conduct towards third parties can influence how a reasonable person in the claimant's shoes would perceive his or her own freedom of movement, and in this case it was significant that before Cst. O'Toole asked Mr. Le "What's in the bag?", he told another young man to keep his hands in front of him.
- The setting in which the police interaction takes place is a relevant consideration (see *Grant*, at para. 44(2)). In particular, a police intrusion into a private space, as opposed to a public space, may reasonably be perceived as communicating some measure of control over the occupants. In addition, the fact that a police interaction takes place in a small, enclosed space may influence a reasonable person's perception of whether he or she is free and able to leave.
- The duration of the police encounter is a relevant consideration.
- La conduite des policiers envers les tiers peut influencer la perception qu'aurait une personne raisonnable dans la situation du demandeur de sa propre liberté de circulation, et en l'espèce il est important de noter que l'agent O'Toole a dit à un autre jeune homme de garder ses mains devant lui avant de demander à M. Le [TRADUCTION] « Qu'est-ce qu'il y a dans le sac? »
- L'emplacement de l'interaction avec les policiers est une considération pertinente (voir *Grant*, par. 44(2)). En particulier, une intrusion policière dans un espace privé, par opposition à un espace public, peut être raisonnablement perçue comme témoignant d'un certain contrôle sur les occupants. De plus, le fait qu'une interaction avec les policiers se déroule dans un espace restreint et clos peut influencer la perception qu'aurait une personne raisonnable à savoir si elle est libre ou non de partir.
- La durée du contact avec les policiers est une considération pertinente.

[257] Furthermore, though we arrive at this conclusion for different reasons, I agree with my colleagues that the police entry was unlawful, and as a result the police were trespassers in the backyard. In my view, the judicially constructed reasonable person must be taken to know the law. As such, a reasonable person in Mr. Le's shoes must be taken to know that the police were trespassing when they entered the backyard.

[258] With that in mind, I am of the view that a reasonable person would perceive an unlawful police entry very differently from a lawful one. An unlawful police entry can generally be expected to have an intimidating effect and may therefore cause a reasonable person to be less inclined to believe he or she is free to walk away. However, this intimidating effect will generally be felt more strongly where the trespass is aggressive, which was not the case here based on the trial judge's findings of fact.

[257] Par ailleurs, même si nous arrivons à cette conclusion pour des raisons différentes, je conviens avec mes collègues que l'entrée des policiers était illégale et que, par conséquent, ces derniers ont commis une intrusion dans la cour arrière. Selon moi, il faut présumer que la personne que les tribunaux considèrent raisonnable est censée connaître la loi. Il faut donc présumer qu'une personne raisonnable se trouvant dans la situation de M. Le était censée savoir que l'entrée des policiers dans la cour arrière constituait une intrusion.

[258] Cela étant, je crois qu'une personne raisonnable percevrait une entrée policière illégale fort différemment d'une entrée légale. Une entrée illégale par les policiers est généralement susceptible d'avoir un effet intimidant et, par conséquent, une personne raisonnable peut être moins portée à croire qu'elle est libre de partir. Toutefois, la perception de cet effet intimidant sera généralement plus importante si l'intrusion est agressive, ce qui n'était pas le cas en l'espèce, selon les conclusions de fait du juge du procès.

(iii) Particular Characteristics and Circumstances of the Individual

[259] As for Mr. Le’s particular characteristics and circumstances, Mr. Le is an Asian-Canadian man of slight build who was 20 years old at the time of the incident. In terms of his subjective experience of the events in question, Mr. Le testified that he considered himself free to go until the police engaged him directly and the trial judge noted that testimony in his reasons (para. 87).

[260] I agree with my colleagues on a number of points under the rubric of “the Particular Characteristics and Circumstances of the Individual”, including the following:

- A person may experience a police interaction differently depending on his or her age, race, life experience, and other personal characteristics, and these factors should be taken into account in the s. 9 analysis.
- The judicially constructed reasonable person must reflect and respect racial diversity, as well as the broader state of relations between the police and various racial groups.
- Credible reports, studies, and other materials on race relations may assist courts in understanding how racialized persons may experience police interactions differently, and courts may take judicial notice of such materials — which qualify as “social context” evidence — where the test set out in *R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458, is met. Further, I do not dispute the accuracy of the materials my colleagues take judicial notice of, nor do I challenge their reliance on these materials. I would simply note that as a procedural matter, it is generally preferable that all relevant materials be placed before the trial judge and made the subject of submissions from the parties, rather than raised by interveners for the first time on appeal. While it will not always be possible to follow this general practice (particularly where the materials did not come into existence until after the trial judge issued his or

(iii) Les caractéristiques et la situation particulières de la personne

[259] Pour ce qui est des caractéristiques et de la situation particulières de M. Le, ce dernier est un homme canadien d’origine asiatique et de petite carrure qui avait 20 ans au moment de l’incident. En ce qui concerne son expérience subjective des événements, M. Le a témoigné qu’il s’estimait libre de partir jusqu’à ce que les policiers l’interpellent directement, et le juge du procès a souligné ce témoignage dans ses motifs (par. 87).

[260] Je suis d’accord avec mes collègues quant à un certain nombre d’éléments concernant « les caractéristiques et la situation particulières de la personne », notamment les éléments suivants :

- Les gens peuvent vivre une interaction avec les policiers différemment selon leur âge, leur race, leurs expériences passées et autres caractéristiques personnelles, et ces facteurs doivent jouer dans l’analyse fondée sur l’art. 9.
- Lorsque les tribunaux se représentent la personne raisonnable, celle-ci doit refléter et respecter la diversité raciale en plus de témoigner, d’une manière plus générale, des rapports existants entre la police et divers groupes raciaux.
- Les rapports, études et autres documents crédibles sur les relations interraciales peuvent aider les tribunaux à comprendre comment les personnes racialisées peuvent vivre différemment les interactions avec les policiers, et les tribunaux peuvent prendre connaissance d’office de ces documents — qui constituent de la preuve relative au « contexte social » — lorsqu’il est satisfait au test énoncé dans l’arrêt *R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458. De plus, je ne conteste pas la justesse des documents dont mes collègues prennent connaissance d’office et je ne mets pas en question leur décision de s’appuyer sur ces documents. Je fais tout simplement remarquer que, d’un point de vue procédural, il est généralement préférable que toute la documentation pertinente soit présentée au juge du procès et que les parties formulent des observations à leur sujet et non qu’elle soit présentée

her decision), it should be followed wherever possible. Doing so ensures fairness to the parties; assists trial judges by providing them with all relevant materials, as well as submissions on how the teachings contained in those materials should be applied in the case at hand; and mitigates the risk that the record, the issues, and the parties' arguments will take on a materially different complexion on appeal.

- A young person of small physical stature like Mr. Le may reasonably perceive a greater power imbalance vis-à-vis the police, as compared to how a larger, more mature person might perceive the situation.

[261] Despite these points of agreement, I respectfully take a different view on the significance of Mr. Le's testimony that he considered himself free to go until the police engaged him directly.

[262] I agree with my colleagues that the determination of whether and when a detention arises "is principally objective in nature" (para. 114). Without a doubt, the claimant's own perception of whether and when he or she was detained is not determinative. Reducing the analysis to a purely subjective inquiry would result in a near-infinite number of legal standards for detention, varying with each individual. Injecting this level of uncertainty and variability into the analysis would be unsatisfactory, to say the least.

[263] However, as stated in *Grant*, the claimant's subjective perception may be a relevant consideration (para. 32; see also *R. v. N.B.*, 2018 ONCA 556, 362 C.C.C. (3d) 302, at para. 117). To be clear, this does not give the court licence to transform what is principally an objective inquiry into a subjective one. Rather, it simply recognizes, as common sense

pour la première fois en appel par les intervenants. Quoiqu'il ne soit pas toujours possible de suivre cette règle générale (particulièrement si les documents n'existaient pas lorsque le juge du procès a rendu sa décision), il convient de s'y conformer lorsque cela est possible. Respecter cette règle assure l'équité pour les parties, permet au juge du procès de mieux faire son travail puisque celui-ci disposera de toute la documentation pertinente et des observations sur la façon dont les enseignements tirés de ces documents doivent s'appliquer à l'affaire en cause, et atténue le risque que le dossier, les questions en litige et les arguments des parties prennent une tournure fondamentalement différente en appel.

- Une jeune personne de petite stature comme M. Le peut raisonnablement percevoir un plus grand déséquilibre de pouvoir par rapport aux policiers qu'une personne plus mature au physique plus imposant.

[261] Bien que nous convenions de ces points, je ne puis partager l'avis de mes collègues quant à l'importance à accorder au témoignage de M. Le selon lequel il se croyait libre de partir jusqu'à ce que les policiers l'interpellent directement.

[262] À l'instar de mes collègues, je crois que l'examen de la question de savoir si et quand il y a détention « est principalement de nature objective » (par. 114). Il ne fait aucun doute que la perception qu'a un demandeur quant à savoir si et quand il est mis en détention n'est pas déterminante. Réduire l'analyse à un examen purement subjectif donnerait lieu à un nombre infini de normes juridiques en matière de détention, lesquelles varieraient d'une personne à l'autre. Introduire tant d'incertitude et de variabilité dans l'analyse mènerait à un résultat à tout le moins insatisfaisant.

[263] Toutefois, comme l'indique l'arrêt *Grant*, la perception subjective du demandeur peut être une considération pertinente (par. 32; voir également *R. c. N.B.*, 2018 ONCA 556, 362 C.C.C. (3d) 302, par. 117). Pour être clair, cet énoncé ne permet pas aux tribunaux de transformer un examen principalement objectif en un examen subjectif. Plutôt, il

would suggest, that in assessing how a reasonable person in the circumstances would have perceived the situation, it may be helpful to look to how the person who was *actually in the circumstances* perceived the situation.

[264] Applying this well-established doctrine to the present case, I am of the view that while Mr. Le’s subjective perception must not be permitted to overwhelm the analysis, his testimony that he considered himself free to go until the police engaged him directly is revealing. In particular, it suggests that a reasonable person in the circumstances would not have considered himself or herself detained from the moment the police set foot in the backyard, despite my colleagues’ conclusion to the contrary.

[265] My colleagues reject the relevance of Mr. Le’s subjective perception, stressing that the trial judge could not have it both ways: he could not reject Mr. Le’s evidence about what happened in the backyard, yet rely on his evidence about his subjective perception (para. 118).

[266] However, it should be recalled that the trial judge “did not believe much of [Mr. Le’s] evidence”. It is well established that a trier of fact is entitled to accept all, part, or none of a witness’s testimony (see *R. v. François*, [1994] 2 S.C.R. 827, at p. 837); he or she is not required to adopt an “all-or-nothing” approach to the evidence. Evidently, although the trial judge rejected “much” of Mr. Le’s evidence, he accepted some of it, including Mr. Le’s testimony about his subjective perception. Even if the trial judge did not accept Mr. Le’s version of events, he was entitled to accept Mr. Le’s testimony about his subjective perception, which made clear that he did not consider himself immediately detained upon the police entry. This is particularly so in the present case because on the version of events that the trial judge *did* accept — namely, the police officers’ version of events — Mr. Le had even *greater* reason to believe he was free to go until the police engaged him, as that version of events did not reflect the sort of aggressive and brazen conduct to which Mr. Le testified. Finally,

reconnaît simplement, comme le voudrait le bon sens, que pour évaluer la façon dont la personne raisonnable dans les circonstances percevrait la situation, il peut être utile de se pencher sur la façon dont la personne qui a *réellement vécu ces circonstances* l’a perçue.

[264] Lorsque j’applique cette doctrine bien établie à la présente affaire, je suis d’avis que, même si la perception subjective de M. Le ne saurait dominer l’analyse, son témoignage selon lequel il se sentait libre de partir jusqu’à ce que les policiers l’interpellent directement est révélateur. Plus particulièrement, il donne à penser qu’une personne raisonnable dans les circonstances ne se serait pas sentie mise en détention dès l’entrée des policiers dans la cour arrière, malgré la conclusion contraire de mes collègues.

[265] Mes collègues rejettent la pertinence de la perception subjective de M. Le, soulignant que le juge du procès ne pouvait pas jouer sur les deux tableaux : il ne pouvait pas rejeter le témoignage de M. Le sur les événements dans la cour arrière tout en s’appuyant sur son témoignage au sujet de sa perception subjective (par. 118).

[266] Il faudrait cependant rappeler que le juge du procès a [TRADUCTION] « refusé [de] croire une bonne partie du témoignage » de M. Le. Il est bien établi que le juge des faits peut accepter ou rejeter tout ou partie du témoignage d’un témoin (*R. c. François*, [1994] 2 R.C.S. 827, p. 837); il n’a donc pas à adopter la méthode du tout ou rien à l’égard du témoignage. De toute évidence, bien que le juge du procès ait rejeté « une bonne partie » du témoignage de M. Le, il en a accepté une partie, dont la portion portant sur sa perception subjective. Même si le juge n’a pas retenu la version des faits de M. Le, il lui était loisible d’accepter le témoignage de ce dernier sur sa perception subjective, témoignage qui indique clairement qu’il ne se sentait pas en détention dès l’entrée des policiers. C’est particulièrement le cas en l’espèce puisque, selon la version des faits que le juge du procès a acceptée — à savoir celle des policiers —, M. Le avait encore *davantage* de raison de croire qu’il était libre de partir jusqu’à ce que les policiers l’interpellent, étant donné que cette version

Mr. Le had no ulterior motive to testifying as he did. This was a candid admission that went against his own interest in a finding that he was detained immediately upon the police entry. In these circumstances, his evidence is all the more compelling.

[267] Finally, while my colleagues criticize the trial judge on the basis that he “did not consider the reasonable person in his analysis” (para. 71), I would simply point out that he expressly anchored his analysis in the perspective of a “reasonable person in the position of the accused” at paras. 85 and 87-88 of his reasons, and among other things he took into account the “visible minority status of the accused and his friends” (para. 89). There is nothing to suggest that he failed to take into account the impact of race and race relations on how a reasonable person in Mr. Le’s circumstances would have perceived the police interaction. The fact that his reasons do not contain a detailed review of the literature on race relations — such as the one contained in my colleagues’ reasons — suggests that the parties simply did not put this body of literature before him and ask him to consider and apply it. Indeed, there is nothing in the record before us to indicate that any of these materials were raised before the trial judge. It therefore comes as no surprise that he did not canvass this literature in his reasons — trial judges who engage in their own independent research are routinely chastised by appellate courts for straying outside the record and the parties’ submissions.

(iv) Overall Assessment

[268] In determining the timing of Mr. Le’s detention, this Court’s decisions in *Grant* and *Suberu*, the two leading cases in this area of the law, are instructive.

[269] In *Grant*, a police officer, Cst. Gomes, approached Mr. Grant, an 18-year-old black man, on

des faits ne faisait pas état de la conduite agressive et éhontée dont M. Le a parlé dans son témoignage. Enfin, M. Le n’avait aucun motif inavoué à témoigner comme il l’a fait. Il s’agissait d’un aveu sincère contraire à son intérêt à ce que soit tirée une conclusion selon laquelle il avait été mis en détention dès l’entrée des policiers. Son témoignage est d’autant plus convaincant compte tenu de ces circonstances.

[267] Enfin, alors que mes collègues critiquent le juge du procès au motif qu’il « n’a pas tenu compte du critère de la personne raisonnable dans son analyse » (par. 71), je tiens simplement à préciser que le juge du procès a expressément fondé son analyse sur la perspective d’une [TRADUCTION] « personne raisonnable dans la situation de l’accusé », aux par. 85 et 87-88 de ses motifs, et qu’il a tenu compte notamment du « statut de minorité visible de l’accusé et de ses amis » (par. 89). Rien ne permet d’affirmer que le juge a omis de prendre en considération l’incidence de la race et des relations interraciales sur la façon dont une personne raisonnable dans la situation de M. Le aurait perçu l’interaction avec les policiers. Le fait que ses motifs n’exposent pas un examen détaillé des écrits sur les relations interraciales — comme celui qui figure dans les motifs de mes collègues — indique que les parties n’ont simplement pas présenté ces écrits au juge et qu’elles ne lui ont pas demandé de les examiner et de les appliquer. En effet, rien dans le dossier dont nous sommes saisis n’indique que ces documents ont été présentés au juge du procès. Il n’est donc pas surprenant qu’il ne se soit pas attardé à ces écrits dans ses motifs; les juges de première instance qui entreprennent leurs propres recherches sont fréquemment admonestés par les juridictions d’appel pour s’être écartés du dossier et des observations des parties.

(iv) Évaluation générale

[268] Lorsque vient le temps de déterminer le moment de la mise en détention de M. Le, les décisions de la Cour dans les affaires *Grant* et *Suberu*, les deux arrêts de principe dans ce domaine du droit, sont des exemples éclairants.

[269] Dans l’affaire *Grant*, un policier, l’agent Gomes, s’est approché de M. Grant, un homme de

a sidewalk and blocked his path. He asked what was going on and requested his name and address. Mr. Grant provided ID and then began behaving nervously and adjusting his jacket, prompting the officer to ask him to “keep his hands in front of him” (para. 48). Two other officers approached, flashing their badges and taking “tactical adversarial positions” behind the initial officer (para. 49). The initial officer then asked whether Mr. Grant had been arrested before and whether he “had anything that he should not” (*ibid.*).

[270] This Court held that Mr. Grant was not detained when the police officers stopped him and made general inquiries about his name and where he lived. Nor was the directive to “keep his hands in front of him” by itself sufficient to effect a detention. It was only when a series of elements coalesced — one of the officers told Mr. Grant to “keep his hands in front of him”, the other two officers took “tactical adversarial positions”, and one of the officers embarked on a pointed line of questioning about whether he had anything on his person that he should not — that a detention crystallized. The majority explained this shift as follows:

Two other officers approached, flashing their badges and taking tactical adversarial positions behind Cst. Gomes. The encounter developed into one where Mr. Grant was singled out as the object of particularized suspicion, as evidenced by the conduct of the officers. The nature of the questioning changed from ascertaining the appellant’s identity to determining whether he “had anything that he should not”. At this point the encounter took on the character of an interrogation, going from general neighbourhood policing to a situation where the police had effectively taken control over the appellant and were attempting to elicit incriminating information.

Although Cst. Gomes was respectful in his questioning, the encounter was inherently intimidating. The power imbalance was obviously exacerbated by Mr. Grant’s youth and inexperience. Mr. Grant did not testify, so we do not know what his perceptions of the interaction actually were. However, because the test is an objective one, this is not fatal to his argument that there was a detention. We agree

race noire âgé de 18 ans, sur un trottoir et lui a bloqué le chemin. Il lui a demandé ce qui se passait, ainsi que son nom et son adresse. Monsieur Grant a fourni une pièce d’identité et s’est mis à agir nerveusement et à ajuster son blouson, ce qui a amené le policier à lui demander de « garder ses mains devant lui » (par. 48). Deux autres policiers se sont approchés, ont montré leur insigne de police et « ont tactiquement pris une position antagonique » derrière le premier policier (par. 49). Le premier policier lui a ensuite demandé s’il avait déjà été arrêté et s’il « avait quelque chose qu’il ne devait pas avoir » (*ibid.*).

[270] La Cour a statué que M. Grant n’était pas en détention lorsque les policiers l’ont abordé et lui ont posé des questions d’ordre général pour connaître son nom et où il demeurait, pas plus que l’ordre de « garder ses mains devant lui » était en soi suffisant pour dire qu’il s’agissait d’une détention. Ce n’est qu’une fois plusieurs éléments réunis — l’un des agents a dit à M. Grant de « garder ses mains devant lui », les deux autres agents ont « tactiquement pris une position antagonique », et l’un des agents a entrepris de lui poser des questions ciblées pour savoir s’il portait sur lui quelque chose qu’il ne devait pas avoir — que la détention s’est cristallisée. Voici comment les juges majoritaires ont expliqué ce changement de réalité :

Deux autres policiers se sont approchés, ont montré leur insigne et ont tactiquement pris une position antagonique derrière l’agent Gomes. La situation avait évolué, et M. Grant était personnellement devenu la cible de soupçons, comme le prouve la conduite des agents. Les questions, qui visaient d’abord à contrôler l’identité de l’appelant, ont alors eu pour objet de déterminer s’il « avait quelque chose qu’il ne devait pas avoir ». À ce moment, le contact relevant de services de police communautaire est devenu un interrogatoire visant à obtenir des renseignements incriminants dans une situation où l’appelant était bel et bien contrôlé par les policiers.

Même si l’agent Gomes s’est montré respectueux en posant ses questions, l’interpellation était intrinsèquement intimidante. En outre, la jeunesse et l’inexpérience de M. Grant ont sans aucun doute accentué l’inégalité du rapport de force. Monsieur Grant n’a pas témoigné, de sorte que nous ignorons comment il a perçu ce qui se passait, mais vu la nature objective du test applicable, cette

with Laskin J.A.'s conclusion that Mr. Grant was detained. In our view, the evidence supports Mr. Grant's contention that a reasonable person in his position (18 years old, alone, faced by three physically larger policemen in adversarial positions) would conclude that his or her right to choose how to act had been removed by the police, given their conduct.

The police conduct that gave rise to an impression of control was not fleeting. The direction to Mr. Grant to keep his hands in front, in itself inconclusive, was followed by the appearance of two other officers flashing their badges and by questioning driven by focussed suspicion of Mr. Grant. The sustained and restrictive tenor of the conduct after the direction to Mr. Grant to keep his hands in front of him reasonably supports the conclusion that the officers were putting him under their control and depriving him of his choice as to how to respond.

We conclude that Mr. Grant was detained when Cst. Gomes told him to keep his hands in front of him, the other two officers moved into position behind Cst. Gomes, and Cst. Gomes embarked on a pointed line of questioning. At this point, Mr. Grant's liberty was clearly constrained and he was in need of the *Charter* protections associated with detention. [Emphasis added; paras. 49-52.]

[271] In *Suberu*, the police were called to a liquor store where Mr. Suberu and his associate were suspected of using a stolen credit card. When a police officer arrived, Mr. Suberu exited the store past the officer, saying words to the effect of “[h]e did this, not me, so I guess I can go” (para. 9). The officer followed Mr. Suberu out of the store and said, “[w]ait a minute. I need to talk to you before you go anywhere” (*ibid.*). He briefly questioned Mr. Suberu as he sat in his parked car in the parking lot. The officer asked who he was with, where he was from, why he was in town, and whose van he was driving.

[272] A majority of this Court upheld the trial judge's conclusion that this encounter was of a “preliminary or exploratory nature” (para. 31) and that the officer was “orienting himself to the situation rather than intending to deprive Mr. Suberu of his liberty” (para. 32). Mr. Suberu's expressed desire

ignorance ne porte pas un coup fatal à sa prétention qu'il était détenu. Nous pensons, comme le juge Laskin, qu'il y a eu détention. À notre avis, la preuve étaye l'affirmation de M. Grant qu'une personne raisonnable placée dans sa situation (18 ans, seul, devant trois policiers plus costauds que lui et en position antagonique) aurait conclu que les policiers, par leur conduite, l'avaient privée de la liberté de choisir comment agir.

L'impression que les policiers contrôlaient l'appelant ne découlait pas d'un comportement fugace. L'ordre adressé à M. Grant de garder les mains devant lui, qui n'est pas déterminant en soi, a été suivi de l'arrivée de deux autres policiers qui ont sorti leur insigne et de questions procédant de soupçons dont M. Grant était la cible. La durée et le caractère contraignant des gestes qui ont suivi l'ordre permettent de conclure raisonnablement que les policiers plaçaient l'appelant sous leur autorité et le privaient du choix de la façon de réagir.

Nous estimons que M. Grant a été mis en détention lorsque l'agent Gomes lui a dit de garder les mains devant lui, que les deux autres policiers ont pris position derrière l'agent Gomes et que ce dernier a entrepris de lui poser une série de questions plus ciblées. À ce stade, la liberté de M. Grant était manifestement restreinte et il avait besoin des mesures de protection garanties par la *Charte* en cas de détention. [Je souligne; par. 49-52.]

[271] Dans l'affaire *Suberu*, la police a été appelée à se présenter dans un magasin d'alcool où M. Suberu et un complice étaient soupçonnés d'avoir utilisé une carte de crédit volée. À l'arrivée de l'agent, M. Suberu est sorti du magasin, a croisé l'agent et lui a dit quelque chose comme « [c]'est lui qui a fait ça, c'est pas moi, alors j'imagine que je peux partir » (par. 9). L'agent a suivi M. Suberu à l'extérieur et lui a dit « [a]tendez une minute! Il faut que je vous parle avant que vous vous en alliez » (*ibid.*). Il a brièvement interrogé M. Suberu, qui prenait place dans sa voiture dans un stationnement. L'agent lui a demandé avec qui il était, d'où il venait, ce qu'il faisait en ville, et à qui appartenait la fourgonnette qu'il conduisait.

[272] Les juges majoritaires de la Cour ont confirmé la conclusion du juge du procès portant que ce contact était « de nature préliminaire ou exploratoire » (par. 31) et que l'agent « essayait de comprendre la situation plutôt que de priver M. Suberu de sa liberté » (par. 32). Le fait que M. Suberu ait

to leave (“I guess I can go”), the specified direction from the police that he needed to “[w]ait a minute . . . before you go anywhere”, and the fact that the police were investigating a specific crime were insufficient to amount to a detention. Instead, this Court concluded that a detention did not result until the officer formally placed Mr. Suberu under arrest and cautioned him as to his right to counsel, which occurred after the officer received further information by radio and requested Mr. Suberu’s ID and vehicle ownership documents. Until that point, Mr. Suberu was not deprived of his liberty of choice.

[273] The majority also emphasized that it would be “unreasonable” to require that a suspect be advised of his or her right to counsel under s. 10(b), which arises upon arrest or detention, “the moment the police approach any suspect in the process of sorting out the situation” (para. 32).⁷ The majority also noted that “Mr. Suberu did not testify” as to his perception of the situation, thereby implicitly confirming the relevance of the applicant’s own subjective perception in determining whether and when a detention has occurred (para. 32).

[274] Respectfully, my colleagues’ conclusion that Mr. Le was detained “when the police entered the backyard” (para. 133) — a conclusion which they arrive at in part on the basis of factors that arose only *after* the police entered the backyard (e.g., the requests for ID and the direction given to one of the young men to keep his hands in front of him) — is difficult to square with *Grant* and *Suberu*. There are, of course, factual differences between the present case and these two precedents, including the fact that the latter cases played out in public spaces, rather than private ones. Nonetheless, *Grant* and *Suberu* make clear that as a general rule, only when the police move from general questioning to focussed interrogation will a detention result. While “[t]he line between general questioning and focussed interrogation amounting to detention may be difficult to draw

exprimé sa volonté de partir (« j’imagine que je peux partir »), que le policier lui ait précisément dit qu’il devait « [a]ttend[re] une minute » avant de s’en aller, et que la police enquêtait sur un crime bien précis ne suffisait pas pour que l’interaction constitue une détention. La Cour a plutôt conclu que la détention ne s’est concrétisée que lorsque le policier a formellement arrêté M. Suberu et qu’il l’a informé de son droit de parler à un avocat, ce qui s’est produit après que l’agent eut reçu d’autres renseignements par radio et invité M. Suberu à lui fournir une pièce d’identité et le titre de propriété du véhicule. Avant ce moment, M. Suberu n’était pas privé de sa liberté de choix.

[273] Les juges majoritaires ont également souligné qu’il serait « déraisonnable » d’exiger qu’un suspect soit informé de son droit à l’assistance d’un avocat garanti par l’al. 10(b), droit qui existe dès l’arrestation ou la mise en détention, « dès [qu’un policier] aborde un suspect pour tirer la situation au clair » (par. 32)⁷. Ils ont également fait remarquer que « M. Suberu n’a [pas] témoigné » de sa propre perception de la situation, confirmant ainsi de façon implicite la pertinence de la perception subjective du demandeur pour ce qui est de juger si et quand il y a eu mise en détention (par. 32).

[274] Soit dit en tout respect, je vois mal comment concilier la conclusion de mes collègues selon laquelle M. Le a été mis en détention « lorsque les policiers sont entrés dans la cour arrière » (par. 133) — une conclusion qu’ils tirent notamment en fonction de facteurs qui ne se sont présentés qu’*après* l’entrée des policiers dans la cour (p. ex., les invitations à fournir une pièce d’identité et l’ordre donné à l’un des jeunes hommes de garder ses mains devant lui) — avec les arrêts *Grant* et *Suberu*. Évidemment, les faits de l’espèce diffèrent de ceux de ces deux précédents, notamment puisque dans ces deux affaires les faits se sont déroulés dans un espace public et non privé. Néanmoins, les arrêts *Grant* et *Suberu* énoncent clairement que, suivant la règle générale, il ne sera question de détention que lorsque les policiers passent de questions d’ordre général à des questions plus ciblées. Même

⁷ The parties did not address s. 10(b) in the present appeal.

⁷ Les parties n’ont pas abordé l’al. 10(b) dans le cadre du présent pourvoi.

in particular cases” (*Suberu*, at para. 29), it remains an essential distinction. “[G]eneral neighbourhood policing” (*Grant*, at para. 49) and “preliminary or exploratory” questioning (*Suberu*, at para. 31) are normally insufficient to effect a detention. As this Court stated succinctly in *Grant*, “general inquiries by a patrolling officer present no threat to freedom of choice” (para. 41).

[275] In the case at hand, at the initial stage of the interaction, the police officers were simply “orienting” themselves to the situation and engaging in the type of pre-detention exploratory interaction described in *Grant* and *Suberu*. Indeed, in light of these two cases, there is a compelling argument that it was not until the police asked Mr. Le “What’s in the bag?” — a focused interrogation rooted in police suspicion — that a detention occurred. That said, whereas the interactions in *Grant* and *Suberu* took place in public spaces where the police were lawfully situated, the interaction in the present case took place in the context of a police trespass onto private property.

[276] While it can be difficult to ascertain with any degree of certainty the point at which a psychological detention occurred, I am prepared to find that Mr. Le was detained, at the earliest, when the third officer entered the backyard and directed one of the young men to keep his hands in front of him, an order which he complied with immediately. In all the circumstances, upon seeing this clear exercise of police authority and his friend’s immediate compliance, it is realistic to conclude that a reasonable person in Mr. Le’s circumstances would have considered himself effectively deprived of his liberty of choice — even though Mr. Le did not consider himself to be detained at this point.

[277] Finally, with respect, my colleagues’ conclusion that the detention crystallized immediately upon the police entering the backyard is based on an analysis that maximizes the importance of factors

s’« [i]l peut s’avérer difficile, dans certains cas, de tracer la ligne entre des questions d’ordre général et des questions ciblées » (*Suberu*, par. 29), cette distinction n’en demeure pas moins essentielle. Les « services de police communautaire » (*Grant*, par. 49) et les interrogatoires « de nature préliminaire ou exploratoire » (*Suberu*, par. 31) ne suffisent normalement pas pour conclure à la détention. Comme l’a résumé la Cour dans l’arrêt *Grant*, « le fait qu’un policier patrouilleur pose des questions générales ne constitue pas une menace à la liberté de choix » (par. 41).

[275] Dans le cas qui nous occupe, pendant les premiers moments de l’interaction, les policiers ne faisaient qu’essayer de « comprendre la situation » et ils se livraient au type de contacts exploratoires antérieurs à la détention que décrivent les arrêts *Grant* et *Suberu*. En fait, à la lumière de ces deux arrêts, il existe un argument convaincant permettant d’affirmer que la détention n’a débuté que lorsque le policier a demandé à M. Le « Qu’est-ce qu’il y a dans le sac? », une question ciblée fondée sur les soupçons des policiers. Cela étant dit, les interactions en cause dans les affaires *Grant* et *Suberu* se sont déroulées dans des espaces publics où les policiers se trouvaient légalement, tandis qu’en l’espèce l’interaction s’est déroulée dans le cadre d’une intrusion par les policiers dans une propriété privée.

[276] Bien qu’il puisse s’avérer difficile de déterminer avec certitude le moment où se concrétise la détention psychologique, je suis disposé à conclure que M. Le ne pouvait être détenu avant que le troisième policier n’entre dans la cour arrière et n’ordonne à l’un des jeunes hommes de garder ses mains devant lui, ordre auquel ce dernier s’est conformé sur-le-champ. En toutes circonstances, il est réaliste de conclure qu’une personne raisonnable se trouvant dans la situation de M. Le, qui aurait vu les policiers exercer si clairement leurs pouvoirs et son ami obtempérer immédiatement, se serait sentie effectivement privée de sa liberté de choix, et ce, même si M. Le ne s’estimait pas détenu à ce moment.

[277] Enfin, avec égards, la conclusion de mes collègues portant que la détention s’est cristallisée dès l’entrée des policiers dans la cour arrière est fondée sur une analyse dans le cadre de laquelle ils

that support their position and minimizes the importance of factors that do not. For example, while the fact that the police were trespassing is viewed by my colleagues as almost determinative of the timing of the detention, the fact that Mr. Le himself testified that he did not consider himself to be detained at the moment of entry is relegated to playing a “very limited role” in the analysis (para. 117). In my view, this approach does not reflect a realistic assessment of *all* the relevant factors.

[278] Having determined the timing of the detention, I move to the question of whether it was arbitrary.

(b) *Arbitrariness of the Detention*

[279] I agree with my colleagues that the detention in this case was arbitrary. At the moment when Mr. Le was detained, the police had not yet developed reasonable grounds to suspect he was armed — a prerequisite to a lawful investigative detention (*Mann*, at paras. 33-34; *Grant*, at para. 55). Accordingly, the detention was unlawful and hence arbitrary, resulting in a breach of Mr. Le’s s. 9 *Charter* rights (see *Grant*, at paras. 55 and 57).

[280] That said, the arbitrary detention was momentary, lasting mere seconds before the police developed reasonable grounds to suspect Mr. Le was armed, thereby transforming the arbitrary detention into a lawful one (see *Mann*, at para. 45; *Grant*, at para. 55). The fleeting duration of the detention is a factor, among others, to be considered in the s. 24(2) analysis, to which I now turn.

E. *Section 24(2) — Admissibility of the Evidence*

[281] Section 24(2) of the *Charter* provides that “[w]here . . . a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this *Charter*, the evidence shall be excluded if it is established that,

maximisent l’importance des facteurs qui appuient leur opinion et minimisent l’importance de ceux qui ne l’appuient pas. Par exemple, alors que, pour mes collègues, le fait pour les policiers d’avoir commis une intrusion est un facteur presque déterminant concernant le moment de la mise en détention, le témoignage de M. Le dans lequel ce dernier affirmait qu’il ne s’estimait pas détenu au moment de l’entrée des policiers ne joue qu’un rôle « très limité » dans leur analyse (par. 117). À mon sens, cette approche ne témoigne pas d’une évaluation réaliste de *tous* les facteurs pertinents.

[278] Maintenant que j’ai déterminé quand a débuté la détention, je me pencherai sur la question de savoir si celle-ci était arbitraire.

b) *Le caractère arbitraire de la détention*

[279] Je suis d’accord avec mes collègues pour qualifier d’arbitraire la détention en l’espèce. Lorsque les policiers ont mis M. Le en détention, ils n’avaient toujours pas de motifs raisonnables de soupçonner que ce dernier était armé, ce qui constitue pourtant une condition essentielle à la légalité d’une détention aux fins d’enquête (*Mann*, par. 33-34; *Grant*, par. 55). Par conséquent, la détention était illégale, et donc arbitraire, portant ainsi atteinte aux droits garantis à M. Le par l’art. 9 de la *Charte* (voir *Grant*, par. 55 et 57).

[280] Cela dit, la détention arbitraire n’a duré qu’un moment, soit quelques secondes à peine avant que les policiers ne possèdent des motifs raisonnables de croire que M. Le était armé, faisant ainsi de la détention arbitraire une détention légale (voir *Mann*, par. 45; *Grant*, par. 55). La courte durée de la détention est un facteur parmi d’autres à considérer dans le cadre de l’analyse fondée sur le par. 24(2), que j’examinerai maintenant.

E. *Le paragraphe 24(2) : l’admissibilité de la preuve*

[281] Le paragraphe 24(2) de la *Charte* édicte que « [l]orsque [. . .] le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés

having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.”

[282] The trial judge held that the police did not trespass when they entered the backyard and there was no breach of Mr. Le’s *Charter* rights. I have reached a different conclusion: the police did trespass, and Mr. Le’s s. 9 rights were breached. For purposes of the s. 24(2) analysis, I will also assume that Mr. Le’s s. 8 rights were breached.

[283] It is clear that the evidence was “obtained in a manner” that violated Mr. Le’s *Charter* rights. Considering the entire chain of events, it cannot be doubted that the seizure of the evidence was sufficiently connected to the *Charter* violations (see *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, at p. 649, per Le Dain J., dissenting; *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980, at pp. 1005-6; *R. v. Wittwer*, 2008 SCC 33, [2008] 2 S.C.R. 235, at para. 21).

[284] Since my conclusion on the *Charter* breach issues differs from that of the trial judge, I will undertake a fresh s. 24(2) analysis, accepting the trial judge’s underlying factual findings given the absence of any suggestion that they were tainted by a palpable and overriding error (see *Grant*, at paras. 86 and 129).

(1) Seriousness of the *Charter*-Infringing State Conduct

[285] The first *Grant* line of inquiry requires the court to consider whether admission of the evidence would “sen[d] a message to the public that the courts, as institutions responsible for the administration of justice, effectively condone state deviation from the rule of law. . . . The more severe or deliberate the state conduct that led to the *Charter* violation, the greater the need for the courts to dissociate themselves from that conduct” (para. 72). In performing this inquiry, the court must fix the police misconduct on a spectrum ranging from the minor and inadvertent

s’il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice. »

[282] Selon le juge du procès, les policiers n’ont pas commis d’intrusion en entrant dans la cour arrière et il n’y a eu aucune violation des droits garantis à M. Le par la *Charte*. J’arrive à une conclusion différente : les policiers ont commis une intrusion et il y a eu atteinte aux droits de M. Le garantis par l’art. 9 de la *Charte*. Aux fins de l’analyse fondée sur le par. 24(2), je présumerai également qu’il y a eu atteinte à ses droits garantis par l’art. 8.

[283] Il est évident que les éléments de preuve ont été « obtenus dans des conditions » qui violaient les droits garantis par la *Charte* à M. Le. Compte tenu de la suite d’événements, il ne fait pas de doute que la saisie des éléments de preuve était suffisamment liée aux violations de la *Charte* (voir *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, p. 649, le juge Le Dain, dissident; *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980, p. 1005-1006; *R. c. Wittwer*, 2008 CSC 33, [2008] 2 R.C.S. 235, par. 21).

[284] Comme ma conclusion concernant les atteintes aux droits garantis par la *Charte* diffère de celle du juge du procès, j’entreprendrai une nouvelle analyse au regard du par. 24(2) tout en reconnaissant les conclusions de fait sous-jacentes du juge du procès, puisque rien ne donne à penser qu’elles sont entachées d’une erreur manifeste et dominante (voir *Grant*, par. 86 et 129).

(1) La gravité de la conduite attentatoire de l’État

[285] Suivant la première question à analyser selon l’arrêt *Grant*, le tribunal doit se demander si l’admission des éléments de preuve « donn[er]ait à penser que les tribunaux, en tant qu’institutions devant répondre de l’administration de la justice, tolèrent en fait les entorses de l’État au principe de la primauté du droit [. . .]. Plus les gestes ayant entraîné la violation de la *Charte* par l’État sont graves ou délibérés plus il est nécessaire que les tribunaux s’en dissocient » (par. 72). Cet exercice exige du tribunal qu’il situe l’inconduite de l’État sur une échelle de gravité,

to the wilful or reckless (para. 74). At the end of the day, “[p]olice conduct can run the gamut from blameless conduct, through negligent conduct, to conduct demonstrating a blatant disregard for *Charter* rights. . . . What is important is the proper placement of the police conduct along that fault line, not the legal label attached to the conduct” (*R. v. Harrison*, 2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494, at para. 23, quoting *R. v. Kitaitchik* (2002), 161 O.A.C. 169, at para. 41).

[286] As an appellate court, this Court cannot simply “substitut[e] its own view of the police conduct for that of the trial judge” or “re-characteriz[e] . . . the evidence” (*R. v. Côté*, 2011 SCC 46, [2011] 3 S.C.R. 215, at para. 51). Having carefully reviewed the evidence — including evidence from the three police officers, the five young men, and one of the security guards — the trial judge concluded that there was not a scrap of evidence suggesting that the officers were engaged in racial profiling (para. 117). Nor were the police abusing their powers in any other manner: there was no flagrant or wilful misconduct, deliberate flouting of the law, wilful disregard for or ignorance of the young men’s *Charter* rights, attempt to abuse Mr. Le’s status as an invited guest to skirt his *Charter* rights, or baseless “fishing expedition”. Had some or all of these factors been present, the police conduct would have taken on a decidedly sinister character, thereby presenting a strong case for exclusion of the evidence. But none was present.

[287] Rather, on the trial judge’s findings, it is clear that any breach of Mr. Le’s *Charter* rights was “technical” and “inadvertent”, and there was no finding of bad faith on the part of the police. The officers entered the backyard to speak to the young men for “appropriate investigative purposes” and greeted the young men “cordially” in doing so. Upon entry, they asked the young men “what was going on, who they were, and whether any of them lived there in the

allant des violations mineures et commises par inadvertance jusqu’aux violations délibérées (par. 74). Ultimement, la « conduite de la police peut couvrir tout le spectre des comportements, de la conduite irréprochable à la conduite démontrant un mépris flagrant des droits garantis par la *Charte* en passant par la conduite négligente. [. . .] Ce qui importe, c’est de positionner correctement la conduite de la police sur ce spectre plutôt que de s’arrêter à sa qualification juridique » (*R. c. Harrison*, 2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494, par. 23, citant *R. c. Kitaitchik* (2002), 161 O.A.C. 169, par. 41).

[286] En tant que juridiction d’appel, la Cour ne peut pas simplement « substituer sa propre appréciation de la conduite des policiers à celle du juge du procès » ou « qualifier de nouveau la preuve » (*R. c. Côté*, 2011 CSC 46, [2011] 3 R.C.S. 215, par. 51). Au terme d’un examen attentif de la preuve — notamment les témoignages des trois policiers, des cinq jeunes hommes et de l’un des gardiens de sécurité —, le juge du procès est arrivé à la conclusion qu’il n’existait pas la moindre preuve donnant à penser que les policiers s’étaient livrés à du profilage racial (par. 117). Il a conclu que les policiers n’avaient par ailleurs d’aucune façon commis un abus de pouvoir : aucune inconduite manifeste ou délibérée, aucune infraction délibérée à la loi, ni ignorance ou mépris délibérés des droits garantis par la *Charte* aux jeunes hommes, aucune tentative visant à abuser du statut d’invité de M. Le dans le but de faire fi des droits que lui garantit la *Charte*, ni « expédition de pêche » sans fondement. Si les policiers avaient adopté la totalité ou quelques-uns de ces comportements, leur conduite aurait été résolument sinistre, ce qui aurait fortement milité en faveur de l’exclusion de la preuve. Mais ils n’en ont adopté aucun.

[287] Au contraire, d’après les conclusions du juge du procès, il est évident que toute atteinte aux droits garantis à M. Le par la *Charte* aurait été [TRADUCTION] « d’ordre technique » et « commise par inadvertance », et le juge n’a pas conclu à la mauvaise foi des policiers. Les policiers sont entrés dans la cour arrière dans le but de parler aux jeunes hommes à des « fins d’enquête [. . .] appropriées » et, ce faisant, ont salué les jeunes hommes « cordialement ». À leur

townhouse unit” (para. 17), thereby demonstrating their sincere desire to ascertain who, if anyone, was the owner/occupier of the property and to carry out their investigatory objectives. Having asked whether any of the young men lived there, they heard no positive response, and at no point did they hear the young men express any objection to the police entry or presence in the backyard. None of these factual findings dissipates as a result of the trial judge’s erroneous conclusion that the police entry was lawful.

[288] In this regard, although the police trespassed, they did not do so wilfully or deliberately. Rather, the trespass was inadvertent and committed in the course of performing legitimate investigatory duties. As such, the officers’ mistake here was far from egregious. Nor would I view this case as one in which the police clearly ought to have known they were trespassing. To the contrary, their mistake was understandable. After all, a practised trial judge with years of experience in criminal law matters considered the police entry to be lawful. In my view, it would be both unfair and unreasonable to hold the police to a higher standard of legal acumen than we hold experienced trial judges. It can scarcely be contended, as a matter of principle or policy, that placing such a burden on the police is necessary to ensure the long-term integrity of the justice system and the public’s confidence in it.

[289] With these points in mind, I am of the view that any s. 8 breach occasioned by the police entry was inadvertent. Similarly, the s. 9 breach was far from egregious: the detention occurred in the course of efforts by the police to perform their valid investigatory duties. Therefore, my colleagues’ contention that this case involved “serious police misconduct” (para. 150) — indeed “precisely the sort of police conduct that the *Charter* was intended to abolish” (para. 160) — is overstated. To the contrary, the police conduct sits on the less serious end of the

entrée, les policiers ont demandé aux jeunes hommes « ce qui se passait, qui ils étaient et si l’un d’entre eux demeurait dans la maison en rangée » (par. 17), manifestant ainsi leur intention sincère de vérifier qui, le cas échéant, était le propriétaire/l’occupant de la propriété et de réaliser leurs objectifs d’enquête. Après avoir demandé si l’un des jeunes hommes habitait la maison, les policiers n’ont perçu aucune réponse affirmative et à aucun moment n’ont-ils entendu les jeunes hommes s’opposer à leur entrée ou à leur présence dans la cour arrière. Toutes ces conclusions de fait demeurent valides même si le juge du procès a conclu à tort que l’entrée des policiers était légale.

[288] À ce sujet, même si les policiers ont commis une intrusion, ils ne l’ont pas fait de façon délibérée. Ils ont plutôt commis cette intrusion par inadvertance dans le cadre de leurs fonctions d’enquête légitimes. L’erreur des policiers en l’espèce était donc loin d’être extrême. Et je ne crois pas non plus qu’il s’agisse d’une situation où les policiers étaient de toute évidence censés savoir qu’ils commettaient une intrusion. Au contraire, leur erreur était compréhensible. Après tout, de l’avis du juge du procès, un juge ayant des années d’expériences dans le domaine du droit criminel, l’entrée des policiers était légale. À mon avis, il serait à la fois injuste et déraisonnable d’exiger des policiers qu’ils aient une perspicacité juridique supérieure à celle qui est attendue des juges de première instance expérimentés. Il est plutôt difficile de prétendre, pour des raisons de principe ou de politique, qu’imposer un tel fardeau aux policiers est nécessaire au maintien de l’intégrité à long terme du système de justice et de la confiance de la population à son égard.

[289] Compte tenu de ces éléments, j’estime que toute atteinte au droit garanti par l’art. 8 occasionnée par l’entrée des policiers s’est produite par inadvertance. De même, l’atteinte aux droits garantis par l’art. 9 était loin d’être extrême : la mise en détention a eu lieu alors que les policiers s’acquittaient de leurs fonctions d’enquête valides. Par conséquent, la prétention de mes collègues selon laquelle la présente affaire impliquait une « grave inconduite de la part de la police » (par. 150) — à savoir « précisément le type de conduite policière que la *Charte*

spectrum described in *Grant*. Admission of the evidence would not, in my view, “send the message the justice system condones serious state misconduct” (*Grant*, at para. 71).

(2) Impact of the Breaches on the Charter-Protected Interests of the Applicant

[290] The second *Grant* line of inquiry focuses on the impact of the *Charter* breach or breaches on the *Charter*-protected interests of the applicant (see para. 76). Just as the first *Grant* line of inquiry contemplates a spectrum, so too does the second. The impact of a *Charter* breach may range from “fleeting and technical” to “profoundly intrusive” (*ibid.*). Obviously, the more serious the impact, the greater the risk that admission of the evidence may signal to the public that *Charter* rights are of little avail, thereby bringing the administration of justice into disrepute (see *ibid.*). In addition, the discoverability of the evidence is a relevant consideration in assessing the impact on the individual’s *Charter*-protected interests (see *ibid.*, at paras. 122 and 137; *Cole*, at para. 93).

[291] Assuming there was a s. 8 breach, for reasons already explained, any such breach was minimal in terms of its impact on Mr. Le’s privacy, dignity, and bodily integrity.

[292] Turning to the s. 9 breach, there is no doubt that the interests protected by s. 9 are vitally important, as my colleagues convincingly demonstrate. However, because the arbitrary detention was fleeting in duration (lasting only a few seconds before it became a lawful detention), did not result in any physical detention, and did not involve any aggressive or demeaning conduct on the part of the police, the impact on Mr. Le’s liberty, dignity, bodily integrity, and autonomy was reduced in terms of its significance.

visait à abolir » (par. 160) — est une exagération. Au contraire, la conduite de la police se situe à l’extrémité la moins grave de l’éventail décrit dans l’arrêt *Grant*. À mon sens, admettre les éléments de preuve en l’espèce ne donnerait pas « à penser que le système de justice tolère l’inconduite grave de la part de l’État » (*Grant*, par. 71).

(2) L’incidence des atteintes sur les droits du demandeur garantis par la Charte

[290] La deuxième question à analyser suivant l’arrêt *Grant* porte essentiellement sur l’incidence de la ou des violations sur les droits garantis au demandeur par la *Charte* (voir par. 76). À l’instar de la première question consacrée par cet arrêt, la seconde prévoit elle aussi un éventail. L’effet d’une violation de la *Charte* peut être « passager ou d’ordre simplement formel » comme il peut être « profondément attentatoire » ou quelque part entre les deux (*ibid.*). Évidemment, plus l’incidence est marquée, plus l’admission des éléments de preuve est susceptible de donner à penser que les droits garantis par la *Charte* ne revêtent pas d’utilité réelle, ce qui déconsidérerait l’administration de la justice (voir *ibid.*). De plus, la possibilité de découvrir la preuve est une considération pertinente lorsque vient le temps d’évaluer l’incidence de la violation sur les droits garantis à une personne par la *Charte* (voir *ibid.*, par. 122 et 137; *Cole*, par. 93).

[291] Si l’on présume qu’il y eu contravention à l’art. 8, pour les raisons déjà expliquées, cette contravention était minime pour ce qui est de son incidence sur la vie privée, la dignité humaine et l’intégrité corporelle de M. Le.

[292] S’agissant de la contravention à l’art. 9, il ne fait aucun doute que les droits garantis par cet article sont essentiels, et mes collègues l’illustrent de façon convaincante. Toutefois, le fait pour la détention arbitraire d’avoir été de courte durée (elle n’a duré que quelques secondes avant de devenir légale) et de n’avoir ni donné lieu à une détention physique ni impliqué de conduite agressive ou avilissante de la part des policiers a diminué son incidence sur la liberté, la dignité humaine, l’intégrité corporelle et l’autonomie de M. Le.

[293] On the other hand, turning to the discoverability of the evidence, had the police not arbitrarily detained Mr. Le and proceeded to engage him directly, he would have had no reason to act nervously or “blade” his body, the police would not have developed a reasonable suspicion that he was armed, and his flight would never have been prompted by the question, “[w]hat’s in the bag?” Hence, the s. 9 breach had a cascading effect: it set in motion a series of events that led to the discovery of the evidence. This is a consideration that must be weighed in the balance.

[294] That said, I do not accept that a strict “but for” approach should be taken to the admissibility of evidence under s. 24(2). While I agree that the fact that evidence would not have been discovered “but for” a *Charter* breach may play a role in assessing the impact on the applicant’s *Charter*-protected interests, that factor alone cannot be allowed to overwhelm the analysis and require near-automatic exclusion of the evidence — particularly where, as here, the *Charter* breach was inadvertent and did not otherwise have any significant effect on the accused’s *Charter*-protected interests. In my view, *Grant* requires a more nuanced, contextual approach, one that involves a realistic appraisal of the situation in light of all the circumstances (see paras. 64-65).

[295] Turning to the specific context of this case, in assessing the impact on Mr. Le’s *Charter*-protected interests, it should be borne in mind that the police *did* develop reasonable grounds to suspect Mr. Le was armed before asking him “[w]hat’s in the bag?” As already mentioned, this turned what was previously an arbitrary detention into a lawful one, as the police are permitted to perform brief investigative detentions based on a “reasonable suspicion” (see *Mann*, at para. 45; *Grant*, at para. 55). Accordingly, the impact on Mr. Le’s *Charter*-protected interests should be considered in light of the fact that no evidence was obtained during the momentary arbitrary detention; rather, it was discovered only after the police had the grounds needed to perform an

[293] En revanche, en ce qui concerne la possibilité de découvrir la preuve, si la police n’avait pas détenu arbitrairement M. Le et ne l’avait pas interpellé directement, ce dernier n’aurait eu aucune raison d’agir nerveusement ou d’adopter [TRADUCTION] « une position de dissimulation », la police n’aurait pas développé des soupçons raisonnables qu’il était armé et la question « qu’est-ce qu’il y a dans le sac? » n’aurait jamais provoqué sa fuite. La contravention à l’art. 9 a donc eu un effet en cascade : elle a engendré une série d’événements ayant mené à la découverte de la preuve. Il s’agit d’une considération qui doit peser dans la balance.

[294] Cela étant, je ne peux admettre qu’il faille adopter une approche stricte du « facteur déterminant » (« *but for approach* ») concernant l’admissibilité de la preuve au titre du par. 24(2). Même si je reconnais que le fait que les éléments de preuve en cause n’auraient pas été découverts s’il n’y avait pas eu contravention à la *Charte* puisse servir à évaluer l’incidence sur les droits garantis au demandeur par la *Charte*, on ne saurait permettre à ce seul critère de prendre toute la place dans l’analyse et de commander l’exclusion quasi automatique des éléments de preuve, surtout dans les cas où, comme en l’espèce, l’atteinte a été commise par inadvertance et n’a pas eu d’effet important sur les droits que la *Charte* garantit à l’accusé. Selon moi, l’arrêt *Grant* commande une approche contextuelle plus nuancée qui comporte une évaluation réaliste de la situation eu égard à l’ensemble des circonstances (voir par. 64-65).

[295] Maintenant, pour ce qui est du contexte précis de l’espèce, pour évaluer l’incidence de la contravention sur les droits de M. Le garantis par la *Charte*, il ne faut pas oublier que les policiers ont *effectivement* développé des soupçons raisonnables que M. Le était armé avant de lui demander : « Qu’est-ce qu’il y a dans le sac? ». Comme je l’ai déjà indiqué, c’est ce qui a fait de la détention arbitraire une détention légale, puisque les policiers peuvent effectuer de courtes détentions aux fins d’enquête s’ils ont des « soupçons raisonnables » (voir *Mann*, par. 45; *Grant*, par. 55). Par conséquent, l’évaluation de l’incidence de la situation sur les droits garantis par la *Charte* à M. Le doit tenir compte du fait que la police n’a obtenu aucune preuve durant la détention arbitraire

investigative detention, and only after Mr. Le decided to run from the police.

[296] In sum, considering the impact on Mr. Le’s *Charter*-protected interests in light of all the circumstances, I am of the view that the impact was not so great as to clearly overwhelm competing considerations.

(3) Society’s Interest in the Adjudication of the Case on Its Merits

[297] As stated in *Grant*, “[s]ociety generally expects that a criminal allegation will be adjudicated on its merits” (para. 79). Society has a “collective interest in ensuring that those who transgress the law are brought to trial and dealt with according to the law” (*R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199, at pp. 1219-20). Accordingly, the third *Grant* line of inquiry “asks whether the truth-seeking function of the criminal trial process would be better served by admission of the evidence, or by its exclusion” (para. 79). In performing this inquiry, the court must consider not only the impact on the repute of the administration of justice of *admitting* the evidence, but also the impact of *excluding* the evidence (see *ibid.*). The reliability of the evidence, its importance to the Crown’s case, and the seriousness of the offences are all factors to be considered (see *ibid.*, at paras. 81-85).

[298] Here, society’s interest in the adjudication of the case on its merits is exceedingly high. The evidence consists of 13 grams of crack cocaine, cash, and a handgun — more precisely, a fully loaded, semi-automatic Ruger pistol with no safety and a bullet sitting in the chamber. The fact that a fully loaded, semi-automatic handgun is implicated is no minor consideration, particularly given the trial judge’s finding that the neighbourhood in question has been “plagued by a high incidence of violent crimes associated with guns and drugs”. As the Ontario Court of Appeal recently observed, “[t]he pervasiveness of

momentanée; les éléments de preuve découverts l’ont été seulement après que la police eut développé les motifs requis pour effectuer une détention aux fins d’enquête et que M. Le eut pris la fuite.

[296] En résumé, après avoir examiné l’incidence de la situation sur les droits garantis à M. Le par la *Charte* en tenant compte de l’ensemble des circonstances, je suis d’avis que cette incidence n’était pas importante au point de l’emporter clairement sur les autres considérations.

(3) L’intérêt de la société à ce que l’affaire soit jugée au fond

[297] Comme l’énonce l’arrêt *Grant*, « [l]a société s’attend généralement à ce que les accusations criminelles soient jugées au fond » (par. 79). La société a un « intérêt à s’assurer que ceux qui transgressent la loi soient traduits en justice et traités selon la loi » (*R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199, p. 1219). Par conséquent, la troisième question à analyser suivant l’arrêt *Grant* consiste à « déterminer si la fonction de recherche de la vérité que remplit le procès criminel est mieux servie par l’utilisation ou par l’exclusion d’éléments de preuve » (par. 79). Pour effectuer cette analyse, le tribunal doit tenir compte non seulement des répercussions que l’*admission* des éléments de preuve aurait sur la considération dont jouit l’administration de la justice, mais également de celles qu’aurait leur *exclusion* (voir *ibid.*). La fiabilité des éléments de preuve, leur importance pour la cause du ministère public et la gravité des infractions en cause constituent toutes des facteurs à prendre en compte (voir *ibid.*, par. 81-85).

[298] En l’espèce, l’intérêt de la société à ce que l’affaire soit jugée au fond est extrêmement important. La preuve est composée de 13 grammes de crack, d’argent comptant et d’une arme à feu, plus précisément un pistolet semi-automatique Ruger chargé et armé, sans cran de sûreté. Que les circonstances de la présente affaire comprennent une arme à feu semi-automatique chargée n’est pas une considération mineure, surtout si l’on tient compte de la conclusion du juge du procès selon laquelle le quartier en cause est [TRADUCTION] « en proie à un taux élevé de crimes violents associés aux armes à feu et

gun violence in Toronto has become ever-present and ever-concerning. The public has an obvious interest in curtailing that form of crime” (*Reid*, at para. 67).

[299] The serious danger to the public posed by guns is made strikingly evident in this case. After fleeing the backyard, Mr. Le attempted, during a violent struggle on the ground with one of the police officers, to reach inside his bag where the loaded gun was secreted (see trial judge’s reasons, at paras. 36-44). He was unsuccessful in retrieving the weapon only because Cst. O’Toole, who yelled “Gun!” after spotting an extended magazine in the butt of the gun almost sticking out of the bag, managed to bring Mr. Le under his control while delivering periodic forearm strikes to him on the ground. Had Mr. Le succeeded in retrieving the loaded gun, the consequences may well have been fatal.

[300] As a majority of this Court observed in *Grant*, the term “administration of justice” under s. 24(2) “embraces maintaining the rule of law and upholding *Charter* rights in the justice system as a whole” (para. 67). In my view, it is essential to both the rule of law and the attainment of the rights enshrined in the *Charter* — including the right to life, liberty, and security of the person guaranteed by s. 7 — that Canadians feel safe and secure in their communities. The harsh reality, however, is that many Canadians in communities like the one in question live under the constant threat of gun violence and the evils of drug trafficking — a lethal combination to be sure. Members of these communities look to the police to protect them from the lurking presence of guns, drugs, and the harm they bring. In my view, this reality, and the perspective of those Canadians who live in communities marred by gun violence and drugs, must not be lost in the s. 24(2) analysis.

aux drogues ». Comme la Cour d’appel de l’Ontario l’a récemment fait remarquer, [TRADUCTION] « [I]a violence liée aux armes à feu à Toronto est devenue un phénomène omniprésent et inquiétant. La société a manifestement intérêt à ce qu’on limite les crimes de cette nature » (*Reid*, par. 67).

[299] L’affaire qui nous occupe expose clairement le grave risque que les armes à feu représentent pour le public. Après s’être enfui de la cour arrière, M. Le, au cours d’une bagarre violente avec l’un des policiers, a tenté de fouiller dans son sac, où était dissimulée l’arme à feu chargée (voir motifs du juge du procès, par. 36-44). La seule raison pour laquelle il n’a pas réussi à récupérer son arme, c’est que l’agent O’Toole, qui a crié [TRADUCTION] « Fusil! » après avoir remarqué un long magasin dans la crosse de l’arme à feu qui dépassait presque du sac, a réussi à contrôler M. Le en lui donnant plusieurs coups avec son avant-bras pour le mettre au sol. Si M. Le avait été en mesure de récupérer son fusil chargé, les conséquences auraient pu être funestes.

[300] Comme les juges majoritaires de la Cour l’ont fait remarquer dans l’arrêt *Grant*, l’expression « administration de la justice », aux termes du par. 24(2), « englobe de façon plus générale le maintien des droits garantis par la *Charte* et du principe de la primauté du droit dans l’ensemble du système de justice » (par. 67). À mon avis, il est essentiel, tant pour la primauté du droit que la réalisation des droits consacrés par la *Charte* — y compris le droit de chacun à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne garanti par l’art. 7 — que les Canadiens se sentent en sécurité dans leur collectivité. Cependant, la dure réalité est que bon nombre de Canadiens vivant dans des collectivités comme celle en cause sont constamment menacés par la violence liée aux armes à feu et par le fléau du trafic de drogue, une combinaison assurément fatale. Les membres de ces collectivités se tournent vers les policiers pour être protégés de la menace des armes à feu et des drogues, ainsi que des torts qu’elles peuvent causer. À mon sens, dans une analyse fondée sur le par. 24(2), il ne faut pas oublier cette réalité ni le point de vue des Canadiens qui vivent dans les collectivités aux prises avec de la violence liée aux armes et des drogues.

[301] Society at large has a strong interest in a trial on the merits: Canadians rightly expect that persons who commit serious offences and imperil our safety and security will be brought to justice. But while the broader community has a strong interest in an adjudication on the merits, the immediate community's interest is even stronger. As the Alberta Court of Appeal stated in *R. v. Chan*, 2013 ABCA 385, 561 A.R. 347: "... we consider society's interest in the adjudication of the merits to be greater where the offence is one that so literally involves the safety of the community" (para. 49). The effect of a decision to exclude evidence of serious criminal misconduct may be to return a dangerous individual to the streets, without any legal sanctions or conditions, thereby putting at risk the safety and security of community members. A decision by the trial judge in this case to exclude the evidence would have done precisely that. And while Mr. Le has since been released after serving his sentence, my colleagues' decision to exclude the evidence will have the effect of exonerating him and removing the lifelong firearms ban imposed by the sentencing judge (see 2014 ONSC 4288, at para. 48 (CanLII)). It goes without saying that this does nothing to hold Mr. Le accountable for his actions or respond to the scourge of violence and drugs that currently afflicts the neighbourhood in question. In my view, this is simply unacceptable.

[302] Finally, as my colleagues acknowledge, the evidence in this case is real, reliable, and essential evidence of very serious criminal offences. Exclusion of the evidence would gut the Crown's case.

[303] For these reasons, the third *Grant* line of inquiry pulls strongly in favour of admission.

[301] La société dans son ensemble a grandement intérêt à ce que l'affaire soit jugée au fond : les Canadiens s'attendent à bon droit à ce que les individus qui commettent des infractions graves et mettent notre sécurité collective en péril subissent un procès. Et même si la collectivité au sens large a un grand intérêt à ce que l'affaire soit jugée au fond, l'intérêt de la collectivité directement touchée est encore plus important. Comme l'a affirmé la Cour d'appel de l'Alberta dans *R. c. Chan*, 2013 ABCA 385, 561 A.R. 347 : [TRADUCTION] « ... nous estimons que l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond est encore plus grand lorsqu'il s'agit d'une infraction qui touche à ce point directement la sécurité d'une collectivité » (par. 49). Décider d'exclure la preuve concernant des actes criminels graves peut avoir comme conséquence de relâcher un individu dangereux dans les rues, libre de toute sanction pénale et condition, mettant ainsi en péril la sécurité des membres de la collectivité. C'est précisément la conséquence qu'aurait eue la décision du juge du procès s'il avait écarté les éléments de preuve. Et même si M. Le a depuis été libéré au terme de sa peine, la décision de mes collègues d'écartier les éléments de preuve aura pour conséquence de l'exonérer et de le libérer de l'interdiction à vie de posséder une arme à feu qu'a imposée le juge chargé de la détermination de la peine (voir 2014 ONSC 4288, par. 48 (CanLII)). Il va sans dire qu'une telle décision ne tient M. Le aucunement responsable de ses actes et ne règle en rien le fléau de violence et de drogues qui frappe actuellement le quartier en cause. À mon avis, cela est tout simplement inacceptable.

[302] Enfin, comme mes collègues le reconnaissent, il est question en l'espèce d'éléments de preuve matérielle et fiable qui sont essentiels à la preuve d'infractions criminelles très graves. Écartier les éléments de preuve reviendrait à anéantir la cause du ministère public.

[303] Pour les motifs qui précèdent, la troisième question à analyser suivant l'arrêt *Grant* milite fortement en faveur de l'admission des éléments de preuve.

(4) Balancing

[304] “The words of s. 24(2) capture its purpose: to maintain the good repute of the administration of justice” (*Grant*, at para. 67). The phrase “bring the administration of justice into disrepute” is to be understood “in the long-term sense of maintaining the integrity of, and public confidence in, the justice system” (*ibid.*, at para. 68). Section 24(2)’s focus is “societal” (*ibid.*, at para. 70); it is aimed not at “punishing the police or providing compensation to the accused”, but rather at “systemic concerns” (*ibid.*).

[305] In this case, considering all the circumstances, it is in my view clear what must be done to maintain the good repute of the administration of justice: the evidence must be admitted. Given that the seriousness of the *Charter*-infringing conduct falls on the low end of the spectrum and society’s interest in an adjudication on the merits is exceedingly high, the impact on the accused’s *Charter*-protected interests is in my view insufficient to tip the scale in favour of exclusion.

[306] It is equally clear that *exclusion* of the evidence would swiftly and irreparably bring the administration of justice into disrepute. In my view, reasonable and well-informed members of the public would regard a decision in this case to exclude the evidence and exonerate an admitted drug dealer who was prepared to reach for a loaded weapon during a violent struggle with the police as not merely alarming, but intolerable. Our society — which is what s. 24(2), this Court, and the justice system as a whole are each meant to serve — deserves better.

VI. Conclusion

[307] My colleagues and I agree that when the police obtain incriminating evidence by running roughshod over the *Charter* rights of racialized persons, admission of the evidence cannot be condoned — not by the *Charter*, not by the courts, and not by Canadian society. The point on which we differ is

(4) Mise en balance

[304] « Le libellé du par. 24(2) en exprime bien l’objet : préserver la considération dont jouit l’administration de la justice » (*Grant*, par. 67). L’expression « déconsidérer l’administration de la justice » doit être prise « dans l’optique du maintien à long terme de l’intégrité du système de justice et de la confiance à son égard » (*ibid.*, par. 68). L’objet du par. 24(2) est d’ordre « sociétal » (*ibid.*, par. 70); il ne cherche pas à « sanctionner la conduite des policiers ou à dédommager l’accusé, il a plutôt une portée systémique » (*ibid.*).

[305] Dans l’affaire qui nous occupe, compte tenu de l’ensemble des circonstances, la mesure qui s’impose pour préserver la considération dont jouit l’administration de la justice est, à mon sens, claire : les éléments de preuve doivent être admis. Comme la conduite attentatoire se trouve à l’extrémité la plus faible de l’éventail en ce qui concerne sa gravité, et comme l’intérêt de la société à ce que l’affaire soit jugée au fond est extrêmement élevé, l’incidence de la conduite sur les droits garantis à l’accusé par la *Charte* ne suffit pas, à mon avis, à faire pencher la balance en faveur de l’exclusion.

[306] Il est tout aussi évident que le fait d’écarter les éléments de preuve aurait pour effet de déconsidérer rapidement et irrémédiablement l’administration de la justice. Selon moi, les membres raisonnables et bien informés du public, confrontés à une décision en l’espèce ayant pour effet d’écarter les éléments de preuve et d’exonérer un trafiquant de drogue avoué qui était prêt à saisir une arme chargée pendant un combat violent avec les policiers, qualifieraient cette décision non seulement d’alarmante, mais d’intolérable. Notre société — que le par. 24(2), la Cour et notre système de justice en général doivent servir — mérite mieux.

VI. Conclusion

[307] Mes collègues et moi convenons que lorsque les policiers obtiennent de la preuve incriminante en faisant fi des droits garantis par la *Charte* à des personnes racialisées, l’admission de la preuve en question ne saurait être tolérée, ni par la *Charte*, ni par les tribunaux, ni par la société canadienne. Là où

whether the facts of this case place it within that category.

[308] The trial judge found that this was not a case of egregious police misconduct; rather, it was a case of three police officers performing legitimate investigatory duties. Those findings have not been shown to have been tainted by any palpable and overriding error. Indeed, Mr. Le has not argued that any palpable and overriding error exists. Therefore, it is not open to an appellate court to recast the record and decide a different case.

[309] Respectfully, my colleagues' approach raises a number of concerns. Doctrinally, it ignores the longstanding principle that a trial judge's findings of fact and credibility cannot be upset absent palpable and overriding error. Analytically, it allows police trespass, committed inadvertently in the context of a legitimate investigation, to dominate the s. 24(2) analysis. Practically, it guts the prosecution of serious criminal offences and exonerates a dangerous drug dealer, thereby releasing him from conditions aimed at protecting members of the public. Finally, it does nothing to recognize that the three police officers in this case, in the course of carrying out a legitimate investigation, put their lives on the line for the good of the community. The chambered bullet in Mr. Le's semi-automatic handgun could have ended the life of an innocent bystander or one of the police officers as they struggled to wrest control of the bag containing the weapon from Mr. Le. For both the police and law-abiding members of the public, the result reached by my colleagues can only be described as demoralizing and discouraging.

[310] The *Charter*, and s. 24(2) in particular, seeks to balance the rights and interests of the state and the individual through the lens of what is best for Canadian society as a whole. At the end of the day, I respectfully cannot agree with my colleagues that excluding the evidence would serve our society. To the contrary, in my view, it would bring our justice system into disrepute.

nous divergeons d'opinion, c'est quant à savoir si les faits de l'espèce s'inscrivent dans cette catégorie.

[308] Selon le juge du procès, la présente affaire ne révélait pas une conduite extrême de la part des policiers; il s'agissait plutôt d'une affaire où trois policiers s'acquittaient de fonctions d'enquête légitimes. Il n'a pas été prouvé que ces conclusions sont entachées d'une erreur manifeste et dominante. En effet, M. Le n'a pas fait valoir qu'une telle erreur existe. Par conséquent, il n'est pas loisible à une cour d'appel de réinterpréter le dossier et de conclure différemment.

[309] Soit dit en tout respect, l'approche que prennent mes collègues est source de préoccupations. Sur le plan théorique, elle ignore le principe bien établi que les conclusions tirées par le juge du procès concernant les faits et la crédibilité ne doivent pas être modifiées, sauf en cas d'erreur manifeste et dominante. Sur le plan analytique, elle permet à une intrusion par les policiers, commise par inadvertance dans le cadre d'une enquête légitime, de dominer l'analyse fondée sur le par. 24(2). Sur le plan pratique, elle prive la poursuite d'infractions criminelles graves et exonère un trafiquant de drogue dangereux, le libérant par le fait même des conditions imposées dans le but de protéger les membres du public. Enfin, leur approche ne reconnaît aucunement que les trois policiers en l'espèce, alors qu'ils menaient une enquête légitime, ont risqué leur vie pour le bien de la collectivité. L'arme à feu semi-automatique armée de M. Le aurait pu mettre fin aux jours d'un simple témoin ou de l'un des policiers alors qu'ils cherchaient à prendre le contrôle du sac contenant l'arme de M. Le. Tant pour les policiers que pour les membres du public respectueux des lois, le résultat auquel arrivent mes collègues ne peut être qualifié que de démoralisant et de décourageant.

[310] La *Charte*, et le par. 24(2) en particulier, cherche à atteindre l'équilibre entre les droits et les intérêts de l'État et ceux des personnes en fonction de ce qui est préférable pour la société canadienne dans son ensemble. En définitive, je ne peux convenir avec mes collègues que l'exclusion des éléments de preuve favoriserait notre société. À mon avis, bien au contraire, elle déconsidérerait l'administration de la justice.

[311] Accordingly, I would dismiss the appeal.

Appeal allowed, WAGNER C.J. and MOLDAVER J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Kastner Law, Toronto; Addario Law Group, Toronto.

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

Solicitor for the intervener the Director of Public Prosecutions: Public Prosecution Service of Canada, Winnipeg.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Dawe & Dineen, Toronto; Sherif Foda, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Muslim Lawyers Association: Mirza Kwok, Mississauga.

Solicitors for the interveners Canada Without Poverty, the Canadian Mental Health Association, Manitoba and Winnipeg, Aboriginal Council of Winnipeg, Inc., and End Homelessness Winnipeg Inc.: Public Interest Law Centre, Winnipeg; Fillmore Riley, Winnipeg.

Solicitors for the interveners the Federation of Asian Canadian Lawyers and the Chinese and Southeast Asian Legal Clinic: Stockwoods, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Markson Law Professional Corporation, Toronto; Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto.

Solicitors for the intervener the Scadding Court Community Centre: Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

Solicitor for the intervener Justice for Children and Youth: Justice for Children and Youth, Toronto.

Solicitors for the intervener the Urban Alliance on Race Relations: Falconers, Toronto.

[311] Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli, le juge en chef WAGNER et le juge MOLDAVER sont dissidents.

Procureurs de l'appelant : Kastner Law, Toronto; Addario Law Group, Toronto.

Procureur de l'intimée : Procureure générale de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenante la directrice des poursuites pénales : Service des poursuites pénales du Canada, Winnipeg.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Dawe & Dineen, Toronto; Sherif Foda, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des avocats musulmans : Mirza Kwok, Mississauga.

Procureurs des intervenants Canada sans pauvreté, l'Association canadienne pour la santé mentale, Manitoba et Winnipeg, Aboriginal Council of Winnipeg, Inc., et End Homelessness Winnipeg Inc. : Public Interest Law Centre, Winnipeg; Fillmore Riley, Winnipeg.

Procureurs des intervenantes Federation of Asian Canadian Lawyers et Chinese and Southeast Asian Legal Clinic : Stockwoods, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Markson Law Professional Corporation, Toronto; Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto.

Procureurs de l'intervenant Scadding Court Community Centre : Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

Procureur de l'intervenante Justice for Children and Youth : Justice for Children and Youth, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Alliance urbaine sur les relations interraciales : Falconers, 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