

**Donnohue Grant** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Director of Public Prosecutions of Canada,  
Attorney General of British Columbia,  
Canadian Civil Liberties Association  
and Criminal Lawyers' Association  
(Ontario)** *Interveners***INDEXED AS: R. v. GRANT****Neutral citation: 2009 SCC 32.**

File No.: 31892.

2008: April 24; 2009: July 17.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps,  
Fish, Abella and Charron JJ.**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO**

*Constitutional law — Charter of Rights — Arbitrary detention — Right to counsel — Encounter between accused and police going from general neighbourhood policing to situation where police effectively took control over accused and attempted to elicit incriminating information — Whether police conduct would cause a reasonable person in accused's position to conclude that he or she was not free to go and had to comply with police demand — Whether accused arbitrarily detained — Whether accused's right to counsel infringed — Meaning of "detention" in ss. 9 and 10 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Enforcement — Exclusion of evidence — Firearm discovered as result of accused's statements taken in breach of his right against arbitrary detention and right to counsel — Firearm admitted into evidence at trial and accused convicted of five firearms offences — Whether admission of firearm bringing administration of justice into*

**Donnohue Grant** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Directeur des poursuites pénales du  
Canada, procureur général de la Colombie-  
Britannique, Association canadienne  
des libertés civiles et Criminal Lawyers'  
Association (Ontario)** *Intervenants***RÉPERTORIÉ : R. c. GRANT****Référence neutre : 2009 CSC 32.**

N° du greffe : 31892.

2008 : 24 avril; 2009 : 17 juillet.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie,  
LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Charron.**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO**

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Détention arbitraire — Droit à l'assistance d'un avocat — Contact entre l'accusé et les policiers relevant de services de police communautaire devenu un interrogatoire visant à obtenir des renseignements incriminants dans une situation où l'accusé était bel et bien contrôlé par les policiers — La conduite policière inciterait-elle une personne raisonnable placée dans la même situation que l'accusé à conclure qu'elle n'est pas libre de partir et qu'elle doit obtempérer à la sommation de la police? — L'accusé a-t-il été détenu arbitrairement? — A-t-il été porté atteinte au droit de l'accusé d'avoir recours à l'assistance d'un avocat? — Sens du mot « détention » pour l'application des art. 9 et 10 de la Charte canadienne des droits et libertés.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Exclusion d'éléments de preuve — Arme à feu découverte par suite de déclarations de l'accusé obtenues en violation de ses droits de ne pas être détenu arbitrairement et d'avoir recours à l'assistance d'un avocat — Arme à feu utilisée en preuve au procès et accusé déclaré coupable de cinq infractions relatives*

*disrepute — Revised framework for determining whether evidence obtained in breach of constitutional rights must be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).*

*Criminal law — Firearms — Possession of firearm for purposes of weapons trafficking — Whether simple movement of firearm from one place to another without changing hands amounts to weapons trafficking — Meaning of “transfer” of weapon for purposes of ss. 84, 99 and 100 of Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46.*

Three police officers were on patrol for the purposes of monitoring an area near schools with a history of student assaults, robberies, and drug offences. W and F were dressed in plainclothes and driving an unmarked car. G was in uniform and driving a marked police car. The accused, a young black man, was walking down a sidewalk when he came to the attention of W and F. As the two officers drove past, the accused stared at them, while at the same time fidgeting with his coat and pants in a way that aroused their suspicions. W and F suggested to G that he have a chat with the approaching accused to determine if there was any need for concern. G initiated an exchange with the accused, while standing on the sidewalk directly in his intended path. He asked him what was going on, and requested his name and address. At one point, the accused, behaving nervously, adjusted his jacket, which prompted the officer to ask him to keep his hands in front of him. After a brief period observing the exchange from their car, W and F approached the pair on the sidewalk, identified themselves to the accused as police officers by flashing their badges, and took up positions behind G, obstructing the way forward. G then asked the accused whether he had anything he should not have, to which he answered that he had “a small bag of weed” and a firearm. At this point, the officers arrested and searched the accused, seizing the marijuana and a loaded revolver. They advised him of his right to counsel and took him to the police station.

At trial, the accused alleged violations of his rights under ss. 8, 9 and 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The trial judge found no *Charter* breach and admitted the firearm. The accused was convicted of five firearms offences. The Court of Appeal upheld the convictions for different reasons. It concluded that a detention had crystallized during

*aux armes à feu — L'utilisation de l'arme à feu est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Cadre d'analyse révisé pour déterminer si les éléments de preuve obtenus en violation de droits constitutionnels doivent être exclus — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).*

*Droit criminel — Armes à feu — Possession d'une arme à feu en vue d'en faire le trafic — Le simple déplacement d'une arme à feu d'un endroit à un autre sans qu'elle change de mains équivaut-il à du trafic d'armes? — Sens du mot « cession » d'une arme à feu pour l'application des art. 84, 99 et 100 du Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46.*

Trois policiers patrouillaient pour surveiller un secteur où se trouvent des écoles et où, par le passé, des agressions, des infractions relatives aux drogues et des vols avaient été commis à l'endroit d'élèves. W et F étaient vêtus en civil et se trouvaient à bord d'une voiture banalisée. G était en uniforme et conduisait une voiture de police. L'accusé, un jeune homme de race noire, marchait sur un trottoir quand il a attiré l'attention de W et de F. Au moment où les deux policiers le dépassaient en voiture, l'accusé les a dévisagés tout en tripotant son blouson et son pantalon, de telle sorte qu'il a éveillé leurs soupçons. W et F ont suggéré à G d'avoir une conversation avec l'accusé qui approchait de lui pour déterminer s'il y avait lieu de s'inquiéter. G a commencé à parler avec l'accusé tout en se tenant directement en travers de son chemin sur le trottoir. Le policier lui a demandé ce qui se passait, ainsi que son nom et son adresse. Puis, l'accusé a nerveusement rajusté son blouson, ce qui a amené le policier à lui demander de garder ses mains devant lui. Après avoir observé l'échange depuis leur voiture pendant une courte période, W et F se sont approchés des deux hommes qui se trouvaient sur le trottoir, se sont identifiés en montrant à l'accusé leur insigne de police et se sont placés derrière G, bloquant ainsi le chemin. G a ensuite demandé à l'accusé s'il avait quelque chose sur lui qu'il ne devrait pas avoir, ce à quoi l'accusé a répondu, « un petit sac de pot » et une arme à feu. À ce moment-là, les policiers ont arrêté et fouillé l'accusé, puis ils ont saisi la marijuana et un revolver chargé. Ils l'ont alors informé de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et l'ont emmené au poste de police.

Au procès, l'accusé a soutenu que les droits qui lui sont garantis par les art. 8 et 9 ainsi que par l'al. 10(b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* avaient été violés. Le juge du procès a conclu qu'il n'y avait pas eu violation de la *Charte* et a admis l'arme à feu en preuve. L'accusé a été déclaré coupable de cinq infractions relatives aux armes à feu. La Cour d'appel

the conversation with G, before the accused made his incriminating statements, and that the detention was arbitrary and in breach of s. 9 of the *Charter*. However, it held that the gun should be admitted into evidence under s. 24(2) of the *Charter*. The court agreed with the trial judge that the accused's act of moving the gun from one place to another fell within the definition of "transfer" in the *Criminal Code*, and that this justified the conviction for possession of a firearm for the purposes of weapons trafficking.

*Held:* The appeal should be allowed on the trafficking charge and an acquittal entered. The appeal should be dismissed on all other counts.

*Per* McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella and Charron JJ.: Existing jurisprudence on the issues of detention and exclusion of evidence is difficult to apply and may lead to unsatisfactory results. It is the duty of the Court, without undermining the principles that animate the jurisprudence to date, to take a fresh look at the frameworks that have been developed for the resolution of these two issues. [3]

Detention under ss. 9 and 10 of the *Charter* refers to a suspension of the individual's liberty interest by a significant physical or psychological restraint. Psychological detention is established either where the individual has a legal obligation to comply with a restrictive request or demand, or a reasonable person would conclude by reason of the state conduct that he or she had no choice but to comply. In cases where there is no physical restraint or legal obligation, it may not be clear whether a person has been detained. To determine whether the reasonable person in the individual's circumstances would conclude that he or she had been deprived by the state of the liberty of choice, the court may consider, *inter alia*, the following factors: (a) the circumstances giving rise to the encounter as they would reasonably be perceived by the individual; (b) the nature of the police conduct; and (c) the particular characteristics or circumstances of the individual where relevant. To answer the question whether there is a detention involves a realistic appraisal of the entire interaction as it developed, not a minute parsing of words and movements. In those situations where the police may be uncertain whether their conduct is having a coercive effect on the individual, it is open to them to inform the subject in unambiguous terms that he or she is under no obligation to answer questions and is free to go. It is for the trial judge, applying the proper legal

a maintenu les déclarations de culpabilité pour divers motifs. Elle a conclu que la détention s'était cristallisée pendant la conversation avec G, avant que l'accusé ne fasse les déclarations incriminantes, et que la détention était arbitraire et avait porté atteinte au droit garanti par l'art. 9 de la *Charte*. Cependant, elle a conclu, après avoir procédé à l'analyse requise par le par. 24(2) de la *Charte*, que le revolver devait être admis en preuve. La cour était d'accord avec le juge du procès pour dire que le transport du revolver d'un endroit à un autre par l'accusé entraînait dans la définition de « cession » énoncée au *Code criminel* et que cela justifiait la déclaration de culpabilité pour possession d'une arme à feu en vue d'en faire le trafic.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli quant au chef de trafic et un acquittement est inscrit à cet égard. Le pourvoi est rejeté quant à tous les autres chefs.

*La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Fish, Abella et Charron :* La jurisprudence relative à la détention et à l'exclusion d'éléments de preuve pose des difficultés d'application et peut entraîner des résultats insatisfaisants. Sans remettre en cause les principes ayant fondé les décisions rendues jusqu'à présent, la Cour doit jeter un regard neuf sur le cadre d'analyse élaboré pour trancher ces deux questions. [3]

La détention visée aux art. 9 et 10 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. Il y a détention psychologique quand l'individu est légalement tenu d'obtempérer à une demande contraignante ou à une sommation, ou quand une personne raisonnable conclurait, compte tenu de la conduite de l'État, qu'elle n'a d'autre choix que d'obtempérer. En l'absence de contrainte physique ou d'obligation légale, il peut être difficile de savoir si une personne a été mise en détention ou non. Pour déterminer si une personne raisonnable placée dans la même situation conclurait qu'elle a été privée par l'État de sa liberté de choix, le tribunal peut tenir compte, notamment, des facteurs suivants : a) les circonstances à l'origine du contact avec les policiers telles que la personne en cause a dû raisonnablement les percevoir; b) la nature de la conduite des policiers; et c) les caractéristiques ou la situation particulières de la personne, selon leur pertinence. Pour répondre à la question de savoir s'il y a détention, il faut procéder à une évaluation réaliste de la totalité du contact tel qu'il s'est déroulé, et non à une analyse détaillée de chacun des mots prononcés et des gestes posés. Dans les cas où les policiers ne savent pas avec certitude si leur conduite a un effet coercitif, ils peuvent dire clairement à la personne visée qu'elle n'est pas tenue de répondre aux questions et qu'elle est

principles to the particular facts of the case, to determine whether the line has been crossed between police conduct that respects liberty and the individual's right to choose, and conduct that does not. Deference is owed to the trial judge's findings of fact, although application of the law to the facts is a question of law. [32] [43-44]

In this case, the accused was detained within the meaning of ss. 9 and 10 of the *Charter* before being asked the questions that led him to disclose his possession of the firearm. The encounter began with G approaching the accused and making general inquiries. Such preliminary questioning is a legitimate exercise of police powers. G then told the accused to keep his hands in front of him. While this act, in isolation, might be insufficient to indicate detention, consideration of the entire context of what transpired from that point forward leads to the conclusion that the accused was detained. Two other officers approached, flashed their badges and took tactical adversarial positions behind G, who began to engage in questioning driven by, and indicative of, focussed suspicion of the accused. The sustained and restrictive tenor of the conduct after the direction to the accused 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. At this point, the accused's liberty was clearly constrained and he was in need of the *Charter* protections associated with detention. 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 accused and were attempting to elicit incriminating information. Although G's questioning was respectful, the encounter was inherently intimidating. The power imbalance was obviously exacerbated by the accused's youth and inexperience. Because the test is an objective one, the fact that the accused did not testify as to his perceptions of the interaction is not fatal to his argument that there was a detention. The evidence supports his contention that a reasonable person in his position would conclude that his or her right to choose how to act had been removed by the police, given their conduct. [45] [47-52]

The evidence of the firearm was obtained in a manner that breached the accused's rights under ss. 9 and 10(b) of the *Charter*. An unlawful detention is necessarily arbitrary, in violation of s. 9. The officers acknowledged at trial that they did not have legal grounds or a

libre de partir. C'est au juge du procès qu'il appartient de décider — en appliquant les principes de droit pertinents aux faits particuliers de l'espèce — si la police a franchi la limite entre une conduite qui respecte la liberté et le droit de choisir du sujet et une conduite qui porte atteinte à ces droits. S'il est vrai qu'il faut faire preuve de déférence à l'égard des conclusions de fait du juge du procès, l'application du droit aux faits constitue une question de droit. [32] [43-44]

En l'espèce, l'accusé était en détention au sens où il faut l'entendre pour l'application des art. 9 et 10 de la *Charte* lorsqu'on lui a posé les questions qui l'ont amené à révéler l'existence de l'arme à feu. Le contact a débuté lorsque G a abordé l'accusé et lui a posé des questions d'ordre général. Une interpellation préliminaire de ce genre s'inscrit dans l'exercice légitime des pouvoirs policiers. G a ensuite dit à l'accusé de garder ses mains devant lui. Certes, pris isolément, on pourrait considérer que ce geste est insuffisant pour constituer une détention. Toutefois, son examen dans le contexte de tout ce qui en a découlé porte à conclure que l'accusé a été mis en détention. Deux autres policiers se sont approchés, ont montré leur insigne et ont tactiquement pris une position antagonique derrière G, qui a commencé à poser des questions procédant et témoignant de soupçons dont l'accusé était la cible. La durée et le caractère contraignant des gestes qui ont suivi l'ordre donné à l'accusé permettent de conclure raisonnablement que les policiers plaçaient l'accusé sous leur autorité et le privaient du choix de la façon de réagir. À ce stade, la liberté de l'accusé était manifestement restreinte et il avait besoin des mesures de protection garanties par la *Charte* en cas de détention. Le contact relevant de services de police communautaire est devenu un interrogatoire visant à obtenir des renseignements incriminants dans une situation où l'accusé était bel et bien contrôlé par les policiers. Même si G s'est montré respectueux en posant ses questions, l'interpellation était intrinsèquement intimidante. La jeunesse et l'inexpérience de l'accusé ont sans aucun doute accentué l'inégalité du rapport de force. Comme le test est de nature objective, le fait que l'accusé n'ait pas témoigné quant à sa perception de ce qui se passait ne porte pas un coup fatal à sa prétention qu'il était détenu. La preuve étaye son affirmation qu'une personne raisonnable placée dans sa situation aurait conclu que les policiers, par leur conduite, l'avaient privée de la liberté de choisir comment agir. [45] [47-52]

Le revolver a été obtenu dans des conditions qui portent atteinte aux droits garantis à l'accusé par l'art. 9 et par l'al. 10b) de la *Charte*. Une détention illégale est nécessairement arbitraire et interdite par l'art. 9. Les policiers ont reconnu au procès qu'ils n'avaient pas de

reasonable suspicion to detain the accused prior to his incriminating statements. Therefore, the detention was arbitrary. The police also failed to advise the accused of his right to speak to a lawyer before the questioning that led to the discovery of the firearm. The right to counsel arises immediately upon detention, whether or not the detention is solely for investigative purposes. [11] [55] [57-58]

The criteria relevant to determining when, in “all the circumstances”, admission of evidence obtained by a *Charter* breach “would bring the administration of justice into disrepute” must be clarified. The purpose of s. 24(2), as indicated by its wording, is to maintain the good repute of the administration of justice. Viewed broadly, the term “administration of justice” embraces maintaining the rule of law and upholding *Charter* rights in the justice system as a whole. The phrase “bring the administration of justice into disrepute” must be understood in the long-term sense of maintaining the integrity of, and public confidence in, the justice system. While exclusion of evidence resulting in an acquittal may provoke immediate criticism, s. 24(2) does not focus on immediate reaction to the individual case. Rather, it looks to whether the overall repute of the justice system, viewed in the long term, will be adversely affected by admission of the evidence. The inquiry is objective. It asks whether a reasonable person, informed of all relevant circumstances and the values underlying the *Charter*, would conclude that the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. Section 24(2)’s focus is not only long-term, but prospective. The fact of the *Charter* breach means damage has already been done to the administration of justice. Section 24(2) starts from that proposition and seeks to ensure that evidence obtained through that breach does not do further damage to the repute of the justice system. Section 24(2)’s focus is also societal. Section 24(2) is not aimed at punishing the police or providing compensation to the accused, but rather at systemic concerns. [66-70]

When faced with an application for exclusion under s. 24(2), a court must assess and balance the effect of admitting the evidence on society’s confidence in the justice system having regard to: (1) the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct, (2) the impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the

motif juridique ou de soupçon raisonnable les autorisant à détenir l’accusé avant que celui-ci fasse les déclarations incriminantes. La détention était donc arbitraire. En outre, les policiers ont omis d’informer l’accusé de son droit d’avoir recours à l’assistance d’un avocat avant l’interrogatoire qui a mené à la découverte de l’arme à feu. Le droit d’avoir recours à l’assistance d’un avocat prend naissance dès la mise en détention, que celle-ci serve exclusivement ou non à des fins d’enquête. [11] [55] [57-58]

Il faut clarifier les facteurs pertinents pour déterminer quand, « eu égard aux circonstances », l’utilisation d’éléments de preuve obtenus par suite d’une violation de la *Charte* serait « susceptible de déconsidérer l’administration de la justice ». Le paragraphe 24(2), comme l’indique son libellé, vise à préserver la considération dont jouit l’administration de la justice. Considérée de façon générale, l’expression « administration de la justice » englobe le maintien du principe de la primauté du droit et des droits garantis par la *Charte* dans l’ensemble du système de justice. 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. Certes, l’exclusion d’éléments de preuve qui aboutit à un acquittement peut provoquer des critiques sur le coup. Il n’en demeure pas moins que les réactions immédiates, dans des cas particuliers, ne sont pas visées par l’objet du par. 24(2). Cette disposition concerne plutôt l’appréciation de l’effet à long terme de l’utilisation d’éléments de preuve sur la considération globale dont jouit le système de justice et suppose un examen de nature objective, qui vise à déterminer si une personne raisonnable, au fait de l’ensemble des circonstances pertinentes et des valeurs sous-jacentes de la *Charte*, conclurait que l’utilisation d’éléments de preuve donnés serait susceptible de déconsidérer l’administration de la justice. L’objet du par. 24(2) n’est pas seulement à long terme, il est également prospectif. L’existence d’une violation de la *Charte* signifie que l’administration de la justice a déjà été mise à mal. Le paragraphe 24(2) part de là et vise à faire en sorte que les éléments de preuve obtenus au moyen de cette violation ne déconsidèrent pas davantage le système de justice. Le paragraphe 24(2) a aussi un objet sociétal. Il ne vise pas à sanctionner la conduite des policiers ou à dédommager l’accusé, il a plutôt une portée systémique. [66-70]

Le tribunal saisi d’une demande d’exclusion fondée sur le par. 24(2) doit évaluer et mettre en balance l’effet de l’utilisation des éléments de preuve sur la confiance de la société envers le système de justice en tenant compte de : (1) la gravité de la conduite attentatoire de l’État, (2) l’incidence de la violation sur les droits de l’accusé

accused, and (3) society's interest in the adjudication of the case on its merits. At the first stage, the court considers the nature of the police conduct that infringed the *Charter* and led to the discovery of the evidence. 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, by excluding evidence linked to that conduct, in order to preserve public confidence in and ensure state adherence to the rule of law. The second stage of the inquiry calls for an evaluation of the extent to which the breach actually undermined the interests protected by the infringed right. The more serious the incursion on these interests, the greater the risk that admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. At the third stage, a court asks whether the truth-seeking function of the criminal trial process would be better served by admission of the evidence or by its exclusion. Factors such as the reliability of the evidence and its importance to the Crown's case should be considered at this stage. The weighing process and the balancing of these concerns is a matter for the trial judge in each case. Where the trial judge has considered the proper factors, appellate courts should accord considerable deference to his or her ultimate determination. [71-72] [76-77] [79] [86] [127]

Here, the gun was discovered as a result of the accused's statements taken in breach of the *Charter*. When the three-stage inquiry is applied to the facts of this case, a balancing of the factors favours the admission of the derivative evidence. The *Charter*-infringing police conduct was neither deliberate nor egregious and there was no suggestion that the accused was the target of racial profiling or other discriminatory police practices. The officers went too far in detaining the accused and asking him questions, but the point at which an encounter becomes a detention is not always clear and the officers' mistake in this case was an understandable one. Although the impact of the *Charter* breach on the accused's protected interests was significant, it was not at the most serious end of the scale. Finally, the gun was highly reliable evidence and was essential to a determination on the merits. The balancing mandated by s. 24(2) is qualitative in nature and therefore not capable of mathematical precision. However, when all these concerns are weighed, the courts below did not err in concluding that the admission of the gun into evidence would not, on balance, bring the administration of justice into disrepute. The significant impact of the breach on the accused's *Charter*-protected rights weighs strongly in favour of excluding the gun, while the public interest in the adjudication of the case on

garantis par la *Charte* et (3) l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond. Lorsqu'il se penche sur le cadre du premier volet, le tribunal examine la nature de la conduite de la police qui a porté atteinte aux droits protégés par la *Charte* et mené à la découverte des éléments de preuve. 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 en excluant les éléments de preuve ainsi acquis, afin de préserver la confiance du public envers le principe de la primauté du droit et de faire en sorte que l'État s'y conforme. Le deuxième volet de l'examen impose d'évaluer la portée réelle de l'atteinte aux intérêts protégés par le droit en cause. Le risque que l'utilisation des éléments de preuve déconsidère l'administration de la justice augmente en fonction de la gravité de l'empiètement sur ces intérêts. Dans le cadre du troisième volet, la cour se demande 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. À ce stade, le tribunal prend en compte les facteurs telles la fiabilité des éléments de preuve et leur importance pour la preuve du ministère public. Il appartient chaque fois au juge du procès de soupeser et de mettre en balance ces questions. Lorsque le juge du procès a examiné les bons facteurs, les cours d'appel devraient faire preuve d'une retenue considérable à l'égard de la décision rendue. [71-72] [76-77] [79] [86] [127]

En l'espèce, l'arme a été découverte par suite de déclarations de l'accusé obtenues en violation de la *Charte*. Dans le cadre de l'application aux faits de l'espèce de l'examen en trois volets, la mise en balance des facteurs milite en faveur de l'utilisation des éléments de preuve dérivée. La conduite policière contraire à la *Charte* n'était ni délibérée, ni des plus extrêmes. En outre, rien n'indique que l'accusé ait été victime de profilage racial ou d'autres pratiques policières discriminatoires. Les policiers sont allés trop loin en détenant l'accusé et en lui posant des questions, mais le moment auquel un contact se mue en détention n'est pas toujours clair et l'erreur commise par les policiers en l'espèce était compréhensible. L'incidence des violations de la *Charte* sur les droits garantis à l'accusé était grave, sans être des plus extrêmes. Finalement, le revolver est un élément de preuve très fiable et essentiel à l'instruction sur le fond. La mise en balance requise par le par. 24(2) est de nature qualitative, la précision mathématique est donc impossible. Toutefois, après avoir examiné tous ces facteurs, les tribunaux d'instance inférieure n'ont pas commis d'erreur en concluant que, tout bien considéré, l'utilisation en preuve du revolver n'était pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. L'incidence grave de la violation sur les droits de l'accusé garantis par la *Charte* milite fortement en faveur

its merits weighs strongly in favour of its admission. However, the police officers were operating in circumstances of considerable legal uncertainty, and this tips the balance in favour of admission. [132-133] [139-140]

The accused's conviction for possession of a firearm for the purposes of weapons trafficking under s. 100(1) of the *Criminal Code* should be quashed on the ground that he did not "transfer" the firearm within the meaning of that section. A contextual reading of s. 100 and the related provisions reveals that Parliament intended to reserve the stiffest penalties for transfers that amount to weapons trafficking, not for the mere movement of a firearm from place to place. Since the trial judge did not find that the accused was in possession of the gun for the purpose of transferring it to another person, the s. 100(1) conviction cannot stand. [141] [143]

*Per Binnie J.*: The majority's approach to the definition of "detention" in ss. 9 and 10 of the *Charter* lays too much emphasis on the claimant's perception of psychological pressure, albeit as filtered through the eyes of the hypothetical reasonable person in the claimant's situation. The objective facts of such encounters as well as the perception of the police in initiating the encounter, and whatever information the police possess at the time or acquire as the encounter proceeds, all of which may or may not be known to the person stopped, should be factored into a more comprehensive analysis of when a "detention" occurs for *Charter* purposes. [150] [180]

The Court's embrace of a wholly claimant-centred approach may lead to the impression that it is more important to enquire whether the hypothetical reasonable person "in the individual's circumstances" would think himself or herself to be detained than whether he or she is detained. The perspective of the person stopped is important and it is true that there can be no detention unless the liberty of the person stopped is (or is reasonably perceived by that person to be) significantly constrained, but this does not exhaust the relevant considerations. [151]

It is important to be able to determine at what moment an interaction between the police and a member of the public is converted into a detention of that individual, thereby triggering the rights subsidiary to detention including the right to involve his or her lawyer. Re-examining the concept of "psychological detention"

de l'exclusion du revolver, tandis que l'intérêt du public à ce que l'affaire soit jugée au fond milite fortement en faveur de son utilisation. Or, les policiers travaillaient dans un contexte d'incertitude juridique considérable, ce qui fait pencher la balance pour l'utilisation en preuve. [132-133] [139-140]

La déclaration de culpabilité prononcée contre l'accusé pour possession d'une arme à feu en vue d'en faire le trafic, infraction décrite au par. 100(1) du *Code criminel*, doit être annulée parce qu'il n'a pas « cédé » l'arme au sens où il faut l'entendre pour l'application de cette disposition. L'interprétation contextuelle de l'art. 100 et des dispositions connexes révèle que le législateur voulait réserver les peines les plus lourdes aux cessions équivalant à du trafic d'armes et non au simple déplacement d'une arme à feu d'un endroit à un autre. Puisque le juge du procès n'a pas conclu que l'accusé était en possession du revolver en vue de le céder à une autre personne, la déclaration de culpabilité fondée sur le par. 100(1) ne peut être maintenue. [141] [143]

*Le juge Binnie* : L'approche adoptée par les juges majoritaires pour définir le mot « détention » pour l'application des art. 9 et 10 de la *Charte* accorde trop d'importance à la perception d'une pression psychologique par le plaignant, quoique filtrée par les yeux d'une personne raisonnable hypothétique placée dans la même situation. Les éléments factuels objectifs de ces contacts de même que la perception des policiers au moment où ils abordent la personne interceptée et toutes les informations dont disposent alors les policiers ou dont ils prennent connaissance au cours du contact — que la personne interceptée en ait connaissance ou non — devraient être inclus dans une analyse plus complète du moment auquel survient la « détention » pour l'application de la *Charte*. [150] [180]

L'adhésion de la Cour à une approche exclusivement centrée sur le plaignant pourrait donner l'impression qu'il est plus important de se demander si la personne raisonnable hypothétique « placée dans la même situation » que le plaignant penserait qu'elle est détenue plutôt que de se demander si elle est détenue. Le point de vue de la personne interceptée est important et il est vrai qu'il ne peut y avoir détention sans que la liberté de la personne interceptée soit considérablement entravée (ou qu'elle perçoive raisonnablement qu'il en est ainsi), mais ce n'est pas la seule considération. [151]

Il est important de pouvoir déterminer à quel moment une interaction entre un policier et un membre du public devient une détention donnant ouverture aux droits garantis en cas de détention, dont celui de faire intervenir son avocat. Réexaminer le concept de la « détention psychologique » de façon à ce que le contact soit



with a view to broadening the perspectives from which the encounter is viewed is one way to ease the “obvious tension” between the requirement to inform detained persons of their right to counsel and the proper and effective use of brief investigative detentions. The police know, but the claimant may not know, the point at which he or she graduates from being a person of interest to a person around whom suspicion is starting to focus, and becomes a person whose legal rights are seriously in issue. [153] [160] [165] [177]

There are a number of problems with the Court’s continuing endorsement of the *Therens* approach for the purpose of determining when a simple interaction crystallizes into a detention. Insistence that the claimant’s circumstances be viewed from the more detached perspective of a “reasonable person” in some cases exaggerates the ability of ordinary people to stand up to police assertion of authority, and may compel the conclusion that the claimant had the choice to walk away whereas in reality no such choice existed. On the other hand, if the concept of the reasonable person is intended to describe average cooperative members of the public, the Canadian reality is that such people will almost always regard a direction from a police officer as a demand that must be complied with. Viewed in this way, police instructions or demands readily constrain a claimant’s choice to leave and, therefore, even the less intrusive encounters between the police and citizens ought frequently to be declared detentions under the claimant-centred approach adopted by the majority. [166] [170]

A further problem in calibrating the “reasonable person” is to define exactly what information this fictional person possesses and what experience he or she brings to the assessment of the encounter. This is of particular relevance to visible minorities who 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 and subsequently argued by the police to be sufficient grounds of suspicion to justify a *Mann* detention. The police perspective on such encounters, whether or not conveyed to the person stopped, is relevant. In the absence of explicit criteria various judges will tend to read into the “reasonable person” their own projections of the moment at which, in their view, the person stopped ought to be able to call a lawyer. This may encourage a results-oriented analysis. [169] [172-174]

envisagé dans des perspectives plus vastes est une autre façon d’atténuer la « tension manifeste » entre l’obligation d’informer les personnes détenues de leur droit à l’assistance d’un avocat et l’utilisation appropriée et efficace de brèves détentions aux fins d’enquête. Les policiers savent — alors que le plaignant peut l’ignorer — à quel moment une personne d’intérêt accède au rang de suspect dont les droits sont sérieusement compromis. [153] [160] [165] [177]

L’adhésion constante de la Cour à l’approche préconisée par *Therens* pour déterminer à quel moment une simple interaction se cristallise en détention pose de nombreux problèmes. L’insistance pour que la situation du plaignant soit envisagée dans la perspective plus détachée de la « personne raisonnable » exagère dans certains cas la capacité d’une personne ordinaire de résister à l’affirmation par les policiers de leur autorité et peut mener impérativement à la conclusion que le plaignant avait le choix de partir, alors qu’il ne l’avait pas. Par ailleurs, si le concept de la personne raisonnable est censé décrire le citoyen moyen disposé à coopérer avec les policiers, dans le contexte canadien, ce citoyen considérera presque toujours une directive des policiers comme une sommation à laquelle il doit obéir. Vues sous cet angle, les directives ou les sommations de la police restreignent facilement le choix du plaignant de quitter les lieux. Par conséquent, même les contacts les moins importuns entre les policiers et les citoyens devraient fréquemment être qualifiés de détentions suivant la méthode centrée sur le plaignant adoptée par les juges majoritaires. [166] [170]

Une autre difficulté liée à la modulation de l’approche de la « personne raisonnable » tient à déterminer exactement quels sont les renseignements que détient cette personne fictive et ce en quoi consiste son vécu à partir duquel elle évaluera le contact. Cela est particulièrement pertinent dans le cas du membre d’une minorité visible qui, 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 que toute affirmation de son droit de quitter les lieux risque d’être considérée en soi comme une esquivé et invoquée plus tard par les policiers comme un motif suffisant d’entretenir des soupçons justifiant sa détention selon l’arrêt *Mann*. Le point de vue des policiers quant à ces contacts, qu’il ait ou non été révélé à la personne interceptée, est pertinent. En l’absence de critères explicites, différents juges auront tendance à attribuer à la « personne raisonnable » leur propre impression du moment auquel, à leur avis, la personne interceptée devrait pouvoir appeler un avocat. Cette approche pourrait inciter les juges à procéder à une analyse axée sur le résultat. [169] [172-174]



The *Therens* approach does not take into account adequately what the police know and when they knew it except insofar as this information is conveyed to the person stopped, but the police may not consider it to be in their interest to convey the information. Apparent general inquiries by the police may be designed, unknown to the person stopped, to elicit the missing piece by way of self-incrimination. Possession of such knowledge may in fact place the police in an adversarial relationship with the person approached whether that person is aware of the jeopardy or not. It is the adversarial relationship together with the “stop” that generates the need for counsel. On the other hand, a more benign police purpose may deprive even an unambiguous police command of the legal effect of a detention, and thereby enure to the benefit of the prosecution. [167] [178-179]

A finding of detention requires a police command or direction as well as compliance by the person claiming a s. 9 detention in the reasonable belief that there was no other choice. However, police words and conduct should be interpreted in light of the purpose of the encounter from the police perspective, whether disclosed to the person from whom cooperation was requested or not. Moreover, when considering the perception of the person stopped, serious weight should be given to the values and experience of the person actually stopped, including the experience of visible minorities. [176-177]

On the facts of this case, the conclusion of the majority that the accused was arbitrarily detained is agreed with. The purpose of the police officers was to investigate crime, whether actual or anticipated. The police had no information whatsoever that the accused may have been implicated in criminal activity or even whether a crime had been committed. The police order to the accused to “keep his hands in front of him” crystallized the detention. However, the finding of a detention is properly the product not only of the accused’s perception (filtered through the hypothetical reasonable person) but also of the objective facts of why the encounter was initiated (crime detection) and the perception of the police, who at the outset lacked any information on which to base such aggressive tactics. The majority’s analysis under s. 24(2) and the consequent disposition of the appeal are also agreed with. [181-184]

L’approche adoptée dans *Therens* ne prend pas adéquatement en compte de ce que les policiers savent, et à quel moment ils l’ont appris, — sauf dans la mesure où ces informations sont révélées à la personne interceptée —, mais ils pourraient estimer préférable de ne pas révéler ces informations. Des questions posées par la police, générales en apparence, peuvent viser, à l’insu de la personne interceptée, à trouver la pièce manquante en amenant cette dernière à s’incriminer. Leur connaissance de ce contexte factuel peut les placer en fait dans un rapport antagoniste avec la personne interceptée, que celle-ci sache ou non qu’elle se trouve dans une situation périlleuse. C’est ce rapport antagoniste associé à l’« interception » qui crée le besoin d’avoir recours à l’assistance d’un avocat. Par contre, si le but poursuivi par un policier est plus inoffensif, un ordre, même non équivoque, donné par ce policier pourrait ne pas avoir l’effet d’une détention sur le plan juridique, et ainsi favoriser la poursuite. [167] [178-179]

Pour établir qu’il y a eu détention, il faut qu’un policier ait donné un commandement ou une directive, que la personne alléguant qu’il y a eu détention pour l’application de l’art. 9 y ait obtempéré et qu’elle ait eu des motifs raisonnables de croire qu’elle n’avait d’autre choix que d’obtempérer. Toutefois, les mots utilisés par le policier et son comportement doivent être interprétés au regard du but visé par le contact du point de vue du policier — que la personne dont il demande la coopération en ait été informée ou non. En outre, lorsqu’on se penche sur la perception de la personne arrêtée, on devrait accorder beaucoup de poids aux valeurs et au vécu de la personne véritablement interceptée, y compris à l’expérience des minorités visibles. [176-177]

Il y a accord quant à la conclusion des juges majoritaires pour dire que, en l’espèce, l’accusé a été détenu de façon arbitraire. Les policiers cherchaient à enquêter sur des crimes commis ou anticipés. Les policiers ne possédaient aucune information indiquant que l’accusé pouvait être impliqué dans une activité criminelle ou même qu’un crime avait été commis. L’ordre donné à l’accusé de garder ses mains devant lui a cristallisé la détention. Toutefois, il faut conclure à juste titre qu’il y avait détention non seulement en raison des perceptions de l’accusé (filtrées par les yeux de la personne raisonnable hypothétique), mais aussi en raison des faits objectifs qui ont motivé l’interpellation (la détection de crimes) et de la perception des policiers qui, au départ, ne disposaient d’aucun renseignement les autorisant à utiliser des tactiques aussi vigoureuses. Il y a aussi accord quant à l’analyse des juges majoritaires relative au par. 24(2) et quant au dispositif du pourvoi qui en découle. [181-184]

*Per Deschamps J.*: The facts of this case, considered as a whole, support the conclusion that the accused was detained. The detention came to a head when the officers asked him certain direct questions that, viewed objectively, might have caused a reasonable person to feel singled out, cornered and, therefore, detained. Owing to the nature of the questions asked by G, the line between prevention and suppression was crossed. G asked the accused if he had committed a crime. Once such a question had been asked of a person who had known he was being watched from the time he had crossed paths with W and F — who had since arrived on the scene — the encounter could no longer be described simply as an interaction between a police officer and a member of the public. The exchange was no longer an impromptu conversation that the accused would think he could walk away from as he pleased. [191]

Regarding the factors to consider in deciding whether to admit or exclude evidence obtained in violation of a *Charter* right, the new test proposed by the majority is inconsistent with the purpose of s. 24(2) of the *Charter*, which is to maintain public confidence in the administration of justice. The statement that s. 24(2) has a long-term societal purpose is of great significance for the identification of the factors to be considered in the analysis. The proposed test, by focussing the analysis on the conduct of the police in the first branch and on the interest of the accused in the second, and by attaching less importance to the seriousness of the offence in the third, does not give sufficient consideration to the long-term societal interest that must guide the judge in reaching a decision. In determining whether the maintenance of confidence in the administration of justice would be better served by admitting the evidence or by excluding it, the judge must instead strike a fair balance between two societal interests: the public interest in protecting *Charter* rights and the public interest in an adjudication on the merits. On the first branch, any facts that help show the effect of the violation on the protected rights must be considered, including the state conduct that gave rise to the violation. The impact of a violation on protected interests will vary with the circumstances, and the judge must therefore consider all the facts that will enable him or her to assess the long-term impact of his or her decision on the repute of the administration of justice, that is, not on the rights of the accused being tried, but rather on those of every individual whose rights might be violated in a similar way. As for the second branch, whether the evidence is reliable and whether it is essential or peripheral are factors that are crucial to the maintenance of public confidence, as is

*La juge Deschamps* : L'ensemble des faits de la présente affaire permet de conclure qu'il y a eu détention de l'accusé. Le point tournant est survenu lorsque les policiers ont posé à l'accusé certaines questions directes qui, considérées objectivement, pouvaient inciter une personne raisonnable à se sentir visée, coincée et, de ce fait, détenue. La nature de l'interrogatoire auquel s'est livré G l'a amené à franchir la limite entre le travail de prévention et le travail de répression. Il a demandé à l'accusé s'il avait commis un crime. À la suite d'une telle question, adressée à une personne qui se savait observée depuis le moment où elle avait croisé W et F — lesquels étaient arrivés sur les lieux depuis — la rencontre ne pouvait plus être qualifiée de simple interaction entre un policier et un membre du public. Il ne s'agissait plus d'une conversation impromptue pouvant laisser croire à l'accusé qu'il pouvait quitter les lieux à sa guise. [191]

En ce qui a trait aux facteurs suggérés pour décider de l'admission ou de l'exclusion d'un élément de preuve obtenu en violation d'un droit protégé par la *Charte*, la nouvelle grille d'analyse proposée par la majorité ne respecte pas l'objectif visé par le par. 24(2) de la *Charte*, qui consiste à préserver la considération du public à l'égard de l'administration de la justice. Le fait d'affirmer que le par. 24(2) vise un objectif sociétal à long terme emporte des conséquences importantes dans la détermination des éléments de l'analyse. En centrant celle-ci sur la conduite des policiers dans le premier volet et sur l'intérêt de l'accusé dans le second, et en accordant une importance moins grande à la gravité de l'infraction dans le troisième, la grille proposée n'est pas suffisamment orientée vers l'intérêt sociétal à long terme qui doit guider le juge dans sa décision. Pour déterminer si le maintien de la considération dont jouit l'administration de la justice sera mieux servi par l'admission de la preuve ou par son exclusion, le juge doit plutôt rechercher un juste équilibre entre deux intérêts de la société, soit l'intérêt du public à la préservation des droits protégés par la *Charte* et de l'intérêt du public à ce que l'affaire soit jugée au fond. Pour ce qui est du premier volet, tous les faits qui donnent des indications sur l'effet de la violation sur les droits protégés doivent être pris en considération, y compris la conduite étatique à l'origine de la violation. L'incidence d'une violation sur les intérêts protégés varie selon les circonstances et le juge doit donc examiner tous les faits qui lui permettent d'évaluer l'incidence à long terme de sa décision sur la considération dont jouit l'administration de la justice, c'est-à-dire non pas sur les droits de l'accusé particulièrement concerné, mais plutôt sur ceux de tous les individus qui pourraient être victimes d'une violation similaire de leurs droits. Pour ce qui est du deuxième volet, la fiabilité de la preuve, son caractère

the seriousness of the offence. [185] [195] [198] [202] [223-226]

In this case, to admit the weapon in evidence would have a positive effect on the repute of the administration of justice. According to the trial judge's findings of fact, the exchange lasted only a few minutes, the officers were polite to the accused, and they were motivated by a desire to take a proactive approach in patrolling an area near schools with serious problems related to youth crime and safety. On the protection of the public, it should be noted that the charge is firearms-related, that it would be impossible to establish guilt without the evidence and that the evidence is eminently reliable. When balanced against each other, the limited impact of the violation on the protected interests and the great importance of the evidence for the purposes of the trial favour admitting the physical evidence. [228-229]

There is agreement with the majority on the charge of possession of a firearm for the purposes of trafficking. [229]

### Cases Cited

By McLachlin C.J. and Charron J.

**Not followed:** *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; **applied:** *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; **referred to:** *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307; *R. v. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88; *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Grafe* (1987), 36 C.C.C. (3d) 267; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350; *R. v. Duguay* (1985), 18 C.C.C. (3d) 289; *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621; *R. v. Ladouceur*, [1990] 1 S.C.R. 1257; *R. v. Suberu*, 2009 SCC 33, [2009] 2 S.C.R. 460; *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190; *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206; *R. v. Orbanski*, 2005 SCC 37, [2005] 2 S.C.R. 3; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297; *R. v. Genest*, [1989] 1 S.C.R. 59; *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3; *R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631; *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417; *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272; *R. v. Kitaitchik* (2002), 166 C.C.C.

essentiel ou périphérique de même que la gravité de l'infraction reprochée sont des considérations primordiales pour assurer le maintien de la confiance du public. [185] [195] [198] [202] [223-226]

En l'espèce, la considération dont jouit l'administration de la justice sera favorisée par l'admission de l'arme en preuve. Selon les faits constatés par le juge de première instance, l'échange n'a duré que quelques minutes; les policiers se sont montrés polis envers l'accusé; ils étaient mus par le désir d'avoir une attitude proactive dans le contexte de la patrouille d'un quartier scolaire où sévissaient de graves problèmes de criminalité et de sécurité chez les jeunes. Pour ce qui concerne la protection du public, il importe de souligner qu'il s'agit d'une accusation en matière d'armes à feu et que la preuve est indispensable à la démonstration de la culpabilité, en plus d'être éminemment fiable. La mise en balance de la faible incidence de la violation sur les intérêts protégés avec la grande importance de la preuve pour la tenue du procès favorise l'admission de la preuve matérielle. [228-229]

Il y a accord avec la majorité concernant l'accusation de possession d'une arme à feu en vue d'en faire le trafic. [229]

### Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin et la juge Charron

**Arrêts non suivis :** *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; **arrêt appliqué :** *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; **arrêts mentionnés :** *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307; *R. c. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88; *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Grafe* (1987), 36 C.C.C. (3d) 267; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *R. c. Duguay* (1985), 18 C.C.C. (3d) 289; *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621; *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257; *R. c. Suberu*, 2009 CSC 33, [2009] 2 R.C.S. 460; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190; *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206; *R. c. Orbanski*, 2005 CSC 37, [2005] 2 R.C.S. 3; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297; *R. c. Genest*, [1989] 1 R.C.S. 59; *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3; *R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631; *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417; *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; *R. c. Wray*,

(3d) 14; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609; *R. v. Harper*, [1994] 3 S.C.R. 343; *R. v. Schedel* (2003), 175 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Richfield* (2003), 178 C.C.C. (3d) 23; *R. v. Dolynchuk* (2004), 184 C.C.C. (3d) 214; *R. v. Banman*, 2008 MBCA 103, 236 C.C.C. (3d) 547; *R. v. S.A.B.*, 2003 SCC 60, [2003] 2 S.C.R. 678; *R. v. Shepherd*, 2007 SKCA 29, 218 C.C.C. (3d) 113, aff'd 2009 SCC 35, [2009] 2 S.C.R. 527; *R. v. Padavattan* (2007), 223 C.C.C. (3d) 221; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679; *R. v. St. Lawrence*, [1949] O.R. 215; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223; *R. v. Harris*, 2007 ONCA 574, 225 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980; *R. v. Goldhart*, [1996] 2 S.C.R. 463; *R. v. Harrison*, 2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494; *McDiarmid Lumber Ltd. v. God's Lake First Nation*, 2006 SCC 58, [2006] 2 S.C.R. 846; *R. v. Davis*, [1999] 3 S.C.R. 759.

By Binnie J.

**Not followed:** *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; **referred to:** *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679; *United States v. Mendenhall*, 446 U.S. 544 (1980); *Florida v. Royer*, 460 U.S. 491 (1983); *California v. Beheler*, 463 U.S. 1121 (1983); *Oregon v. Mathiason*, 429 U.S. 492 (1977); *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964); *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); *Thompson v. Keohane*, 516 U.S. 99 (1995); *Stansbury v. California*, 511 U.S. 318 (1994); *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59; *R. v. Suberu*, 2009 SCC 33, [2009] 2 S.C.R. 460, aff'd 2007 ONCA 60, 85 O.R. (3d) 127; *R. v. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225, leave to appeal refused, [1988] 1 S.C.R. xi; *R. v. Grafe* (1987), 36 C.C.C. (3d) 267; *Practice Note (Judges' Rules)*, [1964] 1 W.L.R. 152.

By Deschamps J.

**Not followed:** *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; **referred to:** *R. v. Orellana*, [1999] O.J. No. 5746 (QL); *R. v. Suberu*, 2009 SCC 33, [2009] 2 S.C.R. 460; *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659; *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297; *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206; *R. v. Strachan* (1986), 25 D.L.R. (4th) 567; *Herring v. United States*, 555 U.S. 1 (2009); *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobias*, [1997] 3 S.C.R. 391; *R. v. Taillefer*, 2003 SCC 70, [2003] 3 S.C.R. 307; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Harrison*, 2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494.

[1971] R.C.S. 272; *R. c. Kitaitchik* (2002), 166 C.C.C. (3d) 14; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609; *R. c. Harper*, [1994] 3 R.C.S. 343; *R. c. Schedel* (2003), 175 C.C.C. (3d) 193; *R. c. Richfield* (2003), 178 C.C.C. (3d) 23; *R. c. Dolynchuk* (2004), 184 C.C.C. (3d) 214; *R. c. Banman*, 2008 MBCA 103, 236 C.C.C. (3d) 547; *R. c. S.A.B.*, 2003 CSC 60, [2003] 2 R.C.S. 678; *R. c. Shepherd*, 2007 SKCA 29, 218 C.C.C. (3d) 113, conf. par 2009 CSC 35, [2009] 2 R.C.S. 527; *R. c. Padavattan* (2007), 223 C.C.C. (3d) 221; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679; *R. c. St. Lawrence*, [1949] O.R. 215; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; *R. c. Harris*, 2007 ONCA 574, 225 C.C.C. (3d) 193; *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980; *R. c. Goldhart*, [1996] 2 R.C.S. 463; *R. c. Harrison*, 2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494; *McDiarmid Lumber Ltd. c. Première Nation de God's Lake*, 2006 CSC 58, [2006] 2 R.C.S. 846; *R. c. Davis*, [1999] 3 R.C.S. 759.

Citée par le juge Binnie

**Arrêt non suivi :** *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; **arrêts mentionnés :** *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679; *United States c. Mendenhall*, 446 U.S. 544 (1980); *Florida c. Royer*, 460 U.S. 491 (1983); *California c. Beheler*, 463 U.S. 1121 (1983); *Oregon c. Mathiason*, 429 U.S. 492 (1977); *Escobedo c. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964); *Miranda c. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); *Thompson c. Keohane*, 516 U.S. 99 (1995); *Stansbury c. California*, 511 U.S. 318 (1994); *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59; *R. c. Suberu*, 2009 CSC 33, [2009] 2 R.C.S. 460, conf. 2007 ONCA 60, 85 O.R. (3d) 127; *R. c. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225, autorisation de pourvoi refusée, [1988] 1 R.C.S. xi; *R. c. Grafe* (1987), 36 C.C.C. (3d) 267; *Practice Note (Judges' Rules)*, [1964] 1 W.L.R. 152.

Citée par la juge Deschamps

**Arrêt non suivi :** *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; **arrêts mentionnés :** *R. c. Orellana*, [1999] O.J. No. 5746 (QL); *R. c. Suberu*, 2009 CSC 33, [2009] 2 R.C.S. 460; *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659; *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297; *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206; *R. c. Strachan* (1986), 25 D.L.R. (4th) 567; *Herring c. United States*, 555 U.S. 1 (2009); *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobias*, [1997] 3 R.C.S. 391; *R. c. Taillefer*, 2003 CSC 70, [2003] 3 R.C.S. 307; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Harrison*, 2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494.

**Statutes and Regulations Cited**

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 8, 9, 10, 11(c), 13, 24.
- Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 84 “transfer”, 86(2), 99, 100.
- Firearms Act*, S.C. 1995, c. 39, s. 21 “transfer”.
- Model Code of Pre-Arraignment Procedure* (ALI 1975), s. 110.1(2).

**Authors Cited**

- Butterfoss, Edwin J. “Bright Line Seizures: The Need for Clarity in Determining When Fourth Amendment Activity Begins” (1988-1989), 79 *J. Crim. L. & Criminology* 437.
- Canada. Law Reform Commission. Working Paper 10. *Evidence — The Exclusion of Illegally Obtained Evidence*. Ottawa: The Commission, 1974.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 2. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2007, release 1).
- LaFave, Wayne R. *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment*, 4th ed., vol. 1. St. Paul, Minn.: Thomson/West, 2004.
- Mahoney, Richard. “Problems with the Current Approach to s. 24(2) of the Charter: An Inevitable Discovery” (1999), 42 *Crim. L.Q.* 443.
- McLellan, A. Anne, and Bruce P. Elman. “The Enforcement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms: An Analysis of Section 24” (1983), 21 *Alta. L. Rev.* 205.
- Mirfield, Peter. “The Early Jurisprudence of Judicial Disrepute” (1987-88), 30 *Crim. L.Q.* 434.
- Ontario. Commission on Systemic Racism in the Ontario Criminal Justice System. *Report of the Commission on Systemic Racism in the Ontario Criminal Justice System*. Toronto: The Commission, 1995.
- Ontario. Ontario Human Rights Commission. Inquiry Report. *Paying the Price: The Human Cost of Racial Profiling*. Toronto: The Commission, 2003 (online: [www.ohrc.on.ca/en](http://www.ohrc.on.ca/en)).
- Paciocco, David M. “Stillman, Disproportion and the Fair Trial Dichotomy under Section 24(2)” (1997), 2 *Can. Crim. L.R.* 163.
- Paciocco, David M. “The Judicial Repeal of s. 24(2) and the Development of the Canadian Exclusionary Rule” (1989-90), 32 *Crim. L.Q.* 326.
- Penney, Steven. “Taking Deterrence Seriously: Excluding Unconstitutionally Obtained Evidence Under Section 24(2) of the Charter” (2004), 49 *McGill L.J.* 105.

**Lois et règlements cités**

- Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 8, 9, 10, 11c), 13, 24.
- Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 84 « cession », 86(2), 99, 100.
- Loi sur les armes à feu*, L.C. 1995, ch. 39, art. 21 « cession ».
- Model Code of Pre-Arraignment Procedure* (ALI 1975), art. 110.1(2).

**Doctrine citée**

- Butterfoss, Edwin J. « Bright Line Seizures : The Need for Clarity in Determining When Fourth Amendment Activity Begins » (1988-1989), 79 *J. Crim. L. & Criminology* 437.
- Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 10. *La preuve — L'exclusion de la preuve illégalement obtenue*. Ottawa : La Commission, 1974.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 2. Scarborough, Ont. : Thomson/Carswell, 2007 (updated 2007, release 1).
- LaFave, Wayne R. *Search and Seizure : A Treatise on the Fourth Amendment*, 4th ed., vol. 1. St. Paul, Minn. : Thomson/West, 2004.
- Mahoney, Richard. « Problems with the Current Approach to s. 24(2) of the Charter : An Inevitable Discovery » (1999), 42 *Crim. L.Q.* 443.
- McLellan, A. Anne, and Bruce P. Elman. « The Enforcement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms : An Analysis of Section 24 » (1983), 21 *Alta. L. Rev.* 205.
- Mirfield, Peter. « The Early Jurisprudence of Judicial Disrepute » (1987-88), 30 *Crim. L.Q.* 434.
- Ontario. Commission ontarienne des droits de la personne. Rapport d'enquête. *Un prix à payer : Les coûts humains du profilage racial*. Toronto : La Commission, 2003 (en ligne : [www.ohrc.on.ca/fr](http://www.ohrc.on.ca/fr)).
- Ontario. Commission sur le racisme systémique dans le système de justice pénale en Ontario. *Rapport de la Commission sur le racisme systémique dans le système de justice pénale en Ontario*. Toronto : La Commission, 1995.
- Paciocco, David M. « Stillman, Disproportion and the Fair Trial Dichotomy under Section 24(2) » (1997), 2 *Rev. can. D.P.* 163.
- Paciocco, David M. « The Judicial Repeal of s. 24(2) and the Development of the Canadian Exclusionary Rule » (1989-90), 32 *Crim. L.Q.* 326.
- Penney, Steven. « Taking Deterrence Seriously : Excluding Unconstitutionally Obtained Evidence Under

Perrin, L. Timothy, et al. "If It's Broken, Fix It: Moving Beyond the Exclusionary Rule — A New and Extensive Empirical Study of the Exclusionary Rule and a Call for a Civil Administrative Remedy to Partially Replace the Rule" (1998), 83 *Iowa L. Rev.* 669.

Roach, Kent. "Constitutionalizing Disrepute: Exclusion of Evidence after *Therens*" (1986), 44 *U.T. Fac. L. Rev.* 209.

Shearing, Clifford D., and Philip C. Stenning assisted by David Denberg. *Police Training in Ontario: An Evaluation of Recruit and Supervisory Courses*. Working Paper. Toronto: Centre of Criminology, University of Toronto, 1980.

Stuart, Don. *Charter Justice in Canadian Criminal Law*, 4th ed. Toronto, Ont.: Thomson/Carswell, 2005.

Stuart, Don. "Questioning the Discoverability Doctrine in Section 24(2) Rulings" (1996), 48 C.R. (4th) 351.

Stuesser, Lee. "*R. v. S.A.B.*: Putting 'Self-Incrimination' in Context" (2004), 42 *Alta. L. Rev.* 543.

Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

Tanovich, David M. "Using the Charter to Stop Racial Profiling: The Development of an Equality-Based Conception of Arbitrary Detention" (2002), 40 *Osgoode Hall L.J.* 145.

Young, Alan. "All Along the Watchtower: Arbitrary Detention and the Police Function" (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 329.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (McMurtry C.J.O. and Laskin and Lang J.J.A.) (2006), 81 O.R. (3d) 1, 213 O.A.C. 127, 209 C.C.C. (3d) 250, 38 C.R. (6th) 58, 143 C.R.R. (2d) 223, 2006 CarswellOnt 3352, [2006] O.J. No. 2179 (QL), affirming the accused's conviction entered by M. H. Harris J., 2004 CarswellOnt 8783. Appeal allowed in part.

*Jonathan Dawe and Frank R. Addario*, for the appellant.

*Michal Fairburn and John Corelli*, for the respondent.

*James C. Martin and Paul Adams*, for the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada.

Section 24(2) of the *Charter* » (2004), 49 *R.D. McGill* 105.

Perrin, L. Timothy, et al. « If It's Broken, Fix It : Moving Beyond the Exclusionary Rule — A New and Extensive Empirical Study of the Exclusionary Rule and a Call for a Civil Administrative Remedy to Partially Replace the Rule » (1998), 83 *Iowa L. Rev.* 669.

Roach, Kent. « Constitutionalizing Disrepute : Exclusion of Evidence after *Therens* » (1986), 44 *U.T. Fac. L. Rev.* 209.

Shearing, Clifford D., and Philip C. Stenning assisted by David Denberg. *Police Training in Ontario : An Evaluation of Recruit and Supervisory Courses*. Working Paper. Toronto : Centre of Criminology, University of Toronto, 1980.

Stuart, Don. *Charter Justice in Canadian Criminal Law*, 4th ed. Toronto, Ont. : Thomson/Carswell, 2005.

Stuart, Don. « Questioning the Discoverability Doctrine in Section 24(2) Rulings » (1996), 48 C.R. (4th) 351.

Stuesser, Lee. « *R. v. S.A.B.* : Putting "Self-Incrimination" in Context » (2004), 42 *Alta. L. Rev.* 543.

Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto : Butterworths, 1994.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.

Tanovich, David M. « Using the Charter to Stop Racial Profiling : The Development of an Equality-Based Conception of Arbitrary Detention » (2002), 40 *Osgoode Hall L.J.* 145.

Young, Alan. « All Along the Watchtower : Arbitrary Detention and the Police Function » (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 329.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (le juge en chef McMurtry et les juges Laskin et Lang) (2006), 81 O.R. (3d) 1, 213 O.A.C. 127, 209 C.C.C. (3d) 250, 38 C.R. (6th) 58, 143 C.R.R. (2d) 223, 2006 CarswellOnt 3352, [2006] O.J. No. 2179 (QL), qui a confirmé la déclaration de culpabilité prononcée contre l'accusé par le juge M. H. Harris, 2004 CarswellOnt 8783. Pourvoi accueilli en partie.

*Jonathan Dawe et Frank R. Addario*, pour l'appelant.

*Michal Fairburn et John Corelli*, pour l'intimée.

*James C. Martin et Paul Adams*, pour l'intervenant le Directeur des poursuites pénales du Canada.

*Michael Brundrett and Margaret A. Mereigh*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*Don Stuart and Graeme Norton*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

*Marlys A. Edwardh and Jessica R. Orkin*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

The judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella and Charron JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND CHARRON J. —

## I. Overview

[1] Mr. Grant appeals his convictions on a series of firearms offences, relating to a gun seized by police during an encounter on a Toronto sidewalk. The gun was entered as evidence against Mr. Grant and formed the basis of his convictions. The question on this appeal is whether that evidence was obtained in breach of Mr. Grant's *Charter* rights, and if so, whether the evidence should have been excluded under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[2] Resolving these questions requires us to revisit two important and contentious areas of criminal law *Charter* jurisprudence. The first is the definition of "detention" under ss. 9 and 10 of the *Charter*. The second is the test for exclusion of evidence obtained in violation of the *Charter* pursuant to s. 24(2).

[3] The submissions before us reveal that existing jurisprudence on the issues of detention and

*Michael Brundrett et Margaret A. Mereigh*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Don Stuart et Graeme Norton*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

*Marlys A. Edwardh et Jessica R. Orkin*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Fish, Abella et Charron rendu par

LA JUGE EN CHEF ET LA JUGE CHARRON —

## I. Aperçu

[1] Monsieur Grant interjette appel des déclarations de culpabilité prononcées contre lui quant à une série d'infractions relatives aux armes à feu. Les accusations portées contre lui découlaient de la saisie d'un revolver survenue à l'occasion d'un contact entre des policiers et lui sur un trottoir de Toronto. Les déclarations de culpabilité reposant sur le dépôt en preuve du revolver, il faut déterminer en l'espèce si cet élément de preuve a été obtenu par suite de la violation de droits garantis à M. Grant par la *Charte canadienne des droits et libertés* et, le cas échéant, s'il y avait lieu de l'exclure en application du par. 24(2) de la *Charte*.

[2] Pour répondre aux questions en litige dans le présent pourvoi, nous devons revoir deux points importants et controversés de la jurisprudence relative à la *Charte* en matière de droit criminel. Le premier point concerne la définition du mot « détention » pour l'application des art. 9 et 10 de la *Charte*. Le deuxième point concerne le test applicable, dans le contexte d'une demande fondée sur le par. 24(2), pour décider de l'exclusion des éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte*.

[3] Les arguments qui nous ont été soumis démontrent que la jurisprudence relative à la détention et



exclusion of evidence is difficult to apply and may lead to unsatisfactory results. Without undermining the principles that animate the jurisprudence to date, we find it our duty, given the difficulties that have been pointed out to us, to take a fresh look at the frameworks that have been developed for the resolution of these two issues. We will also consider the subsidiary issue that arises in this case: the meaning of “transfer” of a weapon for the purposes of ss. 84, 99 and 100 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

## II. Facts

[4] The encounter at the centre of this appeal occurred at mid-day on November 17, 2003, in the Greenwood and Danforth area of Toronto. With four schools in the area and a history of student assaults, robberies, and drug offences occurring over the lunch hour, the three officers involved in the encounter were on patrol for the purposes of monitoring the area and maintaining a safe student environment. Two of the officers, Constables Worrell and Forde, were dressed in plainclothes and driving an unmarked car. Although on patrol, their primary task was to visit the various schools to determine if there were persons on school property who should not have been there — either non-students or students from another school. The third officer, Constable Gomes, was in uniform and driving a marked police car. On “directed patrol”, he had been tasked with maintaining a visible police presence in the area in order to provide student reassurance and to deter crime during the high school lunch period.

[5] Mr. Grant, a young black man, was walking northbound on Greenwood Avenue when he came to the attention of Constables Worrell and Forde. As the two officers drove past, Cst. Worrell testified that the appellant “stared” at them in an unusually intense manner and continued to do so as they proceeded down the street, while at the same

à l'exclusion d'éléments de preuve pose des difficultés d'application et peut entraîner des résultats insatisfaisants. Sans remettre en cause les principes ayant fondé les décisions rendues jusqu'à présent, nous estimons, compte tenu des difficultés qui nous ont été signalées, devoir jeter un regard neuf sur le cadre d'analyse élaboré pour trancher ces deux questions. Nous examinerons aussi la question subsidiaire soulevée en l'espèce, soit celle du sens des termes « cession » et « céder » une arme à feu employés aux art. 84, 99 et 100 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46.

## II. Les faits

[4] Le contact au cœur du présent pourvoi est survenu vers midi le 17 novembre 2003, dans le secteur des avenues Greenwood et Danforth, à Toronto. Comme ce secteur compte quatre écoles et que, par le passé, des agressions, des vols et des infractions relatives aux drogues se rapportant à des étudiants y avaient été commis pendant la pause du déjeuner, les trois policiers présents lors du contact y patrouillaient pour surveiller les lieux et assurer la sécurité des élèves. Deux d'entre eux, les agents Worrell et Forde, étaient vêtus en civil et se trouvaient à bord d'une voiture banalisée. Même s'ils étaient de patrouille, leur tâche consistait principalement à se rendre dans les différentes écoles pour s'assurer que ne s'y trouvaient pas des individus qui ne devaient pas y être — des personnes qui ne fréquentaient pas l'école ou des élèves d'une autre école. Le troisième policier, l'agent Gomes, était en uniforme et conduisait une voiture de police. En « patrouille dirigée », il était chargé d'assurer une présence policière visible dans le quartier afin de rassurer les élèves et de prévenir le crime pendant la pause du déjeuner des écoles secondaires.

[5] Monsieur Grant, un jeune homme de race noire, marchait en direction nord sur l'avenue Greenwood quand il a attiré l'attention des agents Forde et Worrell. En effet, selon ce dernier, au moment où son collègue et lui le dépassaient en voiture, l'appellant les aurait « dévisagés » avec une insistance anormale et les aurait suivis du

time “fidgiting” with his coat and pants in a way that aroused their suspicions. Given their purpose for being in the area and based on what he had just seen, Cst. Worrell decided that “maybe we should have a chat with this guy and see what’s up with him”. Cst. Worrell wanted to know whether Mr. Grant was a student at one of the schools they were assigned to monitor, and, if he was not, whether he was headed to one of the schools anyway. Noticing Cst. Gomes parked on the street ahead of Mr. Grant, and in light of his uniformed attire, the two plainclothes officers suggested to Cst. Gomes that he “have a chat” with the approaching appellant to determine if there was any need for concern.

[6] Cst. Gomes then got out of his car and initiated an exchange with Mr. Grant, while standing on the sidewalk directly in his intended path. The officer asked the appellant “what was going on”, and requested his name and address. In response, the appellant provided a provincial health card. At one point, the appellant, behaving nervously, adjusted his jacket, prompting the officer to ask him to “keep his hands in front of him”. By this point, the two other officers had returned and parked on the side of the street.

[7] Cst. Worrell testified on cross-examination that he and Cst. Forde pulled up because he got a funny feeling based on Mr. Grant’s way of looking over at them, looking around “all over the place”, and adjusting himself. On direct examination he said that “[h]e still seemed to be, I don’t know, looking a bit nervous the way he was looking around, looking at us, looking around when speaking to Officer Gomes. And at this time, I suggested to my partner, you know, I don’t think it would hurt if we just go up to Officer Gomes and just stand by, just to make sure everything was okay.” Thus, after a brief period observing the exchange from their car, the two officers approached the pair on the sidewalk, identified themselves to the appellant as police officers by flashing their badges, and took

regard lorsqu’ils s’éloignaient, tout en [TRADUCTION] « tripotant » son blouson et son pantalon de telle sorte qu’il a éveillé leurs soupçons. Vu la raison pour laquelle l’agent Forde et lui se trouvaient dans le secteur et ce qu’il venait juste de voir, l’agent Worrell a pensé [TRADUCTION] « qu’ils devraient peut-être parler avec ce gars-là pour voir ce qui se passait avec lui ». L’agent Worrell voulait savoir si M. Grant fréquentait une des écoles que son partenaire et lui devaient surveiller et, sinon, s’il se rendait quand même à l’une d’entre elles. Les deux policiers en civil ont remarqué que l’agent Gomes était garé en aval de l’appellant et, comme leur collègue était en uniforme, ils lui ont suggéré d’[TRADUCTION] « avoir une conversation » avec l’appellant qui approchait de lui pour déterminer s’il y avait lieu de s’inquiéter.

[6] L’agent Gomes est alors sorti de sa voiture et a commencé à parler avec M. Grant tout en se tenant directement en travers de son chemin sur le trottoir. Le policier lui a demandé [TRADUCTION] « ce qui se passait », ainsi que son nom et son adresse. En guise de réponse, l’appellant lui a remis sa carte santé provinciale. Puis, l’appellant a nerveusement rajusté son blouson, ce qui a amené le policier à lui demander de [TRADUCTION] « garder ses mains devant lui ». À ce moment-là, les deux autres policiers avaient rebroussé chemin et s’étaient rangés sur le côté de la rue.

[7] En contre-interrogatoire, l’agent Worrell a indiqué que son collègue Forde et lui se sont arrêtés parce que la façon dont M. Grant les avait scrutés et dont il regardait [TRADUCTION] « tout autour » en rajustant ses vêtements avait éveillé ses soupçons. Lors de l’interrogatoire principal, l’agent Worrell a affirmé ce qui suit : [TRADUCTION] « Il semblait encore, je ne sais pas, un peu nerveux à cause de la façon qu’il avait de regarder tout autour, de nous regarder et de regarder encore tout autour pendant qu’il parlait à l’agent Gomes. À ce moment-là, j’ai dit à mon partenaire, tu sais, je pense que ça ne nuirait pas si on allait rejoindre l’agent Gomes et si on était présents, juste pour voir si tout se passe bien. » Ainsi, après avoir observé l’échange depuis leur voiture pendant une courte période, les deux

up positions behind Cst. Gomes, obstructing the way forward. The exchange between Cst. Gomes and Mr. Grant subsequent to the arrival of the two officers was as follows:

Q. Have you ever been arrested before?

A. I got into some trouble about three years ago.

Q. Do you have anything on you that you shouldn't?

A. No. Well, I got a small bag of weed.

Q. Where is it?

A. It's in my pocket.

Q. Is that it?

A. (Male puts his head down.) Yeah. Well, no.

Q. Do you have other drugs on you?

A. No, I just have the weed, that's it.

Q. Well, what is it that you have?

A. I have a firearm.

[8] At this point, the officers arrested and searched the appellant, seizing the marijuana and a loaded revolver. They then advised Mr. Grant of his right to counsel and took him to the police station.

### III. Judgments Below

[9] At trial, Mr. Grant alleged violations of his rights under ss. 8, 9 and 10(b) of the *Charter*. The trial judge held that the officers' inquiries did not amount to a search within the meaning of s. 8. He further concluded that Mr. Grant was not detained prior to his arrest or, if he was detained, he waived his rights by cooperating with the officers' requests. Having found no *Charter* breach, he had no difficulty admitting the firearm: 2004 CarswellOnt 8779. Mr. Grant was convicted of five firearms offences, including possession of a restricted firearm for the purpose of transferring it

policiers se sont approchés des deux hommes qui se trouvaient sur le trottoir, se sont identifiés en montrant à l'appelant leur insigne de police et se sont placés derrière l'agent Gomes, bloquant ainsi le chemin. Voici les détails de l'échange entre l'agent Gomes et M. Grant après l'arrivée des deux autres policiers :

[TRADUCTION]

Q. Avez-vous déjà été arrêté?

R. J'ai eu quelques problèmes il y a environ trois ans.

Q. Avez-vous quelque chose sur vous que vous ne devriez pas avoir?

R. Non. En fait, j'ai un petit sac de pot.

Q. Où est-il?

R. Dans ma poche.

Q. C'est tout?

R. (Il baisse la tête.) Ouais. Euh, non.

Q. Avez-vous d'autres drogues sur vous?

R. Non, j'ai juste du pot, c'est tout.

Q. Alors, qu'est-ce que vous avez?

R. J'ai une arme à feu.

[8] À ce moment-là, les policiers l'ont arrêté et fouillé, et ils ont saisi la marijuana et un revolver chargé. Ils ont alors informé M. Grant de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et l'ont emmené au poste de police.

### III. Les décisions des juridictions inférieures

[9] Au procès, M. Grant a soutenu que les droits qui lui sont garantis par les art. 8 et 9 et par l'al. 10(b) de la *Charte* avaient été violés. Le juge du procès a conclu que les questions posées par les policiers n'équivalaient pas à une fouille visée par l'art. 8. Il a ajouté que M. Grant n'avait pas été mis en détention avant son arrestation et que, s'il l'avait été, il avait renoncé à ses droits en répondant aux demandes des policiers. Ayant conclu qu'il n'y avait pas eu violation de la *Charte*, le juge du procès a accepté sans difficulté que l'arme à feu soit produite en preuve : 2004 CarswellOnt 8779. Monsieur Grant

without lawful authority (s. 100(1) of the *Criminal Code*).

[10] In the Ontario Court of Appeal, Laskin J.A. held that the trial judge's conclusion on the question of detention was undermined by several mischaracterizations as to what had occurred, thereby entitling the court to revisit the issue. He concluded that a detention had crystallized during the conversation with Cst. Gomes, before the appellant made his incriminating statements. Because the officers had no reasonable grounds to detain the appellant, the detention was arbitrary and a breach of s. 9 was established. Laskin J.A. did not deal with s. 10(b) and found no breach of s. 8. On the question of exclusion under s. 24(2), Laskin J.A. determined that the firearm was "derivative" evidence emanating from a self-incriminatory statement and would very often be excluded on that basis alone. However, after a review of recent developments in the s. 24(2) jurisprudence, Laskin J.A. concluded that the admission of the gun would not unduly undermine trial fairness. He held that the reputé of the administration of justice would be damaged more by the exclusion of the gun than by its admission. He therefore held that the gun was properly admitted into evidence. On the firearms issue, Laskin J.A. held that Mr. Grant's act of moving the gun from one place to another fell within the definition of "transfer" in s. 84 of the *Code*, justifying the conviction under s. 100(1). He therefore dismissed the appeal: (2006), 81 O.R. (3d) 1.

#### IV. Analysis

##### A. *Breach of the Charter*

[11] The first issue in this case is whether the evidence of the gun was obtained in a manner that breached Mr. Grant's rights under the *Charter*. Mr. Grant argues that the police breached his *Charter* rights by arbitrarily detaining him contrary to s. 9

a été déclaré coupable de cinq infractions relatives aux armes à feu, notamment de celle de possession d'une arme à autorisation restreinte en vue de la céder sans autorisation légale (par. 100(1) du *Code criminel*).

[10] En Cour d'appel de l'Ontario, le juge Laskin a estimé que plusieurs erreurs de qualification des événements entachaient la conclusion du juge du procès au sujet de la détention, ce qui autorisait la cour à réexaminer la question. Il a conclu que la détention s'était cristallisée pendant la conversation avec l'agent Gomes, avant que l'appellant ne fasse les déclarations incriminantes. Comme les policiers n'avaient aucun motif raisonnable les autorisant à détenir l'appellant, la détention était arbitraire et l'atteinte au droit garanti à l'art. 9 a été établie. Le juge Laskin n'a pas traité de l'al. 10b) et n'a constaté aucune violation de l'art. 8. Quant à la question de l'exclusion visée par le par. 24(2), le juge Laskin a estimé que l'arme à feu était une preuve « dérivée » obtenue à partir d'une déclaration auto-incriminante qui, pour cette seule raison, serait très souvent écartée. Cependant, après examen de la jurisprudence récente relative au par. 24(2), il a déclaré que l'utilisation du revolver ne compromettrait pas indûment l'équité du procès. À son avis, l'exclusion de l'arme à feu déconsidérerait davantage l'administration de la justice que ne le ferait son utilisation en preuve. Il a donc conclu que le revolver avait été admis en preuve à bon droit. Sur la question des infractions relatives aux armes à feu, le juge Laskin a conclu que le transport du revolver d'un endroit à un autre par M. Grant entrait dans la définition de « cession » énoncée à l'art. 84 du *Code* et justifiait la déclaration de culpabilité fondée sur le par. 100(1). Il a donc rejeté l'appel : (2006), 81 O.R. (3d) 1.

#### IV. L'analyse

##### A. *Violation de la Charte*

[11] En l'espèce, la première question à trancher est celle de savoir si le revolver a été obtenu dans des conditions qui portent atteinte aux droits garantis à M. Grant par la *Charte*. Ce dernier fait valoir que les policiers ont violé ces droits en le détenant

and by failing to advise him of his right to speak to a lawyer contrary to s. 10(b), before the questioning that led to the discovery of the firearm that is the subject of these charges. Alternatively, if the Court finds he was not detained, Mr. Grant argues that the Court of Appeal erred in finding that there was no violation of s. 8's protection against unreasonable search and seizure.

[12] The threshold question is whether the appellant was detained before he produced the firearm and was arrested. If he was detained, the detention was arbitrary; all parties are agreed that the police lacked legal grounds to detain the appellant. Further, if detained, Mr. Grant was entitled to be advised of the right to counsel at that point, which would establish breach of s. 10(b) of the *Charter*.

1. The Meaning of “Detention” Under the Charter

(a) *The Positions of the Parties*

[13] Mr. Grant argues that he was detained before he made his inculpatory statements and revealed the gun. He contends that his liberty to choose to remain or leave was taken away by the conduct of the police officers in blocking his path, and that this detention was arbitrary because at this point the officers lacked reasonable grounds to detain him under the standard for investigative detention elaborated in *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59. Because he was detained, he argues, the police were required to advise him under s. 10(b) that he had the right to speak to a lawyer.

[14] The Crown argues that Mr. Grant was not detained until the police arrested him after he disclosed his firearm, at which point they advised him of his right to talk to a lawyer. It says that the officers' prior conduct was not directed at curtailing the appellant's liberty, but rather at protecting their

arbitrairement — en contravention de l'art. 9 — et en omettant de l'informer de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat — en contravention de l'al. 10b) — avant l'interrogatoire qui a mené à la découverte de l'arme à feu en cause dans les accusations. Il soutient subsidiairement, pour le cas où la Cour conclurait à l'absence de détention, que la Cour d'appel a commis une erreur en statuant qu'il n'y avait pas eu violation de la garantie contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives prévue à l'art. 8.

[12] Il faut commencer par déterminer si l'appellant était en détention avant que l'arme à feu soit découverte et qu'il soit arrêté. S'il l'était, la détention était arbitraire. En effet, toutes les parties reconnaissent que les policiers n'étaient pas légalement fondés à détenir l'appellant. En outre, si M. Grant avait été mis en détention, il devait dès lors être informé de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, à défaut de quoi il y avait violation de l'al. 10b) de la *Charte*.

1. La « détention » au sens où il faut l'entendre pour l'application de la Charte

a) *Les positions des parties*

[13] Monsieur Grant soutient qu'il était en détention lorsqu'il a fait ses déclarations inculpatrices et révélé l'existence de l'arme. En effet, à son avis, en lui bloquant le passage, les policiers lui ont enlevé la liberté de choisir entre rester ou partir, et cette détention était arbitraire parce qu'ils n'avaient pas alors de motifs raisonnables de le détenir suivant la norme élaborée dans *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59, en matière de détention aux fins d'enquête. En outre, il affirme que, comme il était détenu, les policiers étaient tenus de l'informer, en application de l'al. 10b), de son droit de parler à un avocat.

[14] Selon le ministère public, la détention de M. Grant n'a commencé qu'au moment où il a été arrêté après avoir révélé aux policiers l'existence de l'arme à feu, moment auquel il a été informé de son droit de parler à un avocat. La conduite des policiers avant l'arrestation ne visait pas à restreindre

own safety while asking him some questions. The Crown says that the officers were engaging in community policing, which involves a dynamic interaction between the police and the citizens they serve. The Crown contends that preliminary, non-coercive questioning pursuant to police policy is a legitimate exercise of investigative police powers, is essential to the effective fulfilment of the police's duty to enforce the law, and does not amount to detention triggering the right to counsel.

(b) *Interpretative Principles*

[15] As for any constitutional provision, the starting point must be the language of the section. Where questions of interpretation arise, a generous, purposive and contextual approach should be applied.

[16] Constitutional guarantees such as ss. 9 and 10 should be interpreted in a “generous rather than . . . legalistic [way], aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter's* protection” (*R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344). Unduly narrow, technical approaches to *Charter* interpretation must be avoided, given their potential to “subvert the goal of ensuring that right holders enjoy the full benefit and protection of the *Charter*” (*Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at para. 23).

[17] While the twin principles of purposive and generous interpretation are related and sometimes conflated, they are not the same. The purpose of a right must always be the dominant concern in its interpretation; generosity of interpretation is subordinate to and constrained by that purpose (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), vol. 2, at pp. 36-30 and 36-31). While a narrow approach risks impoverishing a *Charter*

la liberté de l'appelant, mais plutôt à assurer leur propre sécurité pendant qu'ils lui posaient des questions. Le ministère public affirme que les policiers s'acquittaient de tâches relevant des services de police communautaire, qui supposent une interaction dynamique entre les policiers et les citoyens qu'ils servent. Toujours selon le ministère public, l'interrogatoire préliminaire, non coercitif et conforme à une politique de la police, constitue un exercice légitime de pouvoirs d'enquête policiers, est essentielle à l'accomplissement efficace du devoir des policiers d'appliquer la loi et n'équivaut pas à une détention donnant ouverture au droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat.

b) *Les principes d'interprétation*

[15] Comme chaque fois qu'il s'agit d'analyser une disposition constitutionnelle, il faut tout d'abord se pencher sur son libellé, dont l'interprétation, si elle n'est pas manifeste, doit être tirée par suite de l'application d'une méthode téléologique, libérale et contextuelle.

[16] L'interprétation de garanties constitutionnelles comme celles énoncées aux art. 9 et 10 « doit être libérale plutôt que formaliste » et doit « viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte* » (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344). Il faut éviter les méthodes d'interprétation de la *Charte* trop étroites ou formalistes, car elles sont « susceptible[s] de contrecarrer l'objectif qui est d'assurer aux titulaires de droits l'entier bénéfice et la pleine protection de la *Charte* » (*Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 23).

[17] Bien que les principes d'interprétation téléologique et d'interprétation libérale soient apparentés et même parfois confondus, ils ne sont pas identiques. L'objet du droit doit demeurer la principale préoccupation; la libéralité de l'interprétation est restreinte par cet objet et elle y est subordonnée (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5<sup>e</sup> éd. suppl.), vol. 2, p. 36-30 et 36-31). Si une interprétation étroite risque d'appauvrir un droit garanti par

right, an overly generous approach risks expanding its protection beyond its intended purposes. In brief, we must construe the language of ss. 9 and 10 in a generous way that furthers, without overshooting, its purpose: *Big M Drug Mart*, at p. 344.

[18] To interpret “detention” in ss. 9 and 10 generously, yet purposively, we must consider the context in which it is embedded — in other words, the role it plays in conjunction with related protections in the *Charter*.

(c) *The Purpose of the Rights Linked to Detention*

[19] Detention represents a limit on the broad right to liberty enjoyed by everyone in Canada at common law and by virtue of s. 7 of the *Charter*, which guarantees that liberty will only be curtailed in accordance with the principles of fundamental justice. Section 9 of the *Charter* establishes that “[e]veryone has the right not to be arbitrarily detained or imprisoned”. Section 10 accords certain rights to people who are arrested or detained, including the right to retain and instruct counsel.

[20] The purpose of s. 9, broadly put, is to protect individual liberty from unjustified state interference. As recognized by this Court in *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307, “liberty”, for *Charter* purposes, is not “restricted to mere freedom from physical restraint”, but encompasses a broader entitlement “to make decisions of fundamental importance free from state interference” (para. 49). Thus, s. 9 guards not only against unjustified state intrusions upon physical liberty, but also against incursions on mental liberty by prohibiting the coercive pressures of detention and imprisonment from being applied to people without adequate justification. The detainee’s interest in being able to make an informed choice whether to walk away or speak to the police is unaffected by the manner in which the detention is brought about.

la *Charte*, une interprétation trop libérale risque d’étendre la garantie au-delà de l’objet visé. Bref, il faut interpréter le texte des art. 9 et 10 d’une façon libérale qui permette la réalisation de son objet sans en excéder la portée : *Big M Drug Mart*, p. 344.

[18] Pour interpréter le mot « détention » qui figure aux art. 9 et 10 de façon non seulement libérale, mais également téléologique, il faut en examiner le contexte, c’est-à-dire le rôle par rapport aux protections connexes garanties par la *Charte*.

c) *L’objet des droits se rattachant à la détention*

[19] La détention constitue une limite au vaste droit à la liberté dont chacun jouit au Canada, droit reconnu par la common law et par l’art. 7 de la *Charte*, lequel garantit qu’il n’y sera porté atteinte qu’en conformité avec les principes de justice fondamentale. L’article 9 de la *Charte* énonce que « [c]hacun a droit à la protection contre la détention ou l’emprisonnement arbitraires », tandis que l’article 10 confère certains droits aux personnes arrêtées ou détenues, dont celui d’avoir recours à l’assistance d’un avocat.

[20] De façon générale, l’art. 9 vise à protéger la liberté individuelle contre l’ingérence injustifiée de l’État. Comme notre Cour l’a reconnu dans *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307, la « liberté », pour l’application de la *Charte*, ne s’entend pas « uniquement de l’absence de toute contrainte physique », mais correspond au droit plus large « de prendre des décisions d’importance fondamentale sans intervention de l’État » (par. 49). Il s’ensuit que l’art. 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 interdisant de recourir sans justification appropriée aux moyens coercitifs que représentent la détention et l’emprisonnement. La façon dont la détention intervient n’influe pas sur le droit d’une personne détenue de décider en toute connaissance de cause si elle s’en va ou si elle parle à la police.



[21] More specifically, an individual confronted by state authority ordinarily has the option to choose simply to walk away: *R. v. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88 (Ont. C.A.), at p. 94; *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2, at p. 11, citing Martin J.A. in the Ontario Court of Appeal ((1981), 32 O.R. (2d) 641, at p. 653):

Although a police officer may approach a person on the street and ask him questions, if the person refuses to answer the police officer must allow him to proceed on his way, unless . . . [he] arrests him . . . .

See also *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248, at para. 131. Where this choice has been removed — whether by physical or psychological compulsion — the individual is detained. Section 9 guarantees that the state's ability to interfere with personal autonomy will not be exercised arbitrarily. Once detained, the individual's choice whether to speak to the authorities remains, and is protected by the s. 10 informational requirements and the s. 7 right to silence.

[22] “Detention” also identifies the point at which rights subsidiary to detention, such as the right to counsel, are triggered. These rights are engaged by the vulnerable position of the person who has been taken into the effective control of the state authorities. They are principally concerned with addressing the imbalance of power between the state and the person under its control. More specifically, they are designed to ensure that the person whose liberty has been curtailed retains an informed and effective *choice* whether to speak to state authorities, consistent with the overarching principle against self-incrimination. They also ensure that the person who is under the control of the state be afforded the opportunity to seek legal advice in order to assist in regaining his or her liberty. As this Court observed in *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151:

In a broad sense, the purpose of ss. 7 to 14 is two-fold to preserve the rights of the detained individual, and to maintain the repute and integrity of our system

[21] Plus particulièrement, quiconque est interpellé par un représentant de l'État a habituellement le choix de simplement s'en aller : *R. c. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88 (C.A. Ont.), p. 94; *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2, p. 11, citant le juge Martin de la Cour d'appel de l'Ontario ((1981), 32 O.R. (2d) 641, p. 653) :

[TRADUCTION] Un agent de police peut aborder une personne dans la rue et lui poser des questions, mais si la personne refuse de lui répondre, l'agent doit la laisser poursuivre sa route à moins [. . .] qu'il ne l'arrête . . .

Voir également *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248, par. 131. Lorsque ce choix lui est enlevé — que ce soit par suite d'une contrainte physique ou d'une contrainte psychologique — il y a détention. L'article 9 garantit que la capacité de l'État de restreindre l'autonomie personnelle ne sera pas employée de façon arbitraire. En outre, la personne qui est mise en détention conserve la possibilité de choisir de parler ou non aux autorités, et ce choix est protégé par les exigences de l'art. 10 en matière d'information et par le droit de garder le silence garanti par l'art. 7.

[22] La « détention » marque également le moment où prennent naissance les droits se rattachant à la détention, comme le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Ces droits entrent en jeu du fait que la personne qui a été placée sous le contrôle des autorités de l'État se trouve en position de vulnérabilité. Ils visent principalement à corriger l'inégalité de pouvoir entre elle et l'État. Plus précisément, ils sont conçus pour faire en sorte que, conformément au principe prépondérant interdisant l'auto-incrimination, la personne dont la liberté a été restreinte conserve un *choix* véritable et éclairé quant à la décision de parler ou non aux autorités. Ces droits garantissent également que la personne placée sous la mainmise de l'État a la possibilité de consulter un avocat pour l'aider à retrouver sa liberté. Comme l'a signalé notre Cour dans *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151 :

De façon générale, les art. 7 à 14 poursuivent un double objet, celui de protéger les droits de la personne détenue et celui de préserver l'intégrité de notre système

of justice. More particularly, it is to the control of the superior power of the state vis-à-vis the individual who has been detained by the state, and thus placed in its power, that s. 7 and the related provisions that follow are primarily directed. The state has the power to intrude on the individual's physical freedom by detaining him or her. The individual cannot walk away. This physical intrusion on the individual's mental liberty in turn may enable the state to infringe the individual's mental liberty by techniques made possible by its superior resources and power. [Emphasis added; pp. 179-80.]

[23] By setting limits on the power of the state and imposing obligations with regard to the detained person through the concept of detention, the *Charter* seeks to effect a balance between the interests of the detained individual and those of the state. The power of the state to curtail an individual's liberty by way of detention cannot be exercised arbitrarily and attracts a reciprocal obligation to accord the individual legal protection against the state's superior power.

(d) *Defining Detention*

[24] The word "detention" admits of many meanings. Read narrowly, "detention" can be seen as indicating situations where the police take explicit control over the person and command obedience. Read expansively, "detention" can be read as extending to even a fleeting interference or delay. Neither of these extremes offers an acceptable definition of "detention" as used in ss. 9 and 10 of the *Charter*.

[25] The first extreme was rejected by this Court in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, which held that detention for *Charter* purposes occurs when a state agent, by way of physical or psychological restraint, takes away an individual's choice simply to walk away. This encompasses not only explicit interference with the subject's liberty by way of physical interference or express command, but any form of "compulsory restraint". A person is detained where he or she "submits or acquiesces in the deprivation of liberty and reasonably believes that the choice to do otherwise does not exist" (*Therens*, at p. 644). It is clear that a person may reasonably believe he or she has no choice in circumstances where there has

de justice et la considération dont il jouit. De façon plus particulière, l'art. 7 et les dispositions connexes qui suivent portent principalement sur le contrôle du pouvoir supérieur de l'État vis-à-vis de l'individu qui est détenu par l'État et donc assujéti à son pouvoir. L'État a le pouvoir de porter atteinte à la liberté physique d'un individu en le détenant. L'individu ne peut s'esquiver. Cette atteinte physique à la liberté psychologique de l'individu peut à son tour permettre à l'État de porter atteinte à cette liberté de l'individu par des méthodes auxquelles il peut recourir grâce à ses ressources et à son pouvoir supérieurs. [Nous soulignons; p. 179-180.]

[23] En fixant des limites au pouvoir de l'État et en lui imposant des obligations envers ceux qu'il détient au moyen du concept de détention, la *Charte* vise à maintenir un équilibre entre les droits des personnes détenues et ceux de l'État. Le pouvoir de l'État de restreindre la liberté individuelle par la mise en détention ne peut s'exercer de façon arbitraire et il est assorti d'une obligation concomitante de protection contre la puissance supérieure de l'État.

d) *La définition de la détention*

[24] Le mot « détention » recouvre plusieurs acceptions. Dans un sens étroit, il peut s'entendre de situations où la police se rend maître d'une personne et lui impose l'obéissance. Dans un sens large, il peut englober jusqu'à une entrave mineure ou une appréhension passagère. Aucun de ces sens limites n'offre de définition acceptable du mot « détention » tel qu'il est employé aux art. 9 et 10 de la *Charte*.

[25] Notre Cour a rejeté le premier sens limite dans *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, en statuant que, pour l'application de la *Charte*, il y a détention lorsqu'un agent de l'État, en exerçant une contrainte physique ou psychologique, prive une personne de l'option de simplement s'en aller. Cette situation englobe non seulement les entraves claires à la liberté résultant d'une intervention physique ou d'un ordre explicite, mais également toute forme de « contrainte ». Une personne est détenue lorsqu'elle « se soumet ou acquiesce à la privation de liberté et croit raisonnablement qu'elle n'a pas le choix d'agir autrement » (*Therens*, p. 644). Il est clair qu'une personne peut raisonnablement croire qu'elle n'a

been no formal assertion of police control. Thus the first interpretation must be rejected. This comports with the principle that a generous rather than legalistic approach must be applied to the interpretation of *Charter* principles and avoids cramping the purpose of the protections conferred by ss. 9 and 10 of the *Charter*.

[26] The second interpretation of “detention”, reducing it to any interference, however slight, must also be rejected. As held in *Mann*, at para. 19, *per* Iacobucci J.:

... the police cannot be said to “detain”, within the meaning of ss. 9 and 10 of the *Charter*, every suspect they stop for purposes of identification, or even interview. The person who is stopped will in all cases be “detained” in the sense of “delayed”, or “kept waiting”. But the constitutional rights recognized by ss. 9 and 10 of the *Charter* are not engaged by delays that involve no significant physical or psychological restraint.

It is clear that, while the forms of interference s. 9 guards against are broadly defined to include interferences with both physical and mental liberty, not every trivial or insignificant interference with this liberty attracts *Charter* scrutiny. To interpret detention this broadly would trivialize the applicable *Charter* rights and overshoot their purpose. Only the individual whose liberty is meaningfully constrained has genuine need of the additional rights accorded by the *Charter* to people in that situation.

[27] Having rejected the extreme positions advanced, the question is where between them the line that marks detention under ss. 9 and 10 is to be traced. This is a question that is not easily answered in the abstract; as in so many areas of the law, the most useful guidance derives from the decided cases. In what follows, we set out the general principle of choice that underlies the determination. We then discuss situations which illustrate where the line should be drawn.

[28] The general principle that determines detention for *Charter* purposes was set out in *Therens*:

pas le choix dans les circonstances, même si la police ne s’est pas formellement saisie d’elle. C’est pourquoi il faut écarter la première interprétation. Ce rejet est conforme à la règle selon laquelle il faut donner aux principes énoncés dans la *Charte* une interprétation libérale et non formaliste et il évite de réduire l’objet de la protection conférée par les art. 9 et 10.

[26] Il faut également écarter la deuxième interprétation de « détention » qui l’assimile à toute entrave, aussi mineure soit-elle. Comme l’a indiqué le juge Iacobucci au par. 19 de l’arrêt *Mann* :

... il est impossible d’affirmer que la police « détient », au sens des art. 9 et 10 de la *Charte*, tout suspect qu’elle intercepte aux fins d’identification ou même d’interrogation. La personne interceptée est dans tous les cas « détenue » en ce sens qu’elle est « retenue » ou « retardée ». Cependant, les droits constitutionnels reconnus par les art. 9 et 10 de la *Charte* n’entrent pas en jeu lorsque le retard n’implique pas l’application de contraintes physiques ou psychologiques appréciables.

Il est évident que, malgré le sens large donné aux entraves contre lesquelles l’art. 9 vise à protéger, — sens qui englobe celles tant à la liberté psychologique qu’à la liberté physique — toute entrave anodine ou négligeable ne donnera pas lieu à un examen fondé sur la *Charte*. Une interprétation aussi large de la détention banaliserait les droits garantis par la *Charte* et leur conférerait une portée excédant leur objet. Seule une personne dont la liberté est considérablement limitée a véritablement besoin des droits supplémentaires que la *Charte* confère aux personnes se trouvant dans cette situation.

[27] Le rejet des sens limites proposés nous oblige à nous demander à quel point, entre ces deux extrêmes, intervient la détention visée par les art. 9 et 10. Il n’est pas facile de répondre à cette question dans l’abstrait et, comme il arrive souvent en droit, la jurisprudence est notre meilleur guide. Dans les paragraphes qui suivent, nous exposerons d’abord le principe général du choix qui sous-tend cet examen puis nous étudierons des situations illustrant où il convient de tracer la ligne.

[28] Le principe général servant à déterminer s’il y a détention au sens où il faut l’entendre

a person is detained where he or she “submits or acquiesces in the deprivation of liberty and reasonably believes that the choice to do otherwise does not exist” (*per* Le Dain J., at p. 644). This principle is consistent with the notion of choice that underlies our conception of liberty and, as such, shapes our interpretation of ss. 9 and 10 of the *Charter*. When detention removes the “choice to do otherwise” but comply with a police direction, s. 10(b) serves an indispensable purpose. It protects, among other interests, the detainee’s ability to choose whether to cooperate with the investigation by giving a statement. The ambit of detention for constitutional purposes is informed by the need to safeguard this choice without impairing effective law enforcement. This explains why the extremes of formally asserted control on the one hand and a passing encounter on the other have been rejected; the former restricts detention in a way that denies the accused rights he or she needs and should have, while the latter would confer rights where they are neither necessary or appropriate.

[29] The language of ss. 9 and 10 is consistent with this purpose-based approach to detention. The pairing of “detained” and “imprisoned” in s. 9 provides textual guidance for determining where the constitutional line between justifiable and unjustifiable interference should be drawn. “Imprisonment” connotes total or near-total loss of liberty. The juxtaposition of “imprisoned” with “detained” suggests that a “detention” requires significant deprivation of liberty. Similarly, the words “arrest or detention” in s. 10 suggest that a “detention” exists when the deprivation of liberty may have legal consequences. This linguistic context requires exclusion of police stops where the subject’s rights are not seriously in issue.

[30] Moving on from the fundamental principle of the right to choose, we find that psychological constraint amounting to detention has been recognized in two situations. The first is where the subject is legally required to comply with a direction or

pour l’application de la *Charte* a été formulé dans *Therens* : une personne est détenue lorsqu’elle « se soumet ou acquiesce à la privation de liberté et croit raisonnablement qu’elle n’a pas le choix d’agir autrement » (le juge Le Dain, p. 644). Ce principe, s’accordant à la notion de choix qui sous-tend notre conception de la liberté, oriente notre interprétation des art. 9 et 10 de la *Charte*. Lorsque, par suite de la détention, une personne n’a d’autre « choix » que d’obtempérer à un ordre de la police, l’al. 10(b) sert un objet essentiel. Il protège, entre autres, la capacité de cette personne de choisir si elle coopérera ou non à l’enquête en faisant une déclaration. En définissant la notion de détention en contexte constitutionnel, il faut donc tenir compte de la nécessité de protéger ce choix sans nuire à l’application efficace de la loi. C’est pourquoi les cas limites de contrainte policière formelle ou de contact passager ont été écartés : le premier restreint la notion à un point tel que l’accusé est privé de droits dont il a besoin et qu’il doit posséder, tandis que le second confère des droits superflus ou inappropriés.

[29] Le libellé des art. 9 et 10 se prête à l’application d’une approche téléologique pour définir la détention. La juxtaposition des mots « détention » et « emprisonnement » à l’art. 9 fournit des indices textuels pour l’établissement de la ligne de démarcation constitutionnelle entre l’entrave qui est justifiable et celle qui ne l’est pas. Le mot « emprisonnement » suggérant une perte de liberté totale ou presque, la juxtaposition de ce mot et du mot « détention » donne à penser que la détention exige une perte de liberté considérable. De même, les mots « arrestation ou détention » qui figurent à l’art. 10 donnent à penser qu’il y a « détention » seulement lorsque la privation de liberté risque d’entraîner des conséquences juridiques. Ainsi, le contexte lexical exige que soient exclues de la détention visée par l’art. 9 les interceptions policières qui ne compromettent pas sérieusement les droits des personnes interpellées.

[30] En partant du principe fondamental du droit de choisir, nous estimons que la jurisprudence a reconnu deux formes de contrainte psychologique assimilable à une détention. La première se produit lorsque le sujet est légalement tenu de se conformer

demand, as in the case of a roadside breath sample. The second is where there is no legal obligation to comply with a restrictive or coercive demand, but a reasonable person in the subject's position would feel so obligated. The rationale for this second form of psychological detention was explained by Le Dain J. in *Therens* as follows:

In my opinion, it is not realistic, as a general rule, to regard compliance with a demand or direction by a police officer as truly voluntary, in the sense that the citizen feels that he or she has the choice to obey or not, even where there is in fact a lack of statutory or common law authority for the demand or direction and therefore an absence of criminal liability for failure to comply with it. Most citizens are not aware of the precise legal limits of police authority. Rather than risk the application of physical force or prosecution for wilful obstruction, the reasonable person is likely to err on the side of caution, assume lawful authority and comply with the demand. The element of psychological compulsion, in the form of a reasonable perception of suspension of freedom of choice, is enough to make the restraint of liberty involuntary. Detention may be effected without the application or threat of application of physical restraint if the person concerned submits or acquiesces in the deprivation of liberty and reasonably believes that the choice to do otherwise does not exist. [Emphasis added; p. 644.]

[31] This second form of psychological detention — where no legal compulsion exists — has proven difficult to define consistently. The question is whether 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. As held in *Therens*, this must be determined objectively, having regard to all the circumstances of the particular situation, including the conduct of the police. As discussed in more detail below and summarized at para. 44, the focus must be on the state conduct in the context of the surrounding legal and factual situation, and how that conduct would be perceived by a reasonable person in the situation as it develops.

à un ordre ou à une sommation, comme celle de fournir un échantillon d'haleine. La seconde intervient lorsque le sujet n'est pas légalement tenu d'obtempérer à une sommation contraignante ou coercitive, mais qu'une personne raisonnable se trouvant dans la même situation se sentirait obligée de le faire. Le juge Le Dain a expliqué comme suit dans l'arrêt *Therens*, l'existence de cette deuxième forme de détention psychologique :

À mon avis, il est, en règle générale, irréaliste de considérer l'obéissance à une sommation ou à un ordre d'un policier comme un acte réellement volontaire en ce sens que l'intéressé se sent libre d'obéir ou de désobéir, même lorsque la sommation ou l'ordre en question n'est autorisé ni par la loi ni par la *common law*, et que, par conséquent, le refus d'y obtempérer n'entraîne aucune responsabilité criminelle. La plupart des citoyens ne connaissent pas très exactement les limites que la loi impose aux pouvoirs de la police. Plutôt que de s'exposer à l'usage de la force physique ou à des poursuites pour avoir volontairement entravé la police dans l'exécution de son devoir, il est probable que la personne raisonnable péchera par excès de prudence et obtempérera à la sommation en présumant qu'elle est légale. L'élément de contrainte psychologique, sous forme d'une perception raisonnable qu'on n'a vraiment pas le choix, suffit pour rendre involontaire la privation de liberté. Il peut y avoir détention sans qu'il y ait contrainte physique ou menace de contrainte physique, si la personne intéressée se soumet ou acquiesce à la privation de liberté et croit raisonnablement qu'elle n'a pas le choix d'agir autrement. [Nous soulignons; p. 644.]

[31] Cette deuxième forme de détention psychologique — qui survient en l'absence de contrainte légale — s'avère difficile à définir de façon cohérente. Il faut se demander si 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. Suivant *Therens*, cette question doit faire l'objet d'une évaluation objective, qui tient compte de l'ensemble des circonstances de la situation particulière, y compris de la conduite policière. Comme en témoignent nos propos ultérieurs et le résumé que nous formulons au par. 44, l'analyse doit être centrée sur la conduite de l'État dans le contexte de la situation juridique et factuelle en cause et sur la façon dont cette conduite serait perçue par une personne raisonnable pendant que surviennent les événements.

[32] The objective nature of this inquiry recognizes that the police must be able to know when a detention occurs, in order to allow them to fulfill their attendant obligations under the *Charter* and afford the individual its added protections. However, the subjective intentions of the police are not determinative. (Questions such as police “good faith” may become relevant when the test for exclusion of evidence under s. 24(2) is applied, in cases where a *Charter* breach is found.) While the test is objective, 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, and thus the reasonableness of any perception that he or she had no choice but to comply with the police directive. To answer the question whether there is a detention involves a realistic appraisal of the entire interaction as it developed, not a minute parsing of words and movements. In those situations where the police may be uncertain whether their conduct is having a coercive effect on the individual, it is open to them to inform the subject in unambiguous terms that he or she is under no obligation to answer questions and is free to go. It is for the trial judge, applying the proper legal principles to the particular facts of the case, to determine whether the line has been crossed between police conduct that respects liberty and the individual’s right to choose, and conduct that does not.

[33] In most cases, it will be readily apparent whether or not an encounter between the police and an individual results in a detention. Making the task easier is the fact that what would reasonably be understood by all concerned is often informed by generally understood legal rights and duties, as a few examples illustrate.

[34] At one end of the spectrum of possibilities, detention overlaps with arrest or imprisonment and the *Charter* will clearly apply. Similarly,

[32] La nature objective de cet examen reconnaît la nécessité que les policiers soient en mesure de savoir quand il y a détention afin qu’ils puissent s’acquitter des obligations qu’impose la *Charte* en ce cas et qu’ils puissent accorder à la personne détenue les protections supplémentaires qui lui sont conférées. Toutefois, les intentions subjectives des policiers ne sont pas déterminantes. (Des questions comme celle de la « bonne foi » des policiers peuvent devenir pertinentes — dans les cas où le tribunal conclut qu’il y a eu violation de la *Charte* — lors de l’application du test en matière d’exclusion d’éléments de preuve prévu au par. 24(2).) Bien que le test soit objectif, 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, et donc raisonnablement penser qu’elle n’avait d’autre choix que d’obéir à la directive donnée. Pour répondre à la question de savoir s’il y a détention, il faut procéder à une évaluation réaliste de la totalité du contact tel qu’il s’est déroulé, et non à une analyse détaillée de chacun des mots prononcés et des gestes posés. Dans les cas où les policiers ne savent pas avec certitude si leur conduite a un effet coercitif, ils peuvent dire clairement à la personne visée qu’elle n’est pas tenue de répondre aux questions et qu’elle est libre de partir. C’est au juge du procès qu’il appartient de décider — en appliquant les principes de droit pertinents aux faits particuliers de l’espèce — si la police a franchi la limite entre une conduite qui respecte la liberté et le droit de choisir du sujet et une conduite qui porte atteinte à ces droits.

[33] Dans la plupart des cas, on peut aisément dire si le contact entre un policier et un individu constitue ou non une détention. La tâche est d’autant plus facile que ce que toutes les parties concernées concluraient raisonnablement repose souvent sur des garanties et des obligations juridiques généralement bien comprises, comme l’illustrent quelques exemples.

[34] À une extrémité de l’éventail des possibilités, la détention coïncide avec l’arrestation ou l’emprisonnement, et il est évident que la *Charte*

a legal obligation to comply with a police demand or direction, such as a breath sample demand at the roadside, clearly denotes s. 9 detention. As Le Dain J. observed in *Therens*, “[i]t is not realistic to speak of a person who is liable to arrest and prosecution for refusal to comply with a demand which a peace officer is empowered by statute to make as being free to refuse to comply” (p. 643).

[35] At the other end of the spectrum lie encounters between individual and police where it would be clear to a reasonable person that the individual is not being deprived of a meaningful choice whether or not to cooperate with a police demand or directive and hence not detained.

[36] We may rule out at the outset situations where the police are acting in a non-adversarial role and assisting members of the public in circumstances commonly accepted as lacking the essential character of a detention. In many common situations, reasonable people understand that the police are not constraining individual choices, but rather helping people or gathering information. For instance, the reasonable person would understand that a police officer who attends at a medical emergency on a 911 call is not detaining the individuals he or she encounters. This is so even if the police, in taking control of the situation, effectively interfere with an individual’s freedom of movement. Such deprivations of liberty will not be significant enough to attract *Charter* scrutiny because they do not attract legal consequences for the concerned individuals.

[37] Another often-discussed situation is when police officers approach bystanders in the wake of an accident or crime, to determine if they witnessed the event and obtain information that may assist in their investigation. While many people may be happy to assist the police, the law is clear that, subject to specific provisions that may exceptionally govern, the citizen is free to walk away:

s’applique. De la même façon, lorsqu’il existe une obligation légale d’obtempérer à une sommation ou à un ordre de la police, par exemple pour fournir un échantillon d’haleine, il y a manifestement détention au sens où il faut l’entendre pour l’application de l’art. 9. Comme le juge Le Dain l’a signalé dans *Therens*, « [i]l est irréaliste de dire d’une personne qui est passible d’arrestation et de poursuites pour refus d’obtempérer à une sommation faite par un agent de la paix dans l’exercice du pouvoir que lui confère la loi, qu’elle est libre de refuser d’obtempérer à cette sommation » (p. 643).

[35] À l’autre extrémité de l’éventail se trouve le contact entre un policier et un individu qui, aux yeux d’une personne raisonnable, n’empêche manifestement pas l’exercice véritable du choix de se conformer ou non à la sommation ou à la directive de la police et ne constitue donc pas une détention.

[36] Nous pouvons écarter d’emblée les situations où les policiers n’accomplissent pas de fonction répressive, mais prêtent assistance à des membres du public dans des circonstances qui, de l’avis général, ne recèlent aucune des caractéristiques essentielles de la détention. Dans beaucoup de situations courantes, les personnes raisonnables comprennent que la police ne restreint pas les choix individuels, mais qu’elle aide des gens ou recueille des renseignements. Elles comprennent, par exemple, que le policier qui répond à une urgence médicale à la suite d’un appel au 911 ne détient pas les personnes avec qui il interagit, et ce, même s’il restreint effectivement leur liberté de mouvement en prenant la direction des opérations. De telles atteintes à la liberté ne sont pas suffisamment considérables pour justifier un examen fondé sur la *Charte* parce qu’elles sont dépourvues de conséquences juridiques pour les personnes concernées.

[37] Une autre situation dont il est souvent question est celle où les policiers abordent les personnes qui se trouvent sur les lieux d’un accident ou d’un crime afin de déterminer si elles ont été témoins de l’événement et d’obtenir des renseignements susceptibles de les aider dans leur enquête. Même si beaucoup d’individus sont disposés à aider la police, il est clairement établi en droit que, sous réserve de



*R. v. Grafe* (1987), 36 C.C.C. (3d) 267 (Ont. C.A.). Given the existence of such a generally understood right in such circumstances, a reasonable person would not conclude that his or her right to choose whether to cooperate with them has been taken away. This conclusion holds true even if the person may feel compelled to cooperate with the police out of a sense of moral or civic duty. The Ontario Court of Appeal adverted to this concept in *Grafe*, where Krever J.A. wrote, at p. 271:

The law has long recognized that although there is no legal duty there is a moral or social duty on the part of every citizen to answer questions put to him or her by the police and, in that way to assist the police: see, for example, *Rice v. Connolly*, [1966] 2 All E.R. 649 at p. 652, *per* Lord Parker C.J. Implicit in that moral or social duty is the right of a police officer to ask questions even, in my opinion, when he or she has no belief that an offence has been committed. To be asked questions, in these circumstances, cannot be said to be a deprivation of liberty or security.

[38] In the context of investigating an accident or a crime, the police, unbeknownst to them at that point in time, may find themselves asking questions of a person who is implicated in the occurrence and, consequently, is at risk of self-incrimination. This does not preclude the police from continuing to question the person in the pursuit of their investigation. Section 9 of the *Charter* does not require that police abstain from interacting with members of the public until they have specific grounds to connect the individual to the commission of a crime. Nor does s. 10 require that the police advise everyone at the outset of any encounter that they have no obligation to speak to them and are entitled to legal counsel.

[39] Effective law enforcement is highly dependent on the cooperation of members of the public. The police must be able to act in a manner that fosters this cooperation, not discourage it. However, police investigative powers are not without limits. The notion of psychological detention recognizes the reality that police tactics, even in the absence

dispositions précises qui s'appliquent exceptionnellement, les citoyens sont libres de quitter les lieux : *R. c. Grafe* (1987), 36 C.C.C. (3d) 267 (C.A. Ont.). Compte tenu de l'existence d'un tel droit généralement compris dans de telles circonstances, une personne raisonnable ne penserait pas avoir été privée de son droit de choisir de collaborer ou non avec la police. Cette conclusion est valable même si la personne se sent tenue de collaborer par obligation morale ou par devoir civique. La Cour d'appel de l'Ontario a fait allusion à ce concept dans *Grafe*, où le juge Krever a écrit ce qui suit à la p. 271 :

[TRADUCTION] Le droit reconnaît depuis longtemps, même en l'absence d'obligation légale, l'existence d'un devoir moral et social de tout citoyen de répondre aux questions qui lui sont posées par les policiers et de leur prêter ainsi assistance : voir, par exemple, les motifs du lord juge en chef Parker dans *Rice c. Connolly*, [1966] 2 All E.R. 649, p. 652. L'existence de cette obligation morale ou sociale habilite implicitement un policier à poser des questions même, selon moi, quand il n'a aucune raison de croire qu'une infraction a été commise. Dans de telles circonstances, se faire poser des questions ne peut être considéré comme une privation de liberté ou de sécurité.

[38] Il se peut qu'au cours d'une enquête sur un accident ou un crime, des policiers posent, sans le savoir, des questions à une personne qui est impliquée dans l'incident et qui, par conséquent, risque de s'incriminer. Ils ne sont pas pour autant empêchés de continuer à interroger cette personne dans le cadre de leur enquête. L'article 9 de la *Charte* n'oblige pas les policiers à s'abstenir d'interagir avec les membres du public tant qu'ils n'ont pas de motifs précis permettant de rattacher une personne à la perpétration d'un crime. L'article 10 n'oblige pas non plus les policiers à informer d'emblée toute personne de son droit de garder le silence et d'avoir recours à l'assistance d'un avocat.

[39] L'application efficace de la loi dépend largement de la coopération des membres du public. Les policiers doivent avoir la capacité d'agir de façon à favoriser cette coopération, et non à la décourager. Cependant, les pouvoirs d'enquête des policiers ne sont pas illimités. La notion de détention psychologique reconnaît la possibilité que des tactiques

of exercising actual physical restraint, may be coercive enough to effectively remove the individual's choice to walk away from the police. This creates the risk that the person may reasonably feel compelled to incriminate himself or herself. Where that is the case, the police are no longer entitled simply to expect cooperation from an individual. Unless, as stated earlier, the police inform the person that he or she is under no obligation to answer questions and is free to go, a detention may well crystallize and, when it does, the police must provide the subject with his or her s. 10(b) rights. That the obligation arises only on detention represents part of the balance between, on the one hand, the individual rights protected by ss. 9 and 10 and enjoyed by all members of society, and on the other, the collective interest of all members of society in the ability of the police to act on their behalf to investigate and prevent crime.

[40] A more complex situation may arise in the context of neighbourhood policing where the police are not responding to any specific occurrence, but where the non-coercive police role of assisting in meeting needs or maintaining basic order can subtly merge with the potentially coercive police role of investigating crime and arresting suspects so that they may be brought to justice. This is the situation that arises in this case.

[41] As discussed earlier, general inquiries by a patrolling officer present no threat to freedom of choice. On the other hand, such inquiries can escalate into situations where the focus shifts from general community-oriented concern to suspicion of a particular individual. Focussed suspicion, in and of itself, does not turn the encounter in a detention. What matters is how the police, based on that suspicion, interacted with the subject. The language of the *Charter* does not confine detention to situations where a person is in potential jeopardy of arrest. However, this is a factor that may help to determine whether, in a particular circumstance, a reasonable person would conclude he or she had no choice but to comply with a police officer's request. The police must be mindful that, depending on how they act and what they say, the point may be reached where

policieuses, même exemptes de contraintes physiques véritables, soient suffisamment coercitives pour, en réalité, priver une personne du choix de s'en aller. La personne risque alors raisonnablement de se sentir obligée de s'incriminer. En pareil cas, les policiers ne peuvent plus s'attendre simplement à ce qu'elle coopère. Répétons-le, à moins que les policiers n'informent la personne qu'elle n'est pas tenue de répondre aux questions et qu'elle est libre de partir, il se peut fort bien que la détention se soit cristallisée. Dès lors, les policiers doivent observer les garanties juridiques énoncées à l'al. 10b). Le fait que l'obligation ne prenne naissance qu'en cas de détention est un des éléments qui permet d'établir un équilibre entre, d'une part, les droits individuels garantis par les art. 9 et 10 dont bénéficient tous les membres de la société et, d'autre part, l'intérêt collectif de la société à ce que la police puisse effectuer des enquêtes et réprimer le crime.

[40] Les services de police communautaire donnent lieu à une situation plus complexe. En effet, dans ce contexte, les policiers n'interviennent pas en réponse à un incident précis, mais leur fonction non coercitive d'assistance en cas de besoin et de maintien élémentaire de l'ordre peut, de façon subtile, se confondre avec leur fonction potentiellement coercitive d'enquête et d'arrestation de suspects pour qu'ils soient traduits en justice. C'est la situation qui s'est présentée en l'espèce.

[41] Comme nous l'avons vu précédemment, le fait qu'un policier patrouilleur pose des questions générales ne constitue pas une menace à la liberté de choix. Par contre, poser ce type de questions peut conduire à des situations où les préoccupations générales de police communautaire cèdent le pas aux soupçons à l'égard d'un individu en particulier. Les soupçons ne transforment pas en soi le contact en détention. Ce qui compte, c'est la façon dont la police, compte tenu de ces soupçons, a interagi avec l'individu. Le libellé de la *Charte* ne limite pas la détention aux situations où une personne risque d'être mise en état d'arrestation. Cependant, ce facteur peut aider à déterminer si, dans une situation donnée, une personne raisonnable conclurait qu'elle n'a d'autre choix que d'obtempérer à la demande des policiers. Ces derniers doivent être

a reasonable person, in the position of that individual, would conclude he or she is not free to choose to walk away or decline to answer questions.

[42] The length of the encounter said to give rise to the detention may be a relevant consideration. Consider the act of a police officer placing his or her hand on an individual's arm. If sustained, it might well lead a reasonable person to conclude that his or her freedom to choose whether to cooperate or not has been removed. On the other hand, a fleeting touch may not, depending on the circumstances, give rise to a reasonable conclusion that one's liberty has been curtailed. At the same time, it must be remembered that situations can move quickly, and 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.

[43] Whether the individual has been deprived of the right to choose simply to walk away will depend, to reiterate, on all the circumstances of the case. It will be for the trial judge to determine on all the evidence. Deference is owed to the trial judge's findings of fact, although application of the law to the facts is a question of law.

[44] In summary, we conclude as follows:

1. Detention under ss. 9 and 10 of the *Charter* refers to a suspension of the individual's liberty interest by a significant physical or psychological restraint. Psychological detention is established either where the individual has a legal obligation to comply with the restrictive request or demand, or a reasonable person would conclude by reason of the state conduct that he or she had no choice but to comply.
2. In cases where there is no physical restraint or legal obligation, it may not be clear whether

conscients que leurs gestes et leurs paroles peuvent créer une situation où une personne raisonnable, dans la même situation, conclurait en effet qu'elle n'est pas libre de s'en aller ou de refuser de répondre aux questions.

[42] La durée du contact censé constituer une détention peut être un facteur pertinent. Prenons l'exemple d'une policière qui poserait sa main sur le bras d'un individu. Si ce geste dure, il pourrait fort bien amener une personne raisonnable à conclure que sa liberté de choisir entre collaborer ou non lui a été retirée, ce que ne ferait peut-être pas un effleurement, compte tenu des circonstances. Il faut cependant se rappeler qu'une situation peut évoluer rapidement et qu'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.

[43] Rappelons, d'une part, que la question de savoir si la personne a été privée du droit de choisir de simplement quitter les lieux dépend de toutes les circonstances de l'affaire et, d'autre part, qu'il appartient au juge du procès de la trancher en fonction de l'ensemble de la preuve. S'il est vrai qu'il faut faire preuve de déférence à l'égard des conclusions de fait du juge du procès, l'application du droit aux faits constitue une question de droit.

[44] En résumé, nous arrivons aux conclusions suivantes :

1. La détention visée aux art. 9 et 10 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. Il y a détention psychologique quand l'individu est légalement tenu d'obtempérer à une demande contraignante ou à une sommation, ou quand une personne raisonnable conclurait, compte tenu de la conduite de l'État, qu'elle n'a d'autre choix que d'obtempérer.
2. En l'absence de contrainte physique ou d'obligation légale, il peut être difficile de savoir si

a person has been detained. To determine whether the reasonable person in the individual's circumstances would conclude that he or she had been deprived by the state of the liberty of choice, the court may consider, *inter alia*, the following factors:

- (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.

2. Was the Appellant Detained Prior to Incriminating Himself?

[45] Against this background, we return to the question at hand: Was Mr. Grant detained within the meaning of ss. 9 and 10 of the *Charter* before the questions that led him to disclose his firearm? The trial judge held that he was not. An appellate court must approach a trial judge's decision on this issue with appropriate deference. However, we agree with Laskin J.A. that the trial judge's conclusion on the question of detention is undermined by certain key findings of fact that cannot reasonably be supported by the evidence. In the circumstances, it is necessary to revisit the issue.

[46] This is not a clear case of physical restraint or compulsion by operation of law. Accordingly, we

une personne a été mise en détention ou non. Pour déterminer si une personne raisonnable placée dans la même situation conclurait qu'elle a été privée par l'État de sa liberté de choix, le tribunal peut tenir compte, notamment, des facteurs 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.

2. L'appelant a-t-il été mis en détention avant de s'incriminer?

[45] Le contexte étant posé, revenons à la question qui nous occupe : M. Grant était-il en détention au sens où il faut l'entendre pour l'application des art. 9 et 10 de la *Charte* lorsqu'on lui a posé les questions qui l'ont amené à révéler l'existence de l'arme à feu? Le juge du procès a estimé qu'il ne l'était pas. La déférence s'impose, en appel, à l'égard des décisions de première instance sur cette question. Toutefois, nous souscrivons à l'opinion du juge Laskin selon laquelle la conclusion du juge du procès quant à la question de la détention est viciée par d'importantes conclusions de fait qui ne peuvent raisonnablement être étayées par la preuve. L'examen doit donc être repris.

[46] Il ne s'agit pas, en l'espèce, d'un cas clair de contrainte physique ou légale. Par conséquent, nous

must consider all relevant circumstances to determine if a reasonable person in Mr. Grant's position would have concluded that his or her right to choose how to interact with the police (i.e. whether to leave or comply) had been removed.

[47] The encounter began with Cst. Gomes approaching Mr. Grant (stepping in his path) and making general inquiries. Such preliminary questioning is a legitimate exercise of police powers. At this stage, a reasonable person would not have concluded he or she was being deprived of the right to choose how to act, and for that reason there was no detention.

[48] Cst. Gomes then told the appellant to "keep his hands in front of him". This act, viewed in isolation, might be insufficient to indicate detention, on the ground that it was simply a precautionary directive. However, consideration of the entire context of what transpired from this point forward leads to the conclusion that Mr. Grant was detained.

[49] 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.

[50] 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

devons examiner toutes les circonstances pertinentes pour décider si une personne raisonnable placée dans la situation de M. Grant aurait conclu que son droit de choisir le comportement à adopter avec les policiers (c.-à-d. s'en aller ou obtempérer) lui avait été retiré.

[47] Le contact a débuté lorsque l'agent Gomes a abordé M. Grant (se mettant en travers de son chemin) et lui a posé des questions d'ordre général. Une interpellation préliminaire de ce genre s'inscrit dans l'exercice légitime des pouvoirs policiers. Une personne raisonnable n'aurait pas conclu, à ce stade, qu'elle était privée de son droit de choisir comment agir et, pour cette raison, il n'y avait pas détention.

[48] L'agent Gomes a ensuite dit à l'appellant de [TRADUCTION] « garder ses mains devant lui ». Pris isolément, on pourrait considérer ce geste comme une simple directive inspirée par la prudence et insuffisante pour constituer une détention. Toutefois, son examen dans le contexte de tout ce qui en a découlé nous porte à conclure que M. Grant a été mis en détention.

[49] 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'appellant, 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'appellant était bel et bien contrôlé par les policiers.

[50] 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

is not fatal to his argument that there was a detention. We agree 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.

[51] 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.

[52] 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.

### 3. Was the Detention Arbitrary Under Section 9?

[53] We have determined that the appellant was detained prior to his arrest. The question at this point is whether the detention was "arbitrary" within the meaning of s. 9.

[54] The s. 9 guarantee against arbitrary detention is a manifestation of the general principle, enunciated in s. 7, that a person's liberty is not to be curtailed except in accordance with the principles of fundamental justice. As this Court has stated: "This guarantee expresses one of the most

nature objective du test applicable, cette 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.

[51] 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.

[52] 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.

### 3. S'agissait-il d'une détention arbitraire visée par l'art. 9?

[53] Nous avons conclu que l'appelant avait été mis en détention avant son arrestation. À présent, il faut déterminer s'il s'agissait d'une détention « arbitraire » visée par l'art. 9.

[54] La garantie contre la détention arbitraire énoncée à l'art. 9 est une manifestation du principe général, énoncé à l'art. 7, selon lequel il ne peut être porté atteinte à la liberté qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Comme notre Cour l'a indiqué : « Cette garantie exprime une des

fundamental norms of the rule of law. The state may not detain arbitrarily, but only in accordance with the law” (*Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, at para. 88). Section 9 serves to protect individual liberty against unlawful state interference. A lawful detention is not arbitrary within the meaning of s. 9 (*Mann*, at para. 20), unless the law authorizing the detention is itself arbitrary. Conversely, a detention not authorized by law is arbitrary and violates s. 9.

[55] Earlier suggestions that an unlawful detention was not necessarily arbitrary (see *R. v. Duguay* (1985), 18 C.C.C. (3d) 289 (Ont. C.A.)) have been overtaken by *Mann*, in which this Court confirmed the existence of a common law police power of investigative detention. The concern in the earlier cases was that an arrest made on grounds falling just short of the “reasonable and probable grounds” required for arrest should not automatically be considered arbitrary in the sense of being baseless or capricious. *Mann*, in confirming that a brief investigative detention based on “reasonable suspicion” was lawful, implicitly held that a detention in the absence of at least reasonable suspicion is unlawful and therefore arbitrary within s. 9.

[56] This approach mirrors the framework developed for assessing unreasonable searches and seizures under s. 8 of the *Charter*. Under *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, and subsequent cases dealing with s. 8, a search must be authorized by law to be reasonable; the authorizing law must itself be reasonable; and the search must be carried out in a reasonable manner. Similarly, it should now be understood that for a detention to be non-arbitrary, it must be authorized by a law which is itself non-arbitrary. We add that, as with other rights, the s. 9 prohibition of arbitrary detention may be limited under s. 1 by such measures “prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic

normes les plus fondamentales de la primauté du droit. L’État ne peut pas détenir une personne arbitrairement. Une personne ne peut être mise en détention qu’en conformité avec le droit » (*Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350, par. 88). L’article 9 a pour objet de protéger la liberté individuelle contre l’ingérence injustifiée de l’État. Une détention autorisée par la loi n’est pas arbitraire au sens de l’art. 9 (*Mann*, par. 20) à moins que la loi elle-même ne le soit. À l’inverse, la détention qui n’est pas légalement autorisée est arbitraire et elle viole l’art. 9.

[55] Dans *Mann*, notre Cour a écarté l’idée — évoquée dans la jurisprudence antérieure (voir *R. c. Duguay* (1985), 18 C.C.C. (3d) 289 (C.A. Ont.)) — qu’une détention non autorisée par la loi n’était pas nécessairement arbitraire et elle a confirmé l’existence en common law d’un pouvoir policier de détention pour enquête. On voulait, dans cette jurisprudence, qu’une arrestation reposant sur des motifs qui ne correspondaient pas tout à fait aux « motifs raisonnables et probables » nécessaires ne soit pas automatiquement jugée arbitraire au sens de dépourvue de fondement ou abusive. *Mann*, en confirmant la légalité de détentions brèves aux fins d’enquête fondées sur des « soupçons raisonnables », a statué implicitement que, s’il n’existait pas au moins des soupçons raisonnables, la détention était illégale et, par conséquent, arbitraire au sens où il faut l’entendre pour l’application de l’art. 9.

[56] Ce raisonnement reprend le cadre d’analyse élaboré pour l’évaluation du caractère abusif des fouilles, perquisitions et saisies pour l’application de l’art. 8 de la *Charte*. Suivant *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, et les arrêts subséquents portant sur l’art. 8, pour ne pas être jugées abusives, les fouilles ou perquisitions doivent être autorisées par une règle de droit elle-même exempte de caractère abusif et elles doivent être effectuées de façon non abusive. De la même façon, il faut maintenant comprendre que, pour ne pas être jugée arbitraire, la détention doit être autorisée par une loi elle-même non arbitraire. Nous ajoutons que le droit à la protection contre la détention arbitraire



society”: see *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621, and *R. v. Ladouceur*, [1990] 1 S.C.R. 1257.

[57] Here, the officers acknowledged at trial that they did not have legal grounds or reasonable suspicion to detain the accused prior to his incriminating statements. No issue was taken with this concession on appeal. We therefore conclude that the detention was arbitrary and in breach of s. 9.

4. Was the Appellant’s Section 10(b) Right to Counsel Infringed?

[58] In *R. v. Suberu*, 2009 SCC 33, [2009] 2 S.C.R. 460, we conclude that the s. 10(b) right to counsel arises immediately upon detention, whether or not the detention is solely for investigative purposes. That being the case, s. 10(b) of the *Charter* required the police to advise Mr. Grant that he had the right to speak to a lawyer, and to give him a reasonable opportunity to obtain legal advice if he so chose, before proceeding to elicit incriminating information from him. Because he now faced significant legal jeopardy and had passed into the effective control of the police, the appellant was “in immediate need of legal advice”: *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190, at p. 206. Because the officers did not believe they had detained the appellant, they did not comply with their obligations under s. 10(b). The breach of s. 10(b) is established.

B. *Exclusion of the Evidence*

1. Background

[59] When must evidence obtained in violation of a person’s *Charter* rights be excluded? Section 24(2) of the *Charter* provides the following answer:

énoncé à l’art. 9 peut, à l’instar des autres droits, être restreint selon l’article premier « par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique » : voir *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621, et *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257.

[57] En l’espèce, les policiers ont reconnu au procès qu’ils n’avaient pas de motif juridique ou de soupçon raisonnable les autorisant à détenir l’accusé avant que celui-ci fasse les déclarations incriminantes. Cet aveu n’a pas été contesté en appel. Nous concluons donc que la détention était arbitraire et qu’elle violait l’art. 9.

4. Y a-t-il eu atteinte au droit de l’appellant d’avoir recours à l’assistance d’un avocat garanti par l’al. 10b)?

[58] Dans *R. c. Suberu*, 2009 CSC 33, [2009] 2 R.C.S. 460, nous avons conclu que le droit d’avoir recours à l’assistance d’un avocat garanti par l’al. 10b) prend naissance dès la mise en détention, que celle-ci serve exclusivement ou non à des fins d’enquête. Il fallait donc que les policiers informent M. Grant de son droit d’avoir recours à l’assistance d’un avocat et qu’ils lui donnent une possibilité raisonnable de s’en prévaloir — si tel était son souhait — avant de tenter d’obtenir de lui des renseignements incriminants. Parce qu’il courait alors un risque important sur le plan juridique et qu’il se trouvait sous l’autorité de la police, l’appellant avait « immédiatement besoin de conseils juridiques » : *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190, p. 206. Or les policiers, ne croyant pas l’avoir mis en détention, ne se sont pas conformés aux obligations que leur imposait l’al. 10b). La violation de l’al. 10b) est donc établie.

B. *L’exclusion d’éléments de preuve*

1. Le contexte

[59] Quand faut-il écarter les éléments de preuve obtenus en violation de droits garantis par la *Charte*? Le paragraphe 24(2) de la *Charte* répond ainsi à cette question :

Where, in proceedings under subsection (1), 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, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

[60] The test set out in s. 24(2) — what would bring the administration of justice into disrepute having regard to all the circumstances — is broad and imprecise. The question is what considerations enter into making this determination. In *Collins* and in *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, this Court endeavoured to answer this question. The *Collins/Stillman* framework, as interpreted and applied in subsequent decisions, has brought a measure of certainty to the s. 24(2) inquiry. Yet the analytical method it imposes and the results it sometimes produces have been criticized as inconsistent with the language and objectives of s. 24(2). In order to understand these criticisms, it is necessary to briefly review the holdings in *Collins* and *Stillman*.

[61] In *Collins*, the Court (*per* Lamer J., as he then was) proceeded by grouping the factors to be considered under s. 24(2) into three categories: (1) whether the evidence will undermine the fairness of the trial by effectively conscripting the accused against himself or herself; (2) the seriousness of the *Charter* breach; and (3) the effect of excluding the evidence on the long-term repute of the administration of justice. While Lamer J. acknowledged that these categories were merely a “matter of personal preference” (p. 284), they quickly became formalized as the governing test for s. 24(2).

[62] *Collins* shed important light on the factors relevant to determining admissibility of *Charter*-violative evidence under s. 24(2). However, the concepts of trial fairness and conscription under the first branch of *Collins* introduced new problems of

Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), 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 s’il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice.

[60] Le test établi par cette disposition — ce qui est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice, eu égard aux circonstances — est large et imprécis. Il faut donc se demander quels facteurs entrent dans cette appréciation. Notre Cour s’est efforcée de répondre à cette question dans *Collins* et dans *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607. Le cadre d’analyse *Collins/Stillman*, tel qu’il a été interprété et appliqué par la jurisprudence subséquente, a apporté un certain degré de certitude quant à l’examen requis par le par. 24(2). Cependant, la méthode analytique qu’il prescrit et les résultats auxquels il aboutit parfois ont été critiqués et ont fait dire à certains qu’ils ne cadraient ni avec le libellé ni avec les objets de la disposition. Pour comprendre ces critiques, il est nécessaire d’examiner brièvement les décisions rendues dans *Collins* et *Stillman*.

[61] Dans *Collins*, la Cour (sous la plume du juge Lamer, plus tard Juge en chef) a regroupé les facteurs à prendre en considération pour l’analyse requise par le par. 24(2) en trois catégories portant respectivement sur : (1) l’atteinte à l’équité du procès du fait que la preuve mobilise l’accusé contre lui-même, (2) la gravité de la violation de la *Charte* et (3) l’effet de l’exclusion de la preuve sur la considération dont jouit l’administration de la justice, vue à long terme. Bien que le juge Lamer ait indiqué que ces catégories relevaient simplement d’une préférence personnelle (p. 284), elles ont rapidement acquis le statut de test officiel pour l’application du par. 24(2).

[62] Malgré les précieux éclaircissements que *Collins* a apportés sur les facteurs applicables en matière d’appréciation de l’admissibilité d’éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte*, les notions d’équité du procès et de mobilisation du

their own. Moreover, questions arose about what work (if any) remained to be done under the second and third categories, once conscription leading to trial unfairness had been found. Finally, issues arose as to how to measure the seriousness of the breach under the second branch and what weight, if any, should be put on the seriousness of the offence charged in deciding whether to admit evidence.

[63] The admission of physical or “real” evidence obtained from the body of the accused in breach of his or her *Charter* rights proved particularly problematic. Ten years after *Collins*, the Court revisited this question in *Stillman*. The majority held that evidence obtained in breach of the *Charter* should, at the outset of the s. 24(2) inquiry, be classified as either “conscriptive” or “non-conscriptive”. Evidence would be classified as conscriptive where “an accused, in violation of his *Charter* rights, is compelled to incriminate himself at the behest of the state by means of a statement, the use of the body or the production of bodily samples”: *Stillman*, at para. 80, *per* Cory J. The category of conscriptive evidence was also held to include real evidence discovered as a result of an unlawfully conscripted statement. This is known as derivative evidence.

[64] *Stillman* held that conscriptive evidence is generally inadmissible — because of its presumed impact on trial fairness — unless if it would have been independently discovered. Despite reminders that “all the circumstances” must always be considered under s. 24(2) (see *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206, *per* Sopinka J., *R. v. Orbanski*, 2005 SCC 37, [2005] 2 S.C.R. 3, *per* LeBel J.), *Stillman* has generally been read as creating an all-but-automatic exclusionary rule for non-discoverable conscriptive evidence, broadening the category of conscriptive evidence and

premier volet du test ont elles-mêmes soulevé de nouveaux problèmes. En outre, on s’est demandé ce qu’il restait à examiner (le cas échéant) dans les deuxième et troisième catégories de facteurs lorsque la mobilisation qui a entraîné l’inéquité du procès a été établie. Enfin, on s’est interrogé sur la façon de mesurer la gravité de la violation de la *Charte* dans l’examen du deuxième volet de l’analyse et sur le poids à accorder (le cas échéant) à la gravité de l’infraction en cause pour décider de l’admissibilité d’un élément de preuve.

[63] L’utilisation d’un élément de preuve matérielle obtenu du corps de l’accusé en violation des droits que lui garantit la *Charte* s’est avérée particulièrement problématique. Dix ans après *Collins*, la Cour a réexaminé la question, dans l’arrêt *Stillman*. Les juges majoritaires ont estimé qu’il faut, dès le début de l’analyse requise par le par. 24(2), classer les éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte* selon qu’ils sont ou non le fruit de la « mobilisation » de l’accusé contre lui-même. Les éléments de preuve seront de ceux qui découlent de la mobilisation de l’accusé contre lui-même lorsque « [ce dernier], en violation de ses droits garantis par la *Charte*, est forcé de s’incriminer sur l’ordre de l’État au moyen d’une déclaration, de l’utilisation de son corps ou de la production de substances corporelles » : *Stillman*, par. 80, le juge Cory. Il a aussi été jugé que les éléments de preuve matérielle découverts par suite d’une déclaration mobilisant illégalement l’accusé contre lui-même — ce qu’on a appelé preuve dérivée — entrent dans cette catégorie.

[64] Suivant *Stillman*, les éléments de preuve obtenus en mobilisant l’accusé contre lui-même sont généralement inadmissibles — en raison de leur incidence présumée sur l’équité du procès — sauf si elle pouvait être découverte de façon indépendante. Bien que la Cour ait rappelé que l’examen requis par le par. 24(2) doit toujours se faire « eu égard aux circonstances » (voir *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206, le juge Sopinka, et *R. c. Orbanski*, 2005 CSC 37, [2005] 2 R.C.S. 3, le juge LeBel), on considère généralement que *Stillman* a créé une règle d’exclusion virtuellement automatique des

increasing its importance to the ultimate decision on admissibility.

[65] This general rule of inadmissibility of all non-discoverable conscriptive evidence, whether intended by *Stillman* or not, seems to go against the requirement of s. 24(2) that the court determining admissibility must consider “all the circumstances”. The underlying assumption that the use of conscriptive evidence always, or almost always, renders the trial unfair is also open to challenge. In other contexts, this Court has recognized that a fair trial “is one which satisfies the public interest in getting at the truth, while preserving basic procedural fairness to the accused”: *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, at para. 45. It is difficult to reconcile trial fairness as a multifaceted and contextual concept with a near-automatic presumption that admission of a broad class of evidence will render a trial unfair, regardless of the circumstances in which it was obtained. In our view, trial fairness is better conceived as an overarching systemic goal than as a distinct stage of the s. 24(2) analysis.

[66] This brief review of the impact of *Collins* and *Stillman* brings us to the heart of our inquiry on this appeal: clarification of the criteria relevant to determining when, in “all the circumstances”, admission of evidence obtained by a *Charter* breach “would bring the administration of justice into disrepute”.

## 2. Overview of a Revised Approach to Section 24(2)

[67] The words of s. 24(2) capture its purpose: to maintain the good repute of the administration of justice. The term “administration of justice” is

éléments de preuve obtenus en mobilisant l'accusé contre lui-même et non susceptibles d'être découverts de façon indépendante. Cette interprétation élargit la catégorie des éléments de preuve obtenus en mobilisant l'accusé contre lui-même et augmente son importance pour la décision à rendre en matière d'admissibilité.

[65] Cette règle générale de l'inadmissibilité des éléments de preuve qui ont été obtenus en mobilisant l'accusé contre lui-même et qui ne pouvaient être découverts autrement, voulue ou non par l'arrêt *Stillman*, semble aller à l'encontre de l'exigence formulée au par. 24(2) que la cour statuant sur l'admissibilité le fasse « eu égard aux circonstances ». Le postulat sous-jacent selon lequel le recours à une telle preuve rend toujours ou presque le procès inéquitable est lui aussi contestable. En effet, notre Cour a reconnu dans d'autres contextes que le procès équitable est « celui qui répond à l'intérêt qu'a le public à connaître la vérité, tout en préservant l'équité fondamentale en matière de procédure pour l'accusé » : *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, par. 45. La notion complexe et contextuelle d'équité du procès se concilie mal avec une présomption quasi automatique selon laquelle l'utilisation d'une vaste catégorie d'éléments de preuve compromet l'équité du procès sans égard aux circonstances de leur obtention. À notre avis, il convient davantage de concevoir l'équité du procès comme un but systémique général plutôt que comme une étape distincte de l'analyse requise par le par. 24(2).

[66] Ce bref examen de l'effet des arrêts *Collins* et *Stillman* nous amène au cœur de ce qui nous occupe en l'espèce : la clarification des facteurs pertinents pour déterminer quand, « eu égard aux circonstances », l'utilisation d'éléments de preuve obtenus par suite d'une violation de la *Charte* serait « susceptible de déconsidérer l'administration de la justice ».

## 2. Aperçu de la nouvelle méthode pour procéder à l'examen requis par le par. 24(2)

[67] Le libellé du par. 24(2) en exprime bien l'objet : préserver la considération dont jouit l'administration de la justice. L'expression « administration

often used to indicate the processes by which those who break the law are investigated, charged and tried. More broadly, however, the term embraces maintaining the rule of law and upholding *Charter* rights in the justice system as a whole.

[68] The phrase “bring the administration of justice into disrepute” must be understood in the long-term sense of maintaining the integrity of, and public confidence in, the justice system. Exclusion of evidence resulting in an acquittal may provoke immediate criticism. But s. 24(2) does not focus on immediate reaction to the individual case. Rather, it looks to whether the overall repute of the justice system, viewed in the long term, will be adversely affected by admission of the evidence. The inquiry is objective. It asks whether a reasonable person, informed of all relevant circumstances and the values underlying the *Charter*, would conclude that the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute.

[69] Section 24(2)’s focus is not only long-term, but prospective. The fact of the *Charter* breach means damage has already been done to the administration of justice. Section 24(2) starts from that proposition and seeks to ensure that evidence obtained through that breach does not do further damage to the repute of the justice system.

[70] Finally, s. 24(2)’s focus is societal. Section 24(2) is not aimed at punishing the police or providing compensation to the accused, but rather at systemic concerns. The s. 24(2) focus is on the broad impact of admission of the evidence on the long-term repute of the justice system.

[71] A review of the authorities suggests that whether the admission of evidence obtained in breach of the *Charter* would bring the administration of justice into disrepute engages three avenues of inquiry, each rooted in the public

de la justice » est souvent employée pour désigner les processus d’enquête, d’accusation et de jugement qui entrent en jeu en cas de non-respect de la loi. Toutefois, elle 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.

[68] 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. Certes, l’exclusion d’éléments de preuve qui aboutit à un acquittement peut provoquer des critiques sur le coup. Il n’en demeure pas moins que les réactions immédiates, dans des cas particuliers, ne sont pas visées par l’objet du par. 24(2). Cette disposition concerne plutôt l’appréciation de l’effet à long terme de l’utilisation d’éléments de preuve sur la considération globale dont jouit le système de justice et suppose un examen de nature objective, qui vise à déterminer si une personne raisonnable, au fait de l’ensemble des circonstances pertinentes et des valeurs sous-jacentes de la *Charte*, conclurait que l’utilisation d’éléments de preuve donnés serait susceptible de déconsidérer l’administration de la justice.

[69] L’objet du par. 24(2) n’est pas seulement à long terme, il est également prospectif. L’existence d’une violation de la *Charte* signifie que l’administration de la justice a déjà été mise à mal. Le paragraphe 24(2) part de là et vise à faire en sorte que les éléments de preuve obtenus au moyen de cette violation ne déconsidèrent pas davantage le système de justice.

[70] Enfin, le par. 24(2) a un objet sociétal. Il ne vise pas à sanctionner la conduite des policiers ou à dédommager l’accusé, il a plutôt une portée systémique. Il se rapporte aux importantes répercussions de l’utilisation d’éléments de preuve sur la considération à long terme portée au système de justice.

[71] Il ressort de la jurisprudence et de la doctrine qu’il faut, pour déterminer si l’utilisation d’un élément de preuve obtenue en violation de la *Charte* déconsidérerait l’administration de la justice, examiner trois questions tirant chacune leur origine des

interests engaged by s. 24(2), viewed in a long-term, forward-looking and societal perspective. When faced with an application for exclusion under s. 24(2), a court must assess and balance the effect of admitting the evidence on society's confidence in the justice system having regard to: (1) the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct (admission may send the message the justice system condones serious state misconduct), (2) the impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the accused (admission may send the message that individual rights count for little), and (3) society's interest in the adjudication of the case on its merits. The court's role on a s. 24(2) application is to balance the assessments under each of these lines of inquiry to determine whether, considering all the circumstances, admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. These concerns, while not precisely tracking the categories of considerations set out in *Collins*, capture the factors relevant to the s. 24(2) determination as enunciated in *Collins* and subsequent jurisprudence.

(a) *Seriousness of the Charter-Infringing State Conduct*

[72] The first line of inquiry relevant to the s. 24(2) analysis requires a court to assess whether the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute by sending 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 by failing to dissociate themselves from the fruits of that unlawful conduct. 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, by excluding evidence linked to that conduct, in order to preserve public confidence in and ensure state adherence to the rule of law.

[73] This inquiry therefore necessitates an evaluation of the seriousness of the state conduct that led

intérêts publics sous-jacents au par. 24(2), considérés à long terme dans une perspective sociétale prospective. Ainsi, le tribunal saisi d'une demande d'exclusion fondée sur le par. 24(2) doit évaluer et mettre en balance l'effet que l'utilisation des éléments de preuve aurait sur la confiance de la société envers le système de justice en tenant compte de : (1) la gravité de la conduite attentatoire de l'État (l'utilisation peut donner à penser que le système de justice tolère l'inconduite grave de la part de l'État), (2) l'incidence de la violation sur les droits de l'accusé garantis par la *Charte* (l'utilisation peut donner à penser que les droits individuels ont peu de poids) et (3) l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond. Le rôle du tribunal appelé à trancher une demande fondée sur le par. 24(2) consiste à procéder à une mise en balance de chacune de ces questions pour déterminer si, eu égard aux circonstances, l'utilisation d'éléments de preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Bien qu'elles ne recoupent pas exactement les catégories élaborées dans *Collins*, ces questions visent les facteurs pertinents pour trancher une demande fondée sur le par. 24(2), tels qu'ils ont été formulés dans *Collins* et dans la jurisprudence subséquente.

a) *La gravité de la conduite attentatoire de l'État*

[72] Lorsqu'il se penche sur la première question à se poser dans le cadre de l'analyse requise par le par. 24(2), le tribunal doit évaluer si l'utilisation d'éléments de preuve déconsidérerait l'administration de la justice en donnant à penser que les tribunaux, en tant qu'institution devant répondre de l'administration de la justice, tolèrent en fait les entorses de l'État au principe de la primauté du droit en ne se dissociant pas du fruit de ces conduites illégales. 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 en excluant les éléments de preuve ainsi acquis, afin de préserver la confiance du public envers le principe de la primauté du droit et de faire en sorte que l'État s'y conforme.

[73] Cet examen requiert donc l'évaluation de la gravité de la conduite de l'État ayant donné lieu à

to the breach. The concern of this inquiry is not to punish the police or to deter *Charter* breaches, although deterrence of *Charter* breaches may be a happy consequence. The main concern is to preserve public confidence in the rule of law and its processes. In order to determine the effect of admission of the evidence on public confidence in the justice system, the court on a s. 24(2) application must consider the seriousness of the violation, viewed in terms of the gravity of the offending conduct by state authorities whom the rule of law requires to uphold the rights guaranteed by the *Charter*.

[74] State conduct resulting in *Charter* violations varies in seriousness. At one end of the spectrum, admission of evidence obtained through inadvertent or minor violations of the *Charter* may minimally undermine public confidence in the rule of law. At the other end of the spectrum, admitting evidence obtained through a wilful or reckless disregard of *Charter* rights will inevitably have a negative effect on the public confidence in the rule of law, and risk bringing the administration of justice into disrepute.

[75] Extenuating circumstances, such as the need to prevent the disappearance of evidence, may attenuate the seriousness of police conduct that results in a *Charter* breach: *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297, *per* Cory J. “Good faith” on the part of the police will also reduce the need for the court to disassociate itself from the police conduct. However, ignorance of *Charter* standards must not be rewarded or encouraged and negligence or wilful blindness cannot be equated with good faith: *R. v. Genest*, [1989] 1 S.C.R. 59, at p. 87, *per* Dickson C.J.; *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3, at pp. 32-33, *per* Sopinka J.; *R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631, at para. 59. Wilful or flagrant disregard of the *Charter* by those very persons who are charged with upholding the right in question may require that the court dissociate itself from such conduct. It follows that deliberate police conduct in violation of established *Charter* standards tends

la violation. Il ne s’effectue pas dans le but de sanctionner la conduite des policiers ou pour prévenir d’autres violations par la dissuasion, bien qu’un tel résultat puisse être heureux. Son but principal est de préserver la confiance du public envers le principe de la primauté du droit et envers les processus qui le mettent en œuvre. Pour évaluer l’effet de l’utilisation d’éléments de preuve sur la confiance du public envers le système de justice, le tribunal saisi d’une demande fondée sur le par. 24(2) doit examiner l’importance de l’atteinte sous l’angle de la gravité de la conduite répréhensible des autorités étatiques qui, en vertu du principe de la primauté du droit, sont tenues de respecter les droits garantis par la *Charte*.

[74] Les gestes de l’État résultant en une violation de la *Charte* n’ont pas tous la même gravité. À une extrémité de l’éventail des possibilités, l’utilisation d’éléments de preuve obtenus par suite de violations mineures ou commises par inadvertance peut ébranler minimalement la confiance du public à l’égard de la primauté du droit. Par ailleurs, à l’autre extrémité, celle d’éléments de preuve obtenus au mépris délibéré des droits garantis par la *Charte* ou en ne s’en souciant pas aura nécessairement une incidence néfaste sur cette confiance et risquera de déconsidérer l’administration de la justice.

[75] Il se peut que des circonstances atténuantes, telle la nécessité d’empêcher la disparition d’éléments de preuve, réduise la gravité d’actions policières contraires à la *Charte* : *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297, le juge Cory. De même, le tribunal aura moins à se dissocier de la conduite de la police lorsque celle-ci a agi de « bonne foi », quoiqu’il soit impératif de ne pas récompenser ou encourager l’ignorance des règles établies par la *Charte* et de ne pas assimiler la négligence ou l’aveuglement volontaire à la bonne foi : *R. c. Genest*, [1989] 1 R.C.S. 59, p. 87, le juge en chef Dickson; *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3, p. 32-33, le juge Sopinka; *R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631, par. 59. Le non-respect délibéré ou manifeste de la *Charte* de la part de ceux-là mêmes qui sont chargés du maintien des droits qui y sont garantis peut dicter au tribunal de se dissocier d’une telle conduite. Il s’ensuit que des gestes policiers contrevenant



to support exclusion of the evidence. It should also be kept in mind that for every *Charter* breach that comes before the courts, many others may go unidentified and unredressed because they did not turn up relevant evidence leading to a criminal charge. In recognition of the need for courts to distance themselves from this behaviour, therefore, evidence that the *Charter*-infringing conduct was part of a pattern of abuse tends to support exclusion.

(b) *Impact on the Charter-Protected Interests of the Accused*

[76] This inquiry focusses on the seriousness of the impact of the *Charter* breach on the *Charter*-protected interests of the accused. It calls for an evaluation of the extent to which the breach actually undermined the interests protected by the right infringed. The impact of a *Charter* breach may range from fleeting and technical to profoundly intrusive. 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.

[77] To determine the seriousness of the infringement from this perspective, we look to the interests engaged by the infringed right and examine the degree to which the violation impacted on those interests. For example, the interests engaged in the case of a statement to the authorities obtained in breach of the *Charter* include the s. 7 right to silence, or to choose whether or not to speak to authorities (*Hebert*) — all stemming from the principle against self-incrimination: *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417, at para. 44. The more serious the incursion on these interests, the greater the risk that admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute.

[78] Similarly, an unreasonable search contrary to s. 8 of the *Charter* may impact on the protected

délibérément aux règles établies par la *Charte* tendront à fonder l'exclusion des éléments de preuve. Il faut également garder à l'esprit que pour chaque violation de la *Charte* qui aboutit devant les tribunaux, il en existe un grand nombre qui ne sont ni révélées ni corrigées parce qu'elles n'ont pas permis de recueillir d'éléments de preuve pouvant mener à des accusations. Compte tenu de la nécessité que les tribunaux se distancient de tels comportements, la preuve que des actes portant atteinte à la *Charte* s'inscrivent dans un contexte d'abus tend à fonder l'exclusion.

b) *L'incidence de la violation sur les droits de l'accusé garantis par la Charte*

[76] L'examen de cette question met l'accent sur l'importance de l'effet qu'a la violation de la *Charte* sur les droits qui y sont garantis à l'accusé, et il impose d'évaluer la portée réelle de l'atteinte aux intérêts protégés par le droit en cause. Cet effet peut être passager ou d'ordre simplement formel comme il peut être profondément attentatoire. Plus il 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.

[77] Pour juger de la gravité de la violation dans cette perspective, nous examinons les intérêts protégés par le droit transgressé, puis évaluons l'ampleur des conséquences de la violation sur ces intérêts. Par exemple, les intérêts mis en jeu par une déclaration obtenue en violation de la *Charte* comprennent le droit de garder le silence ou de décider de parler ou non aux autorités garanti à l'art. 7 (*Hebert*) — qui découlent tous du principe interdisant l'auto-incrimination : *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417, par. 44. Le risque que l'utilisation des éléments de preuve déconsidère l'administration de la justice augmente en fonction de la gravité de l'empiétement sur ces intérêts.

[78] De la même façon, une fouille ou perquisition abusive contraire à l'art. 8 de la *Charte* peut

interests of privacy, and more broadly, human dignity. An unreasonable search that intrudes on an area in which the individual reasonably enjoys a high expectation of privacy, or that demeans his or her dignity, is more serious than one that does not.

(c) *Society's Interest in an Adjudication on the Merits*

[79] Society generally expects that a criminal allegation will be adjudicated on its merits. Accordingly, the third line of inquiry relevant to the s. 24(2) analysis asks whether the truth-seeking function of the criminal trial process would be better served by admission of the evidence, or by its exclusion. This inquiry reflects society's "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. Thus the Court suggested in *Collins* that a judge on a s. 24(2) application should consider not only the negative impact of admission of the evidence on the repute of the administration of justice, but the impact of *failing to admit* the evidence.

[80] The concern for truth-seeking is only one of the considerations under a s. 24(2) application. The view that reliable evidence is admissible regardless of how it was obtained (see *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272) is inconsistent with the *Charter's* affirmation of rights. More specifically, it is inconsistent with the wording of s. 24(2), which mandates a broad inquiry into all the circumstances, not just the reliability of the evidence.

[81] This said, public interest in truth-finding remains a relevant consideration under the s. 24(2) analysis. The reliability of the evidence is an important factor in this line of inquiry. If a breach (such as one that effectively compels the suspect to talk) undermines the reliability of the evidence,

avoir une incidence sur les intérêts protégés se rattachant à la vie privée et, plus généralement, à la dignité humaine. La fouille ou perquisition abusive qui est effectuée dans un contexte d'attente raisonnablement élevée en matière de vie privée ou qui porte atteinte à la dignité individuelle est plus grave.

c) *L'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond*

[79] La société s'attend généralement à ce que les accusations criminelles soient jugées au fond. C'est pourquoi la troisième question à examiner dans le cadre de l'analyse requise par le par. 24(2) vise 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. Cet examen incorpore l'« intérêt [de la société] 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. C'est ainsi que la Cour a indiqué, dans *Collins*, que le juge saisi d'une demande fondée sur le par. 24(2) doit tenir compte non seulement des répercussions négatives qu'aurait l'utilisation des éléments de preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice, mais également de celles qu'aurait leur *exclusion*.

[80] La recherche de la vérité n'est pas le seul élément à considérer dans le cadre d'une demande fondée sur le par. 24(2). L'opinion voulant que des éléments de preuve fiables soient admissibles peu importe la façon dont ils ont été obtenus (voir *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272) est incompatible avec la déclaration de droits énoncée dans la *Charte* et, plus particulièrement, avec le libellé du par. 24(2) qui requiert un large examen de l'ensemble des circonstances, et non la seule appréciation de la fiabilité des éléments de preuve en cause.

[81] Cela étant dit, l'intérêt du public pour la recherche de la vérité demeure un élément pertinent de l'analyse requise par le par. 24(2), et la fiabilité des éléments de preuve est un facteur important à cet égard. Il pourra y avoir lieu d'exclure des éléments de preuve si une violation (par exemple,

this points in the direction of exclusion of the evidence. The admission of unreliable evidence serves neither the accused's interest in a fair trial nor the public interest in uncovering the truth. Conversely, exclusion of relevant and reliable evidence may undermine the truth-seeking function of the justice system and render the trial unfair from the public perspective, thus bringing the administration of justice into disrepute.

[82] The fact that the evidence obtained in breach of the *Charter* may facilitate the discovery of the truth and the adjudication of a case on its merits must therefore be weighed against factors pointing to exclusion, in order to “balance the interests of truth with the integrity of the justice system”: *Mann*, at para. 57, *per* Iacobucci J. The court must ask “whether the vindication of the specific *Charter* violation through the exclusion of evidence exacts too great a toll on the truth-seeking goal of the criminal trial”: *R. v. Kitaitchik* (2002), 166 C.C.C. (3d) 14 (Ont. C.A.), at para. 47, *per* Doherty J.A.

[83] The importance of the evidence to the prosecution's case is another factor that may be considered in this line of inquiry. Like Deschamps J., we view this factor as corollary to the inquiry into reliability, in the following limited sense. The admission of evidence of questionable reliability is more likely to bring the administration of justice into disrepute where it forms the entirety of the case against the accused. Conversely, the exclusion of highly reliable evidence may impact more negatively on the repute of the administration of justice where the remedy effectively guts the prosecution.

[84] It has been suggested that the judge should also, under this line of inquiry, consider the seriousness of the offence at issue. Indeed, Deschamps J. views this factor as very important, arguing that the more serious the offence, the greater society's interest in its prosecution (para. 226). In our view, while the seriousness of the alleged offence may be a valid consideration, it has the potential to cut

contraindre un suspect à parler) en compromet la fiabilité. L'utilisation d'éléments de preuve non fiables ne sert en effet ni l'intérêt qu'a l'accusé à bénéficier d'un procès équitable ni l'intérêt qu'a le public à découvrir la vérité. À l'inverse, l'exclusion d'éléments de preuve pertinents et fiables risque de compromettre la fonction de recherche de la vérité du système de justice et de rendre le procès inéquitable aux yeux du public, ce qui déconsidérerait l'administration de la justice.

[82] Il faut donc soupeser l'utilité des éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte* pour faciliter la découverte de la vérité et amener une décision au fond par rapport aux facteurs tendant à leur exclusion afin de « mettre en balance l'intérêt de l'État à découvrir la vérité d'une part et l'intégrité du système judiciaire d'autre part » : *Mann*, par. 57, le juge Iacobucci. Le tribunal doit se demander [TRADUCTION] « si la sanction de l'atteinte à la *Charte* par l'exclusion de l'élément de preuve entrave trop sévèrement l'objectif du procès pénal qu'est la recherche de la vérité » : *R. c. Kitaitchik* (2002), 166 C.C.C. (3d) 14 (C.A. Ont.), par. 47, le juge Doherty.

[83] L'importance des éléments de preuve pour la poursuite est un autre facteur à prendre en considération. Comme la juge Deschamps, nous estimons qu'il s'agit là d'un corollaire à l'examen de la fiabilité, au sens restreint où l'utilisation d'un élément de preuve d'une fiabilité douteuse est davantage susceptible de déconsidérer l'administration de la justice lorsqu'il représente la totalité de la preuve de la poursuite. À l'inverse, l'exclusion d'éléments de preuve d'une grande fiabilité peut être plus dommageable pour la considération dont jouit l'administration de la justice si, en réalité, cette mesure est fatale pour la poursuite.

[84] D'aucuns font valoir que la gravité de l'infraction reprochée doit également être prise en considération. La juge Deschamps estime d'ailleurs qu'il s'agit d'un élément important de l'analyse et que plus l'infraction est grave plus la société a intérêt à ce qu'il y ait un procès (par. 226). Nous estimons pour notre part que s'il peut effectivement s'agir d'un facteur valide, c'en est un qui peut jouer dans

both ways. Failure to effectively prosecute a serious charge due to excluded evidence may have an immediate impact on how people view the justice system. Yet, as discussed, it is the long-term reputé of the justice system that is s. 24(2)'s focus. As pointed out in *Burlingham*, the goals furthered by s. 24(2) "operate independently of the type of crime for which the individual stands accused" (para. 51). And as Lamer J. observed in *Collins*, "[t]he *Charter* is designed to protect the accused from the majority, so the enforcement of the *Charter* must not be left to that majority" (p. 282). The short-term public clamour for a conviction in a particular case must not deafen the s. 24(2) judge to the longer-term reputé of the administration of justice. Moreover, while the public has a heightened interest in seeing a determination on the merits where the offence charged is serious, it also has a vital interest in having a justice system that is above reproach, particularly where the penal stakes for the accused are high.

[85] To review, the three lines of inquiry identified above — the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct, the impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the accused, and the societal interest in an adjudication on the merits — reflect what the s. 24(2) judge must consider in assessing the effect of admission of the evidence on the reputé of the administration of justice. Having made these inquiries, which encapsulate consideration of "all the circumstances" of the case, the judge must then determine whether, on balance, the admission of the evidence obtained by *Charter* breach would bring the administration of justice into disrepute.

[86] In all cases, it is the task of the trial judge to weigh the various indications. No overarching rule governs how the balance is to be struck. Mathematical precision is obviously not possible. However, the preceding analysis creates a decision tree, albeit more flexible than the *Stillman* self-incrimination test. We believe this to be required by the words of s. 24(2). We also take comfort in the fact that patterns emerge with respect to

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

[85] En résumé, les trois questions à examiner énumérées plus haut — la gravité de la conduite attentatoire de l'État, l'incidence de la violation sur les droits de l'accusé garantis par la *Charte* et l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond — rendent compte de ce que doit examiner le juge saisi d'une demande fondée sur le par. 24(2) pour juger de l'effet de l'utilisation d'éléments de preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice. Après avoir examiné ces questions, qui englobent « toutes les circonstances » de l'affaire, le juge doit déterminer si, tout compte fait, l'utilisation des éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte* déconsidérerait l'administration de la justice.

[86] C'est toujours au juge du procès qu'il revient de mettre en balance les différents facteurs. Aucune règle prépondérante ne régit cet exercice, qui ne peut manifestement pas être effectué avec une précision mathématique. La grille d'analyse décrite précédemment fournit cependant un arbre décisionnel, quoique plus souple que le critère établi par *Stillman* fondé sur l'auto-incrimination. Nous sommes d'avis que c'est ce que requiert le libellé

particular types of evidence. These patterns serve as guides to judges faced with s. 24(2) applications in future cases. In this way, a measure of certainty is achieved. Where the trial judge has considered the proper factors, appellate courts should accord considerable deference to his or her ultimate determination.

### 3. Application to Different Kinds of Evidence

[87] We have seen that a trial judge on a s. 24(2) application for exclusion of evidence obtained in breach of the *Charter* must consider whether admission would bring the administration of justice into disrepute, having regard to the results of the three lines of inquiry identified above.

[88] We now turn to some of the types of evidence the cases have considered.

#### (a) *Statements by the Accused*

[89] Statements by the accused engage the principle against self-incrimination, “one of the cornerstones of our criminal law”: *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609, at para. 2. This Court in *White*, at para. 44, *per* Iacobucci J., described the principle against self-incrimination as “an overarching principle within our criminal justice system, from which a number of specific common law and *Charter* rules emanate, such as the confessions rule, and the right to silence”. The principle also informs “more specific procedural protections such as, for example, the right to counsel in s. 10(b), the right to non-compellability in s. 11(c), and the right to use immunity set out in s. 13”. Residual protection for the principle against self-incrimination is derived from s. 7.

[90] This case concerns s. 24(2). However, it is important to note at the outset that the common law

du par. 24(2). Nous sommes également rassurées par le fait que des tendances se dessinent quant à des types de preuve particuliers. Elles pourront servir de guides pour les juges appelés à trancher des demandes fondées sur le par. 24(2). Ainsi, on atteint une certitude relative. Lorsque le juge a examiné les bons facteurs, les cours d’appel devraient faire preuve d’une retenue considérable à l’égard de la décision rendue.

### 3. Application aux différents types de preuve

[87] Nous avons vu que le juge de première instance saisi d’une demande fondée sur le par. 24(2) visant l’exclusion d’éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte* doit déterminer si l’utilisation de ces éléments déconsidérerait l’administration de la justice, en fonction des conclusions qu’il tire de l’examen des trois questions décrites précédemment.

[88] Voyons maintenant certains types d’éléments de preuve qui ont été examinés par les tribunaux.

#### a) *Les déclarations faites par l’accusé*

[89] Les déclarations d’un accusé mettent en jeu le principe interdisant l’auto-incrimination, « l’une des pierres angulaires de notre droit criminel » : *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609, par. 2, que notre Cour, sous la plume du juge Iacobucci, a décrit comme suit dans *White* : « . . . un principe prépondérant dans notre système de justice criminelle, duquel émanent un certain nombre de règles issues de la common law et de la *Charte*, comme la règle des confessions et le droit de garder le silence . . . » (par. 44). Ce principe est également à la base de « plusieurs protections procédurales plus précises, comme, par exemple, le droit à l’avocat selon l’al. 10b), le droit à la non-contraingnabilité selon l’al. 11c) et le droit à l’immunité contre l’utilisation de la preuve selon l’art. 13 ». L’article 7 lui confère en outre une protection résiduelle contre l’auto-incrimination.

[90] Le présent pourvoi porte sur le par. 24(2). Il importe toutefois de signaler d’entrée de jeu que

confessions rule, quite apart from s. 24(2), provides a significant safeguard against the improper use of a statement against its maker. Where a statement is made to a recognized person in authority, regardless of whether its maker is detained at the time, it is inadmissible unless the Crown can establish beyond a reasonable doubt that it was made voluntarily. Only if such a statement survives scrutiny under the confessions rule and is found to be voluntary, does the s. 24(2) remedy of exclusion arise. Most commonly, this will occur because of added protections under s. 10(b) of the *Charter*.

[91] There is no absolute rule of exclusion of *Charter*-infringing statements under s. 24(2), as there is for involuntary confessions at common law. However, as a matter of practice, courts have tended to exclude statements obtained in breach of the *Charter*, on the ground that admission on balance would bring the administration of justice into disrepute.

[92] The three lines of inquiry described above support the presumptive general, although not automatic, exclusion of statements obtained in breach of the *Charter*.

[93] The first inquiry focusses on whether admission of the evidence would harm the repute of justice by associating the courts with illegal police conduct. Police conduct in obtaining statements has long been strongly constrained. The preservation of public confidence in the justice system requires that the police adhere to the *Charter* in obtaining statements from a detained accused.

[94] The negative impact on the justice system of admitting evidence obtained through police misconduct varies with the seriousness of the violation. The impression that courts condone serious police misconduct is more harmful to the repute of the justice system than the acceptance of minor or inadvertent slips.

[95] The second inquiry considers the extent to which the breach actually undermined the interests

la règle de common law relative aux confessions assure elle-même, indépendamment du par. 24(2), une importante protection contre l'utilisation irrégulière de déclarations contre leur auteur. Les déclarations faites à une personne reconnue comme personne en autorité, que leur auteur ait été ou non en détention, ne sont admissibles que si le ministère public peut établir hors de tout doute raisonnable leur caractère volontaire. La réparation par l'exclusion prévue au par. 24(2) n'intervient que si une déclaration a passé le test de la règle des confessions et a été jugée volontaire. Le plus souvent, le recours au par. 24(2) entre en jeu vu les protections supplémentaires prévues à l'al. 10(b) de la *Charte*.

[91] Contrairement à la common law à l'égard des confessions involontaires, le par. 24(2) n'énonce pas une règle absolue prescrivant l'exclusion des déclarations obtenues en violation de la *Charte*. En pratique toutefois, les tribunaux ont eu tendance à exclure de telles déclarations puisque, tout bien considéré, ils ont jugé que leur utilisation risquait de déconsidérer l'administration de la justice.

[92] Les trois questions décrites précédemment appuient le principe de l'exclusion générale présumptive, mais non automatique, de déclarations obtenues en violation de la *Charte*.

[93] La première question porte principalement sur le fait de savoir si l'utilisation d'éléments de preuve discréditerait la justice en associant les tribunaux à une conduite policière illégale. L'obtention de déclarations par la police est étroitement encadrée depuis longtemps. Le maintien de la confiance du public envers le système de justice suppose que la police respecte la *Charte* lorsqu'elle recueille des déclarations faites par des accusés en détention.

[94] L'effet néfaste sur le système de justice de l'utilisation d'éléments de preuve obtenus par suite d'une inconduite policière varie selon la gravité de la violation. L'impression que les tribunaux tolèrent de graves écarts de la part de la police ternit davantage la réputation du système de justice que l'acceptation d'irrégularités mineures ou involontaires.

[95] La deuxième question examine dans quelle mesure la violation du droit en cause a effectivement

protected by the right infringed. Again, the potential to harm the reputation of the justice system varies with the seriousness of the impingement on the individual's protected interests. As noted, the right violated by unlawfully obtained statements is often the right to counsel under s. 10(b). The failure to advise of the right to counsel undermines the detainee's right to make a meaningful and informed choice whether to speak, the related right to silence, and, most fundamentally, the protection against testimonial self-incrimination. These rights protect the individual's interest in liberty and autonomy. Violation of these fundamental rights tends to militate in favour of excluding the statement.

[96] This said, particular circumstances may attenuate the impact of a *Charter* breach on the protected interests of the accused from whom a statement is obtained in breach of the *Charter*. For instance, if an individual is clearly informed of his or her choice to speak to the police, but compliance with s. 10(b) was technically defective at either the informational or implementational stage, the impact on the liberty and autonomy interests of the accused in making an informed choice may be reduced. Likewise, when a statement is made spontaneously following a *Charter* breach, or in the exceptional circumstances where it can confidently be said that the statement in question would have been made notwithstanding the *Charter* breach (see *R. v. Harper*, [1994] 3 S.C.R. 343), the impact of the breach on the accused's protected interest in informed choice may be less. Absent such circumstances, the analysis under this line of inquiry supports the general exclusion of statements taken in breach of the *Charter*.

[97] The third inquiry focusses on the public interest in having the case tried fairly on its merits. This may lead to consideration of the reliability of the evidence. Just as involuntary confessions are suspect on grounds of reliability, so may, on occasion, be statements taken in contravention of the *Charter*. Detained by the police and without a lawyer, a suspect may make statements that are

porté atteinte aux intérêts qu'il protège. Dans ce cas aussi, le dommage susceptible d'être causé à la réputation du système de justice varie suivant la gravité de l'atteinte aux intérêts individuels protégés. Comme nous l'avons mentionné, c'est souvent le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat garanti à l'al. 10b) qui est transgressé lors de l'obtention illégale de déclarations. L'omission d'informer le détenu de son droit de consulter un avocat porte atteinte à son droit de décider utilement et de façon éclairée s'il parlera aux policiers, à son droit connexe de garder le silence et, plus fondamentalement, à la protection contre l'auto-incrimination testimoniale dont il jouit. Ces droits protègent l'intérêt qu'ont les individus d'être libres et autonomes; leur violation tend à militer en faveur de l'exclusion des déclarations.

[96] Cela étant dit, il est possible que des circonstances particulières tempèrent l'incidence de l'obtention d'une déclaration en violation de la *Charte* sur les intérêts protégés d'un accusé. Par exemple, si une personne est clairement informée qu'elle est libre de parler ou non à la police, mais qu'un vice de forme survient soit au stade de l'information soit à celui de la mise en application du droit garanti par l'al. 10b), l'atteinte à la liberté et à l'autonomie de l'accusé en matière de choix éclairé peut être moindre. De même, lorsqu'une déclaration est faite spontanément à la suite d'une violation de la *Charte* ou dans des circonstances exceptionnelles permettant de conclure avec assurance que cette déclaration aurait été faite même s'il n'y avait pas eu de violation (voir *R. c. Harper*, [1994] 3 R.C.S. 343), l'incidence de la violation sur l'intérêt protégé de l'accusé à exercer un choix éclairé peut être atténué. En l'absence de telles circonstances, l'examen de cette question favorise l'exclusion générale des déclarations obtenues en violation de la *Charte*.

[97] La troisième question se rapporte à l'intérêt du public à ce que soit tenu un procès équitable au fond et peut donner lieu à un examen de la fiabilité des éléments de preuve. À l'occasion, on peut mettre en doute la fiabilité des déclarations obtenues en violation de la *Charte*, tout comme on peut le faire pour celle des confessions involontaires. Un suspect détenu par la police et non assisté



based more on a misconceived idea of how to get out of his or her predicament than on the truth. This danger, where present, undercuts the argument that the illegally obtained statement is necessary for a trial of the merits.

[98] In summary, the heightened concern with proper police conduct in obtaining statements from suspects and the centrality of the protected interests affected will in most cases favour exclusion of statements taken in breach of the *Charter*, while the third factor, obtaining a decision on the merits, may be attenuated by lack of reliability. This, together with the common law's historic tendency to treat statements of the accused differently from other evidence, explains why such statements tend to be excluded under s. 24(2).

(b) *Bodily Evidence*

[99] Bodily evidence is evidence taken from the body of the accused, such as DNA evidence and breath samples. Section 8 of the *Charter* protects against unreasonable search and seizure, and hence precludes the state from obtaining such evidence in a manner that is unreasonable.

[100] The majority in *Stillman*, applying a capacious definition of conscription, held that bodily evidence is “conscriptive” and that its admission would affect trial fairness. This resulted in a near-automatic exclusionary rule for bodily evidence obtained contrary to the *Charter*.

[101] *Stillman* has been criticized for casting the flexible in “all the circumstances” test prescribed by s. 24(2) into a straitjacket that determines admissibility solely on the basis of the evidence’s conscriptive character rather than all the circumstances; for inappropriately erasing distinctions between testimonial and real evidence; and for producing

d’un avocat peut faire des déclarations qui ont plus à voir avec la tentative de s’extirper de cette situation qu’avec la vérité. L’argument que la déclaration obtenue illégalement est nécessaire à une instruction au fond ne tient pas lorsque ce danger est présent.

[98] Bref, l’importance accrue attachée à une conduite policière adéquate en matière d’obtention de déclarations de suspects et le caractère fondamental des intérêts protégés en jeu favoriseront le plus souvent l’exclusion des déclarations prises en violation de la *Charte*, tandis que l’absence de fiabilité pourra réduire la portée du troisième facteur — l’obtention d’une décision au fond. Cela, jumelé à la tendance historique de la common law à traiter les déclarations des accusés différemment des autres éléments de preuve, explique pourquoi l’application du par. 24(2) aboutit généralement à l’exclusion de telles déclarations.

b) *La preuve corporelle*

[99] La preuve corporelle est constituée d’éléments provenant du corps de l’accusé; il peut s’agir, par exemple, d’une preuve génétique ou d’échantillons d’haleine. L’article 8 de la *Charte* protège contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives et, de ce fait, empêche l’État de recueillir de tels éléments de preuve d’une façon abusive.

[100] Dans l’arrêt *Stillman*, les juges majoritaires ont conclu, sur le fondement d’une définition large de la mobilisation d’un accusé contre lui-même, que la preuve corporelle avait été obtenue « en mobilisant l’accusé contre lui-même » et que son utilisation compromettrait l’équité du procès. Il en a résulté une règle d’exclusion quasi automatique des éléments de preuve corporelle obtenus en contravention de la *Charte*.

[101] On a reproché à l’arrêt *Stillman* d’avoir enfermé le critère d’examen souple « eu égard aux circonstances » établi au par. 24(2) dans un carcan selon lequel l’admissibilité est déterminée uniquement en fonction de la nature auto-incriminante des éléments de preuve et non en fonction de l’ensemble des circonstances, d’avoir indûment fait

anomalous results in some situations: see, e.g., *Burlingham*, per L'Heureux-Dubé J.; *R. v. Schedel* (2003), 175 C.C.C. (3d) 193 (B.C.C.A.), at paras. 67-72, per Esson J.A.; D. M. Paciocco, "Stillman, Disproportion and the Fair Trial Dichotomy under Section 24(2)" (1997), 2 *Can. Crim. L.R.* 163; R. Mahoney, "Problems with the Current Approach to s. 24(2) of the Charter: An Inevitable Discovery" (1999), 42 *Crim. L.Q.* 443; S. Penney, "Taking Deterrence Seriously: Excluding Unconstitutionally Obtained Evidence Under Section 24(2) of the Charter" (2004), 49 *McGill L.J.* 105; D. Stuart, *Charter Justice in Canadian Criminal Law* (4th ed. 2005), at p. 581. We will briefly review each of these criticisms.

[102] The first criticism is that the *Stillman* approach transforms the flexible "all the circumstances" test mandated by s. 24(2) into a categorical conscriptive evidence test. Section 24(2) mandates a broad contextual approach rather than an automatic exclusionary rule: D. M. Paciocco, "The Judicial Repeal of s. 24(2) and the Development of the Canadian Exclusionary Rule" (1989-90), 32 *Crim. L.Q.* 326; A. A. McLellan and B. P. Elman, "The Enforcement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms: An Analysis of Section 24" (1983), 21 *Alta. L. Rev.* 205, at pp. 205-8; *Orbanski*, at para. 93. As stated in *Orbanski*, per LeBel J., the inquiry under s. 24(2) "amounts to finding a proper balance between competing interests and values at stake in the criminal trial, between the search for truth and the integrity of the trial . . . . All the *Collins* factors remain relevant throughout this delicate and nuanced inquiry" (para. 94).

[103] A flexible, multi-factored approach to the admissibility of the evidence is required, not only by the wording of s. 24(2) but by the wide variation between different kinds of bodily evidence. The seriousness of the police conduct and the impact on the accused's rights of taking the bodily evidence,

disparaître des distinctions existant entre la preuve testimoniale et la preuve matérielle et d'avoir produit des résultats aberrants dans certains cas : voir, p. ex., *Burlingham*, la juge L'Heureux-Dubé; *R. c. Schedel* (2003), 175 C.C.C. (3d) 193 (C.A.C.-B.), par. 67-72, le juge Esson; D. M. Paciocco, « *Stillman*, Disproportion and the Fair Trial Dichotomy under Section 24(2) » (1997), 2 *Rev. can. D.P.* 163; R. Mahoney, « Problems with the Current Approach to s. 24(2) of the Charter : An Inevitable Discovery » (1999), 42 *Crim. L.Q.* 443; S. Penney, « Taking Deterrence Seriously : Excluding Unconstitutionally Obtained Evidence Under Section 24(2) of the Charter » (2004), 49 *R.D. McGill* 105; D. Stuart, *Charter Justice in Canadian Criminal Law* (4<sup>e</sup> éd. 2005), p. 581. Nous allons nous arrêter brièvement sur chacune de ces critiques.

[102] La première fait grief à la méthode employée dans *Stillman* d'avoir transformé le critère d'examen souple « eu égard aux circonstances » établi au par. 24(2) en un critère visant strictement à déterminer si les éléments de preuve ont été obtenus en mobilisant l'accusé contre lui-même. Le paragraphe 24(2) prescrit de procéder à un examen contextuel plutôt que d'appliquer une règle d'exclusion automatique : D. M. Paciocco, « The Judicial Repeal of s. 24(2) and the Development of the Canadian Exclusionary Rule » (1989-90), 32 *Crim. L.Q.* 326; A. A. McLellan et B. P. Elman, « The Enforcement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms : An Analysis of Section 24 » (1983), 21 *Alta. L. Rev.* 205, p. 205-208; *Orbanski*, par. 93. Comme le juge LeBel l'a indiqué dans *Orbanski*, l'analyse requise par le par. 24(2) « revient à trouver le juste équilibre entre les intérêts opposés et les valeurs en jeu dans le procès pénal, entre la recherche de la vérité et l'intégrité du procès [. . .] Tous les facteurs de l'arrêt *Collins* demeurent pertinents tout au long de cet examen délicat et nuancé » (par. 94).

[103] L'admissibilité des éléments de preuve doit se déterminer suivant une méthode souple et multifactorielle, en raison non seulement du libellé du par. 24(2), mais aussi des importantes différences existant entre les différents types de preuve corporelle. La gravité de la conduite policière et

may vary greatly. Plucking a hair from the suspect's head may not be intrusive, and the accused's privacy interest in the evidence may be relatively slight. On the other hand, a body cavity or strip search may be intrusive, demeaning and objectionable. A one-size-fits-all conscription test is incapable of dealing with such differences in a way that addresses the point of the s. 24(2) inquiry — to determine if the admission of the evidence will bring the administration of justice into disrepute.

[104] Recent decisions suggest a growing consensus that the admissibility of bodily samples should not depend solely on whether the evidence is conscriptive: *R. v. Richfield* (2003), 178 C.C.C. (3d) 23 (Ont. C.A.), *per* Weiler J.A.; *R. v. Dolynchuk* (2004), 184 C.C.C. (3d) 214 (Man. C.A.), *per* Steel J.A.; *R. v. Banman*, 2008 MBCA 103, 236 C.C.C. (3d) 547, *per* MacInnes J.A. This Court in *R. v. S.A.B.*, 2003 SCC 60, [2003] 2 S.C.R. 678, dealing with the constitutionality of DNA warrant provisions in the *Criminal Code*, acknowledged that the *Charter* concerns raised by the gathering of non-testimonial evidence are better addressed by reference to the interests of privacy, bodily integrity and human dignity, than by a blanket rule that by analogy to compelled statements, such evidence is always inadmissible. See also: L. Stuesser, "R. v. S.A.B.: Putting 'Self-Incrimination' in Context" (2004), 42 *Alta. L. Rev.* 543.

[105] The second and related objection to a simple conscription test for the admissibility of bodily evidence under s. 24(2) is that it wrongly equates bodily evidence with statements taken from the accused. In most situations, statements and bodily samples raise very different considerations from the point of view of the administration of justice. Equating them under the umbrella of conscription

l'incidence de l'obtention de la preuve corporelle sur les droits de l'accusé peuvent varier considérablement. Il se peut que le prélèvement d'un cheveu ne soit pas intrusif et que l'intérêt de l'accusé en matière de vie privée quant à cet élément de preuve puisse être relativement ténu. À l'inverse, l'examen de cavités corporelles ou la fouille à nu peuvent être intrusifs, avilissants et répréhensibles. Un critère universel fondé sur la mobilisation de l'accusé contre lui-même ne permet pas de tenir compte de telles différences d'une manière qui correspond à l'objet de l'examen requis par le par. 24(2), soit d'établir si l'utilisation des éléments de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

[104] Il appert de décisions récentes que l'opinion selon laquelle l'admissibilité d'échantillons corporels ne doit pas dépendre uniquement de la question de savoir s'ils ont été obtenus en mobilisant l'accusé contre lui-même fait de plus en plus consensus : *R. c. Richfield* (2003), 178 C.C.C. (3d) 23 (C.A. Ont.), la juge Weiler; *R. c. Dolynchuk* (2004), 184 C.C.C. (3d) 214 (C.A. Man.), la juge Steel; *R. c. Banman*, 2008 MBCA 103, 236 C.C.C. (3d) 547, le juge MacInnes. Dans l'arrêt *R. c. S.A.B.*, 2003 CSC 60, [2003] 2 R.C.S. 678, portant sur la constitutionnalité des dispositions du *Code criminel* relatives aux mandats ADN, notre Cour a reconnu qu'il vaut mieux trancher les préoccupations relatives à la *Charte* soulevées par l'obtention d'éléments de preuve non testimoniale en se fondant sur les droits en matière de vie privée, d'intégrité corporelle et de dignité humaine plutôt que sur une règle générale décrétant que, par analogie aux déclarations forcées, une telle preuve est toujours inadmissible. Voir aussi : L. Stuesser, « R. v. S.A.B. : Putting "Self-Incrimination" in Context » (2004), 42 *Alta. L. Rev.* 543.

[105] La deuxième critique, connexe à la première, élevée contre le recours à un critère d'admissibilité de la preuve corporelle uniquement fondé sur la mobilisation de l'accusé contre lui-même, pour l'application du par. 24(2), lui fait grief d'assimiler à tort la preuve corporelle aux déclarations obtenues d'un accusé. Dans la plupart des cas, les questions relatives à l'administration de la

risks erasing relevant distinctions and compromising the ultimate analysis of systemic disrepute. As Professor Paciocco has observed, “in equating intimate bodily substances with testimony we are not so much reacting to the compelled participation of the accused as we are to the violation of the privacy and dignity of the person that obtaining such evidence involves” (“*Stillman*, Disproportion and the Fair Trial Dichotomy under Section 24(2)”, at p. 170). Nor does the taking of a bodily sample trench on the accused’s autonomy in the same way as may the unlawful taking of a statement. The pre-trial right to silence under s. 7, the right against testimonial self-incrimination in s. 11(c), and the right against subsequent use of self-incriminating evidence in s. 13 have informed the treatment of statements under s. 24(2). These concepts do not apply coherently to bodily samples, which are not communicative in nature, weakening self-incrimination as the sole criterion for determining their admissibility.

justice soulevées par ces deux types de preuve différent profondément. En les considérant de façon identique sous l’angle de la mobilisation de l’accusé contre lui-même, on risque d’occulter ces distinctions pertinentes et de compromettre l’analyse ultérieure relative à la déconsidération systémique. Comme l’a fait remarquer le professeur Paciocco, [TRADUCTION] « en assimilant les substances corporelles intimes aux témoignages, nous ne réagissons pas tant à la participation forcée de l’accusé qu’à la violation du droit à la vie privée et à la dignité que suppose l’obtention de cette preuve » (« *Stillman*, Disproportion and the Fair Trial Dichotomy under Section 24(2) », p. 170). De même, le prélèvement de substances corporelles ne porte pas atteinte à l’autonomie de l’accusé de la même façon que l’obtention illégale d’une déclaration. Le droit de garder le silence avant le procès garanti par l’art. 7, le droit de ne pas être contraint de témoigner contre soi-même garanti par l’al. 11(c) et le droit à ce qu’aucun témoignage incriminant ne soit utilisé subséquentement garanti par l’art. 13 ont servi de base au traitement des déclarations pour l’application du par. 24(2). Or, ces concepts ne s’appliquent pas de façon cohérente aux échantillons de substances corporelles, qui ne participent pas de la nature d’une communication. L’auto-incrimination comme seul facteur permettant de statuer sur l’admissibilité de ces éléments de preuve s’en trouve affaiblie.

[106] A third criticism of the conscription test for admissibility of bodily evidence under s. 24(2) is that from a practical perspective, the conscriptive test has sometimes produced anomalous results, leading to exclusion of evidence that should, in principle and policy, be admitted: see *Dolynchuk*; *R. v. Shepherd*, 2007 SKCA 29, 218 C.C.C. (3d) 113 (per Smith J.A. dissenting), aff’d 2009 SCC 35, [2009] 2 S.C.R. 527 (released concurrently); and *R. v. Padavattan* (2007), 223 C.C.C. (3d) 221 (Ont. S.C.J.), per Ducharme J. Notably, breath sample evidence tendered on impaired driving charges has often suffered the fate of automatic exclusion even where the breach in question was minor and would not realistically bring the administration of justice into disrepute. More serious breaches in other kinds of cases — for instance, those involving seizures of

[106] En troisième lieu, on a reproché au critère d’admissibilité de la preuve corporelle axé sur la mobilisation de l’accusé contre lui-même de produire parfois des résultats aberrants en pratique, entraînant l’exclusion en application du par. 24(2) d’éléments de preuve qui, en principe, devraient être utilisés : voir *Dolynchuk*; *R. c. Shepherd*, 2007 SKCA 29, 218 C.C.C. (3d) 113 (la juge Smith, dissidente), conf. par 2009 CSC 35, [2009] 2 R.C.S. 527 (rendu simultanément au présent arrêt); et *R. c. Padavattan* (2007), 223 C.C.C. (3d) 221 (C.S.J. Ont.), le juge Ducharme. Par exemple, des échantillons d’haleine produits en preuve dans des affaires de conduite avec facultés affaiblies ont souvent été écartés automatiquement alors que la violation était mineure et qu’elle n’était pas réellement susceptible de déconsidérer l’administration de la

illegal drugs in breach of s. 8 — have resulted in admission on the grounds that the evidence in question was non-conscriptive. This apparent incongruity has justifiably raised concern.

[107] We conclude that the approach to admissibility of bodily evidence under s. 24(2) that asks simply whether the evidence was conscripted should be replaced by a flexible test based on all the circumstances, as the wording of s. 24(2) requires. As for other types of evidence, admissibility should be determined by inquiring into the effect admission may have on the repute of the justice system, having regard to the seriousness of the police conduct, the impact of the *Charter* breach on the protected interests of the accused, and the value of a trial on the merits.

[108] The first inquiry informing the s. 24(2) analysis—the seriousness of the *Charter*-infringing conduct — is fact-specific. Admission of evidence obtained by deliberate and egregious police conduct that disregards the rights of the accused may lead the public to conclude that the court implicitly condones such conduct, undermining respect for the administration of justice. On the other hand, where the breach was committed in good faith, admission of the evidence may have little adverse effect on the repute of the court process.

[109] The second inquiry assesses the danger that admitting the evidence may suggest that *Charter* rights do not count, thereby negatively impacting on the repute of the system of justice. This requires the judge to look at the seriousness of the breach on the accused's protected interests. In the context of bodily evidence obtained in violation of s. 8, this inquiry requires the court to examine the degree to which the search and seizure intruded upon the

justice, tandis que, dans d'autres types d'affaires — comportant notamment la saisie de drogues illégales en violation de l'art. 8 — les éléments de preuve ont été utilisés malgré des violations plus graves, parce qu'ils n'avaient pas été obtenus en mobilisant l'accusé contre lui-même. On peut estimer avec raison que cette incongruité manifeste est préoccupante.

[107] Ainsi, pour l'application du par. 24(2), nous estimons qu'il convient de remplacer l'examen de l'admissibilité des éléments de preuve corporelle s'attachant uniquement à déterminer s'ils ont été obtenus par mobilisation de l'accusé contre lui-même par un critère souple tenant compte de l'ensemble des circonstances, comme l'exige le libellé du par. 24(2). Comme pour les autres types d'éléments de preuve, leur admissibilité devrait s'apprécier en examinant l'effet qu'aurait leur utilisation sur la considération dont jouit le système de justice, compte tenu de la gravité de la conduite policière, des incidences de la violation de la *Charte* sur les intérêts protégés de l'accusé et de la valeur de l'instruction au fond de l'affaire.

[108] Le premier point à examiner dans le cadre de l'analyse requise par le par. 24(2) — la gravité de la conduite attentatoire — est d'ordre factuel. L'utilisation d'éléments de preuve obtenus à la suite d'une conduite policière délibérée, inacceptable et faisant fi des droits de l'accusé peut amener à penser que les tribunaux tolèrent implicitement ce genre de conduite et ébranler le respect dont jouit l'administration de la justice. Par contre, lorsque les policiers ont agi de bonne foi, il se peut que l'utilisation des éléments de preuve en dépit de la violation ait peu d'effet préjudiciable sur la considération dont jouit le processus judiciaire.

[109] Le deuxième point à examiner concerne la possibilité que l'utilisation des éléments de preuve laisse supposer que les droits garantis par la *Charte* ne sont pas très importants, ce qui risque de compromettre la considération attachée au système de justice. Le juge doit donc examiner la gravité de la violation des intérêts protégés de l'accusé et, à l'égard d'éléments de preuve corporelle obtenus en violation de l'art. 8, évaluer dans quelle mesure la

privacy, bodily integrity and human dignity of the accused. The seriousness of the intrusion on the accused may vary greatly. At one end of the spectrum, one finds the forcible taking of blood samples or dental impressions (as in *Stillman*). At the other end of the spectrum lie relatively innocuous procedures such as fingerprinting or iris-recognition technology. The greater the intrusion on these interests, the more important it is that a court exclude the evidence in order to substantiate the *Charter* rights of the accused.

[110] The third line of inquiry — the effect of admitting the evidence on the public interest in having a case adjudicated on its merits — will usually favour admission in cases involving bodily samples. Unlike compelled statements, evidence obtained from the accused's body is generally reliable, and the risk of error inherent in depriving the trier of fact of the evidence may well tip the balance in favour of admission.

[111] While each case must be considered on its own facts, it may be ventured in general that where an intrusion on bodily integrity is deliberately inflicted and the impact on the accused's privacy, bodily integrity and dignity is high, bodily evidence will be excluded, notwithstanding its relevance and reliability. On the other hand, where the violation is less egregious and the intrusion is less severe in terms of privacy, bodily integrity and dignity, reliable evidence obtained from the accused's body may be admitted. For example, this will often be the case with breath sample evidence, whose method of collection is relatively non-intrusive.

(c) *Non-Bodily Physical Evidence*

[112] The three inquiries under s. 24(2) will proceed largely as explained above. Again, under the first inquiry, the seriousness of the *Charter*-infringing conduct will be a fact-specific determination. The degree to which this inquiry militates in favour of excluding the bodily evidence will

fouille, la perquisition ou la saisie a porté atteinte à la vie privée, à l'intégrité corporelle et à la dignité humaine de l'accusé. Les procédés intrusifs peuvent varier beaucoup en gravité, allant de gestes plutôt bénins comme la prise d'empreintes digitales ou l'emploi de techniques de reconnaissance de l'iris à la prise d'échantillons de sang ou d'empreintes dentaires par la force (comme dans *Stillman*). Plus l'atteinte est grande, plus il importe que le tribunal écarte les éléments de preuve afin de donner corps aux droits garantis par la *Charte* aux accusés.

[110] Le troisième point — l'incidence de l'utilisation des éléments de preuve sur l'intérêt du public à ce que l'affaire soit jugée au fond — favorisera généralement l'utilisation des éléments de preuve lorsqu'il s'agit d'échantillons de substances corporelles. En effet, contrairement aux déclarations forcées, les éléments de preuve corporelle sont généralement fiables, et le risque d'erreur qui surgit nécessairement lorsque le juge des faits est privé d'éléments de preuve peut faire pencher la balance du côté de l'utilisation.

[111] Bien qu'il faille toujours tenir compte des faits particuliers de chaque cause, on peut dire que, en règle générale, les éléments de preuve seront écartés en dépit de leur pertinence et de leur fiabilité lorsque l'atteinte à l'intégrité corporelle est délibérée et a des effets importants sur la vie privée, l'intégrité corporelle et la dignité de l'accusé. À l'inverse, lorsque la violation est moins inacceptable et l'atteinte moins sévère, les éléments de preuve corporelle fiables pourront être admis. Ce sera souvent le cas, par exemple, des échantillons d'haleine, qui s'obtiennent par des procédés relativement non intrusifs.

c) *Les éléments de preuve matérielle non corporelle*

[112] L'examen en trois points qu'exige l'application du par. 24(2) se fera *grosso modo* de la façon décrite précédemment. L'examen du premier point, soit de la gravité de la conduite attentatoire, sera encore une fois d'ordre factuel, et il militera ou non en faveur de l'exclusion des éléments de preuve en

depend on the extent to which the conduct can be characterized as deliberate or egregious.

[113] With respect to the second inquiry, the *Charter* breach most often associated with non-bodily physical evidence is the s. 8 protection against unreasonable search and seizure: see, e.g., *Buhay*. Privacy is the principal interest involved in such cases. The jurisprudence offers guidance in evaluating the extent to which the accused's reasonable expectation of privacy was infringed. For example, a dwelling house attracts a higher expectation of privacy than a place of business or an automobile. An illegal search of a house will therefore be seen as more serious at this stage of the analysis.

[114] Other interests, such as human dignity, may also be affected by search and seizure of such evidence. The question is how seriously the *Charter* breach impacted on these interests. For instance, an unjustified strip search or body cavity search is demeaning to the suspect's human dignity and will be viewed as extremely serious on that account: *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, at pp. 516-17, *per* Dickson C.J.; *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679. The fact that the evidence thereby obtained is not itself a bodily sample cannot be seen to diminish the seriousness of the intrusion.

[115] The third inquiry, whether the admission of the evidence would serve society's interest in having a case adjudicated on its merits, like the others, engages the facts of the particular case. Reliability issues with physical evidence will not generally be related to the *Charter* breach. Therefore, this consideration tends to weigh in favour of admission.

#### (d) *Derivative Evidence*

[116] The class of evidence that presents the greatest difficulty is evidence that combines aspects of both statements and physical evidence — physical evidence discovered as a result of an unlawfully

fonction du caractère délibéré ou inacceptable de la conduite.

[113] S'agissant du deuxième point, la violation de la *Charte* le plus souvent relevée en liaison avec la preuve matérielle non corporelle concerne la protection prévue à l'art. 8 contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives : voir, p. ex., *Buhay*. C'est principalement l'intérêt relatif à la vie privée qui est alors en cause. La jurisprudence peut nous éclairer pour déterminer dans quelle mesure il y a eu violation de l'attente raisonnable de l'accusé au respect de sa vie privée. Par exemple, l'attente est plus grande à l'égard d'un lieu d'habitation qu'à l'égard d'un établissement commercial ou d'une automobile. Une perquisition ou une fouille illégale dans un domicile sera donc considérée comme une violation plus grave à ce stade de l'analyse.

[114] Les fouilles, perquisitions ou saisies présidant à l'obtention de ce type d'éléments de preuve peuvent mettre en cause d'autres intérêts comme celui relatif à la dignité humaine. Il faut évaluer la gravité des incidences de la violation de la *Charte* sur ces intérêts. Par exemple, une fouille à nu ou l'examen de cavités corporelles non justifiés sont attentatoires à la dignité humaine du suspect et seront jugés très graves pour cette raison : *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, p. 516-517, le juge en chef Dickson; *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679. Le fait que l'élément de preuve obtenu de cette façon n'est pas une substance corporelle n'atténue pas la gravité de l'atteinte.

[115] Le troisième point à examiner — soit celui de savoir si l'utilisation des éléments de preuve servirait l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond — dépend, comme les autres, des faits en cause. De façon générale, la fiabilité des éléments de preuve matérielle n'aura pas de lien avec la violation de la *Charte*, de sorte que cet examen tend à favoriser leur utilisation.

#### d) *La preuve dérivée*

[116] La catégorie d'éléments de preuve la plus problématique est celle qui combine certains aspects des déclarations et certains aspects de la preuve matérielle — soit, une preuve matérielle



obtained statement. The cases refer to this evidence as derivative evidence. This is the type of evidence at issue in this case.

[117] We earlier saw that at common law, involuntary confessions are inadmissible. The common law's automatic exclusion of involuntary statements is based on a sense that it is unfair to conscript a person against himself or herself and, most importantly, on a concern about the unreliability of compelled statements. However, the common law drew the line of automatic inadmissibility at the statements themselves and not the physical or "real" evidence found as a result of information garnered from such statements. Because reliability was traditionally the dominant focus of the confessions rule, the public interest in getting at the truth through reliable evidence was seen to outweigh concerns related to self-incrimination: *Wray* and *R. v. St. Lawrence*, [1949] O.R. 215 (H.C.J.).

[118] Section 24(2) of the *Charter* implicitly overruled the common law practice of always admitting reliable derivative evidence. Instead, the judge is required to consider whether admission of derivative evidence obtained through a *Charter* breach would bring the administration of justice into disrepute.

[119] The s. 24(2) jurisprudence on derivative physical evidence has thus far been dominated by two related concepts — conscription and discoverability. Physical evidence that would not have been discovered but for an inadmissible statement has been considered conscriptive and hence is inadmissible: *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13, and *Burlingham*. The doctrine of "discoverability" has been developed in order to distinguish those cases in which the accused's conscription was necessary to the collection of the evidence, from those cases where the evidence would have been obtained in any event. In the former cases, exclusion was the rule, while in the latter, admission was more likely.

découverte à la suite d'une déclaration obtenue illégalement. C'est ce que la jurisprudence appelle la preuve dérivée et c'est le type de preuve en cause en l'espèce.

[117] Nous avons vu précédemment que les confessions involontaires sont inadmissibles en common law. Cette exclusion automatique des déclarations involontaires procède de la perception qu'il est injuste de mobiliser une personne contre elle-même et, surtout, du doute au sujet de la fiabilité des déclarations forcées. Toutefois, la common law n'a pas étendu l'inadmissibilité automatique aux éléments de preuve matérielle découverts grâce aux renseignements tirés de ces déclarations. La règle des confessions s'étant articulé surtout autour de la notion de fiabilité, l'intérêt du public à ce que la vérité soit établie au moyen d'une preuve fiable a, en common law, primé sur les préoccupations relatives à l'auto-incrimination : *Wray* et *R. c. St. Lawrence*, [1949] O.R. 215 (H.C.J.).

[118] Le paragraphe 24(2) de la *Charte* a implicitement infirmé la pratique de common law consistant à toujours admettre les éléments de preuve dérivée fiables. Le juge doit désormais se demander si l'utilisation des éléments de preuve dérivée obtenus par suite d'une violation de la *Charte* serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

[119] La jurisprudence relative au par. 24(2) traitant d'éléments de preuve matérielle dérivée a donc été dominée, jusqu'à présent, par deux notions connexes — celle de la mobilisation de l'accusé contre lui-même et celle de la possibilité de découvrir. Les éléments de preuve matérielle qui n'auraient pas été découverts n'eût été de la déclaration inadmissible ont été considérés comme des éléments de preuve obtenus en mobilisant l'accusé contre lui-même et, par suite, jugés inadmissibles : *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13, et *Burlingham*. La théorie de la « possibilité de découvrir » a été élaborée pour distinguer les cas où la mobilisation de l'accusé contre lui-même était nécessaire à l'obtention d'éléments de preuve de ceux où les éléments de preuve auraient été recueillis de toute manière. Dans le premier cas, il y avait exclusion, tandis que, dans le second, les chances qu'ils soient utilisés étaient supérieures.

[120] The conscription-discoverability doctrine has been justifiably criticized as overly speculative and capable of producing anomalous results: D. Stuart, “Questioning the Discoverability Doctrine in Section 24(2) Rulings” (1996), 48 C.R. (4th) 351; Hogg, at section 41.8(d). In practice, it has proved difficult to apply because of its hypothetical nature and because of the fine-grained distinctions between the tests for determining whether evidence is “derivative” and whether it is “discoverable”: see *Feeney*, at paras. 69-71.

[121] The existing rules on derivative evidence and discoverability were developed under the *Collins* trial fairness rationale. They gave effect to the insight that if evidence would have been discovered in any event, the accused’s conscription did not truly *cause* the evidence to become available. The discoverability doctrine acquired even greater importance under *Stillman* where the category of conscriptive evidence was considerably enlarged. Since we have concluded that this underlying rationale should no longer hold and that “trial fairness” in the *Collins/Stillman* sense is no longer a determinative criterion for the s. 24(2) inquiry, discoverability should likewise not be determinative of admissibility.

[122] Discoverability retains a useful role, however, in assessing the actual impact of the breach on the protected interests of the accused. It allows the court to assess the strength of the causal connection between the *Charter*-infringing self-incrimination and the resultant evidence. The more likely it is that the evidence would have been obtained even without the statement, the lesser the impact of the breach on the accused’s underlying interest against self-incrimination. The converse, of course, is also true. On the other hand, in cases where it cannot be determined with any confidence whether evidence would have been discovered in absence of

[120] On a critiqué ces deux notions à juste titre parce qu’elles laissaient trop place aux suppositions et qu’elles pouvaient donner des résultats aberrants : D. Stuart, « Questioning the Discoverability Doctrine in Section 24(2) Rulings » (1996), 48 C.R. (4th) 351; Hogg, section 41.8d). En pratique, elles se sont révélées difficiles à appliquer en raison de leur nature hypothétique et de la subtilité des distinctions entre les critères servant à déterminer si les éléments de preuve sont « dérivé[s] » et si ils « pouvai[en]t être découvert[s] » : voir *Feeney*, par. 69-71.

[121] Les règles existantes en matière de preuve dérivée et de possibilité de découvrir ont été élaborées sur le fondement de la notion d’équité du procès dégagée dans l’arrêt *Collins*, et elles donnaient effet à l’idée que, lorsque les éléments de preuve auraient été découverts de toute façon, la mobilisation de l’accusé contre lui-même n’est pas véritablement *la cause* de leur disponibilité. La théorie de la possibilité de découvrir a pris encore plus d’importance avec l’arrêt *Stillman*, qui a considérablement élargi la catégorie des éléments de preuve obtenus en mobilisant l’accusé contre lui-même. Comme nous avons conclu que ce fondement sous-jacent ne tenait plus et que l’équité du procès au sens des arrêts *Collins* et *Stillman* ne constitue plus un critère déterminant pour les besoins de l’analyse requise par le par. 24(2), la possibilité de découvrir ne devrait pas davantage être déterminante quant à l’opportunité d’utiliser des éléments de preuve dérivée.

[122] La possibilité de découvrir reste toutefois utile pour évaluer l’impact réel de la violation sur les intérêts protégés de l’accusé. En effet, ce critère permet au tribunal d’évaluer la force du lien de causalité entre l’auto-incrimination contraire à la *Charte* et les éléments de preuve qui en ont découlé. Plus il est probable que ces derniers auraient été obtenus même sans la déclaration, moins les incidences de la violation sur l’intérêt sous-jacent de l’accusé de ne pas s’incriminer ont d’importance. Bien entendu, l’inverse est également vrai. Par ailleurs, lorsqu’il est impossible d’établir avec certitude si les éléments de preuve auraient été découverts sans

the statement, discoverability will have no impact on the s. 24(2) inquiry.

[123] To determine whether the admission of derivative evidence would bring the administration of justice into disrepute under s. 24(2), courts must pursue the usual three lines of inquiry outlined in these reasons, taking into account the self-incriminatory origin of the evidence in an improperly obtained statement as well as its status as real evidence.

[124] The first inquiry concerns the police conduct in obtaining the statement that led to the real evidence. Once again, the extent to which this inquiry favours exclusion will depend on the factual circumstances of the breach: the more serious the state conduct, the more the admission of the evidence derived from it tends to undermine public confidence in the rule of law. Were the police deliberately and systematically flouting the accused's *Charter* rights? Or were the officers acting in good faith, pursuant to what they thought were legitimate policing policies?

[125] The second inquiry focusses on the impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the accused. Where a statement is unconstitutionally obtained, in many cases the *Charter* right breached is the s. 10(b) right to counsel, which protects the accused's interest in making an informed choice whether or not to speak to authorities. The relevant consideration at this stage will be the extent to which the *Charter* breach impinged upon that interest in a free and informed choice. Where that interest was significantly compromised by the breach, this factor will strongly favour exclusion. In determining the impact of the breach, the discoverability of the derivative evidence may also be important as a factor strengthening or attenuating the self-incriminatory character of the evidence. If the derivative evidence was independently discoverable, the impact of the breach on the accused is lessened and admission is more likely.

la déclaration, la possibilité de découvrir n'influera pas sur l'analyse requise par le par. 24(2).

[123] Afin de déterminer, pour l'application du par. 24(2), si l'utilisation d'une preuve dérivée est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, les tribunaux doivent examiner les trois questions usuelles que nous avons décrites dans les présents motifs, en tenant compte de l'origine auto-incriminante des éléments de preuve tirés d'une déclaration obtenue irrégulièrement ainsi que de son statut en tant que preuve matérielle.

[124] La première question porte sur la façon dont la police a obtenu la déclaration ayant permis de mettre la main sur la preuve matérielle. Encore une fois, les circonstances factuelles de la violation dicteront dans quelle mesure l'examen de cette question favorisera l'exclusion : plus la conduite de l'État est grave, plus l'utilisation des éléments de preuve qui en découlent tend à miner la confiance du public en la primauté du droit. Les policiers ont-ils délibérément et systématiquement bafoué les droits de l'accusé garantis par la *Charte*? Ou ont-ils plutôt agi de bonne foi, conformément à des politiques policières qu'ils croyaient légitimes?

[125] La deuxième question met l'accent sur les incidences de la violation sur les droits de l'accusé garantis par la *Charte*. Souvent, c'est le droit à l'avocat énoncé à l'al. 10b) — qui protège l'intérêt de l'accusé à décider de façon éclairée s'il parlera ou non aux autorités — qui est violé par l'obtention inconstitutionnelle d'une déclaration. À ce stade, l'examen pertinent consiste à déterminer dans quelle mesure la violation de la *Charte* a empiété sur cet intérêt à faire un choix libre et éclairé. Lorsque l'atteinte à cet intérêt est considérable, ce facteur militera fortement en faveur de l'exclusion. Pour évaluer l'incidence de la violation, la possibilité de découvrir les éléments de preuve dérivée peut revêtir elle aussi de l'importance en tant que facteur qui accroît ou qui atténue le caractère auto-incriminant des éléments de preuve. Si les éléments de preuve dérivée pouvaient être découverts de façon indépendante, l'incidence de la violation pour l'accusé est atténuée et l'utilisation des éléments de preuve est plus probable.

[126] The third inquiry in determining whether admission of the derivative evidence would bring the administration into disrepute relates to society's interest in having the case adjudicated on its merits. Since evidence in this category is real or physical, there is usually less concern as to the reliability of the evidence. Thus, the public interest in having a trial adjudicated on its merits will usually favour admission of the derivative evidence.

[127] The weighing process and balancing of these concerns is one for the trial judge in each case. Provided the judge has considered the correct factors, considerable deference should be accorded to his or her decision. As a general rule, however, it can be ventured that where reliable evidence is discovered as a result of a good faith infringement that did not greatly undermine the accused's protected interests, the trial judge may conclude that it should be admitted under s. 24(2). On the other hand, deliberate and egregious police conduct that severely impacted the accused's protected interests may result in exclusion, notwithstanding that the evidence may be reliable.

[128] The s. 24(2) judge must remain sensitive to the concern that a more flexible rule may encourage police to improperly obtain statements that they know will be inadmissible, in order to find derivative evidence which they believe may be admissible. The judge should refuse to admit evidence where there is reason to believe the police deliberately abused their power to obtain a statement which might lead them to such evidence. Where derivative evidence is obtained by way of a deliberate or flagrant *Charter* breach, its admission would bring the administration of justice into further disrepute and the evidence should be excluded.

#### 4. Application to This Case

[129] The issue is whether the gun produced by Mr. Grant after Toronto police stopped and questioned him should be excluded from the evidence at his trial. The trial judge held that had a

[126] La troisième question à examiner pour établir si l'utilisation des éléments de preuve dérivée serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice concerne l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond. Comme la preuve dérivée est de nature matérielle, sa fiabilité est généralement moins problématique, et l'intérêt du public à ce qu'un procès soit instruit sur le fond favorisera donc habituellement son utilisation.

[127] Il appartient chaque fois au juge du procès de soupeser et de mettre en balance ces questions. Dans la mesure où il tient compte des facteurs appropriés, il faut faire preuve d'une grande déférence à l'égard de sa décision. On peut toutefois avancer que, en règle générale, lorsque des éléments de preuve fiables sont recueillis à la suite d'une violation résultant de gestes accomplis de bonne foi sans porter gravement atteinte aux intérêts protégés de l'accusé, le juge du procès peut conclure à l'admissibilité de ces éléments pour l'application du par. 24(2). Par contre, une conduite policière délibérée et inacceptable portant substantiellement atteinte à ces intérêts pourra entraîner l'exclusion des éléments de preuve en dépit de leur fiabilité.

[128] Le juge appelé à appliquer le par. 24(2) ne doit pas perdre de vue qu'une règle plus souple peut encourager les policiers à obtenir des déclarations qu'ils savent inadmissibles dans le but de recueillir des éléments de preuve dérivée qui pourraient, à leurs yeux, être utilisés. Lorsqu'il a des raisons de croire que les policiers ont délibérément agi abusivement afin d'obtenir une déclaration pouvant les mener à de tels éléments, le juge devrait refuser de les recevoir en preuve. L'utilisation d'éléments de preuve dérivée recueillis par suite d'une violation flagrante et délibérée de la *Charte* serait susceptible de déconsidérer encore davantage l'administration de la justice, de sorte qu'il y a lieu d'écarter les éléments de preuve.

#### 4. Application en l'espèce

[129] Il faut déterminer si le revolver produit par M. Grant après son interception et son interrogatoire par des policiers de Toronto doit être écarté. Le juge du procès a conclu que si une violation de

*Charter* breach been established, he would not have excluded the evidence. While the trial judge's s. 24(2) conclusion may not command deference where an appellate court reaches a different conclusion on the breach itself (see *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223, at pp. 256-57, *per* Sopinka J.; *R. v. Harris*, 2007 ONCA 574, 225 C.C.C. (3d) 193, at p. 212), the trial judge's underlying factual findings must be respected, absent palpable and overriding error.

[130] Here, the admissibility of Mr. Grant's incriminatory statements is not in issue, the statements having no independent evidentiary value. The only issue is the admission or exclusion of the gun. This falls to be determined in accordance with the inquiries described earlier.

[131] At the outset, it is necessary to consider whether the gun was "obtained in a manner" that violated Mr. Grant's *Charter* rights: see *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980, and *R. v. Goldhart*, [1996] 2 S.C.R. 463. As explained above, we have concluded that Mr. Grant's rights under ss. 9 and 10(b) of the *Charter* were breached. The discovery of the gun was both temporally and causally connected to these infringements. It follows that the gun was obtained as a result of a *Charter* breach.

[132] Because the gun was discovered as a result of statements taken in breach of the *Charter*, it is derivative evidence. The question, as always, is whether its admission would bring the administration of justice into disrepute. To answer this question, it is necessary to consider the concerns that underlie the s. 24(2) analysis, as discussed above, in "all the circumstances" of the case, including the arbitrary detention and the breach of the right to counsel.

[133] We consider first the seriousness of the improper police conduct that led to the discovery of the gun. The police conduct here, while not in conformity with the *Charter*, was not abusive. There

la *Charte* avait été démontrée, il n'aurait pas écarté cet élément de preuve. Bien que la conclusion du juge du procès relativement à l'application du par. 24(2) puisse ne pas commander la déférence lorsque le tribunal d'appel formule une conclusion différente sur la question de la violation elle-même (voir *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223, p. 256-257, le juge Sopinka; *R. c. Harris*, 2007 ONCA 574, 225 C.C.C. (3d) 193, p. 212), il faut, en l'absence d'une erreur manifeste et dominante, respecter les conclusions de fait sous-jacentes du juge du procès.

[130] L'admissibilité des déclarations incriminantes de M. Grant n'est pas en cause puisqu'elles n'ont pas de valeur probante indépendante. La seule question qui se pose est celle de l'admissibilité de l'arme, et elle doit être résolue au moyen de la grille d'analyse décrite précédemment.

[131] D'emblée, il faut se demander si le revolver a été obtenu « dans des conditions qui portent atteinte » aux droits de M. Grant garantis par la *Charte* : voir *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980, et *R. c. Goldhart*, [1996] 2 R.C.S. 463. Nous avons conclu, pour les motifs exposés précédemment, qu'il y a eu violation des droits garantis par l'art. 9 et par l'al. 10b) de la *Charte*. Or, il y a un lien temporel et un lien de cause à effet entre ces violations et la découverte de l'arme. Il s'ensuit que l'obtention du revolver résulte d'une violation de la *Charte*.

[132] L'arme ayant été découverte par suite de déclarations obtenues en violation de la *Charte*, il s'agit d'un élément de preuve dérivée. Il faut donc se demander, comme toujours, si son utilisation serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, ce qui nécessite l'examen des considérations inhérentes à l'analyse requise par le par. 24(2) dont il a été question précédemment, « eu égard aux circonstances » de l'affaire, y compris à la détention arbitraire et à la violation du droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat.

[133] Examinons d'abord la gravité de l'irrégularité policière ayant mené à la découverte du revolver. Bien que la police ne se soit pas conformée à la *Charte*, sa conduite n'était pas abusive. Rien

was no suggestion that Mr. Grant was the target of racial profiling or other discriminatory police practices. The officers went too far in detaining the accused and asking him questions. However, the point at which an encounter becomes a detention is not always clear, and is something with which courts have struggled. Though we have concluded that the police were in error in detaining the appellant when they did, the mistake is an understandable one. Having been under a mistaken view that they had not detained the appellant, the officers' failure to advise him of his right to counsel was similarly erroneous but understandable. It therefore cannot be characterized as having been in bad faith. Given that the police conduct in committing the *Charter* breach was neither deliberate nor egregious, we conclude that the effect of admitting the evidence would not greatly undermine public confidence in the rule of law. We add that the Court's decision in this case will be to render similar conduct less justifiable going forward. While police are not expected to engage in judicial reflection on conflicting precedents, they are rightly expected to know what the law is.

[134] The second inquiry under the s. 24(2) analysis focusses on whether the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute from the perspective of society's interest in respect for *Charter* rights. This inquiry focusses on the impact of the breach on the accused's protected interests. Because the two infringed *Charter* rights protect different interests, it is necessary to consider them separately at this stage.

[135] The initial *Charter* violation was arbitrary detention under s. 9 of the *Charter*, curtailing Mr. Grant's liberty interest. This interaction, beginning as a casual conversation, quickly developed into a subtly coercive situation that deprived Mr. Grant of his freedom to make an informed choice as to how to respond. This is so, notwithstanding the fact that the detention did not involve any physical coercion and was not carried out in an abusive manner. We

n'indique que M. Grant ait été victime de profilage racial ou d'autres pratiques discriminatoires. Les policiers sont allés trop loin en détenant l'appelant et en lui posant des questions, mais le moment auquel un contact se mue en détention n'est pas toujours clair, et il a donné du fil à retordre aux tribunaux. Nous sommes d'avis que les policiers ont commis une erreur en détenant l'appelant au moment où ils l'ont fait, mais que l'erreur est compréhensible. Ils ont également commis une erreur en n'informant pas l'appelant de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, mais puisqu'ils croyaient à tort que ce dernier n'était pas en détention, cette erreur est, elle aussi, compréhensible. Il s'ensuit que l'on ne peut conclure à de la mauvaise foi de leur part. Puisque la violation de la *Charte* ne résultait pas d'une conduite délibérée et inacceptable, nous sommes d'avis que l'utilisation de l'élément de preuve en cause n'aurait pas pour effet de miner considérablement la confiance du public en la primauté du droit. Nous ajoutons toutefois que le présent arrêt fera en sorte que, dorénavant, il sera plus difficile de justifier des gestes similaires. Si la police n'est pas tenue d'entreprendre une réflexion juridique au sujet de précédents contradictoires, elle doit cependant connaître l'état du droit.

[134] La deuxième question posée par l'analyse requise par le par. 24(2) nécessite d'examiner si l'utilisation d'éléments de preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, dans la perspective de l'intérêt de la société à ce que les droits garantis par la *Charte* soient respectés. L'incidence de la violation sur les droits garantis à l'accusé par la *Charte* est l'élément central de cet examen. Parce que les deux droits en cause protègent des intérêts différents, il faut, à ce stade, les examiner séparément.

[135] La première violation de la *Charte* a découlé de la détention arbitraire de l'appelant au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'art. 9 de la *Charte*, détention qui a empiété sur sa liberté. Le contact, qui a débuté comme une conversation ordinaire, a rapidement pris l'allure d'une situation subtilement coercitive qui a privé M. Grant de sa liberté de faire un choix éclairé quant à la suite à donner aux événements, et ce, même en l'absence

therefore conclude that the impact of this breach, while not severe, was more than minimal.

[136] The second *Charter* violation was breach of Mr. Grant's s. 10(b) right to counsel. Cst. Gomes, by his own admission, was probing for answers that would give him grounds for search or arrest. Far from being spontaneous utterances, the appellant's incriminating statements were prompted directly by Cst. Gomes' pointed questioning. The appellant, in need of legal advice, was not told he could consult counsel.

[137] As discussed, discoverability remains a factor in assessing the impact of *Charter* breaches on *Charter* rights. The investigating officers testified that they would not have searched or arrested Mr. Grant but for his self-incriminatory statements. Nor would they have had any legal grounds to do so. Accordingly, the fact that the evidence was non-discoverable aggravates the impact of the breach on Mr. Grant's interest in being able to make an informed choice to talk to the police. He was in "immediate need of legal advice" (*Brydges*, at p. 206) and had no opportunity to seek it.

[138] Considering all these matters, we conclude that the impact of the infringement of Mr. Grant's rights under ss. 9 and 10(b) of the *Charter* was significant.

[139] The third and final concern is the effect of admitting the gun on the public interest in having a case adjudicated on its merits. The gun is highly reliable evidence. It is essential to a determination on the merits. The Crown also argues that the seriousness of the offence weighs in favour of admitting the evidence of the gun, so that the matter may be decided on its merits, asserting that gun crime is a societal scourge, that offences of this nature raise major public safety concerns and that the gun is the main evidence in the case. On the other hand, Mr. Grant argues that the seriousness of the offence makes it all the more important that his rights be

de contrainte physique et d'abus. Nous concluons donc que l'effet de cette violation, s'il n'était pas grave, n'était pas non plus négligeable.

[136] La deuxième violation de la *Charte* a été le non-respect du droit de M. Grant d'avoir recours à l'assistance d'un avocat prévu à l'al. 10b). L'agent Gomes a lui-même reconnu qu'il cherchait à obtenir des réponses qui lui fourniraient des motifs de perquisition ou d'arrestation. Les déclarations incriminantes de l'appelant, loin d'être spontanées, ont découlé des questions inquisitrices de l'agent Gomes. L'appelant, qui avait besoin d'assistance juridique, n'a pas été informé du fait qu'il pouvait consulter un avocat.

[137] Comme nous l'avons déjà mentionné, la possibilité de découvrir les éléments de preuve demeure un facteur d'appréciation de l'incidence des violations de la *Charte* sur les droits qu'elle garantit. Les policiers ont témoigné qu'en l'absence des déclarations incriminantes de M. Grant, ils ne l'auraient ni fouillé ni arrêté. Ils n'auraient pas non plus été juridiquement fondés à poser ces gestes. Le fait que l'élément de preuve n'aurait pas pu être découvert aggrave donc l'incidence de la violation sur l'intérêt de l'appelant à pouvoir décider de façon éclairée s'il allait parler à la police. Il avait « immédiatement besoin de conseils juridiques » (*Brydges*, p. 206) et n'a pas eu l'occasion d'en solliciter.

[138] Nous concluons donc que l'atteinte aux droits de M. Grant garantis par l'art. 9 et l'al. 10b) de la *Charte* était grave.

[139] La troisième et dernière question concerne l'effet de l'utilisation en preuve du revolver sur l'intérêt du public à ce que l'affaire soit jugée au fond. Il s'agit d'un élément de preuve très fiable, et essentiel à l'instruction sur le fond. Le ministère public soutient en outre que la gravité de l'infraction milite en faveur de l'utilisation en preuve du revolver pour que l'affaire soit jugée au fond. Il a fait valoir que les crimes comportant l'usage d'une arme à feu sont un fléau social, que les infractions de cette nature constituent une grave menace pour la sécurité publique et que l'arme constitue le principal élément de preuve en l'espèce. Par ailleurs,



respected. In the result, we do not find this factor to be of much assistance.

[140] To sum up, the police conduct was not egregious. The impact of the *Charter* breach on the accused's protected interests was significant, although not at the most serious end of the scale. Finally, the value of the evidence is considerable. These effects must be balanced in determining whether admitting the gun would put the administration of justice into disrepute. We agree with Laskin J.A. that this is a close case. The balancing mandated by s. 24(2) is qualitative in nature and therefore not capable of mathematical precision. However, weighing all these concerns, in our opinion the courts below did not err in concluding that the admission of the gun into evidence would not, on balance, bring the administration of justice into disrepute. The significant impact of the breach on Mr. Grant's *Charter*-protected rights weighs strongly in favour of excluding the gun, while the public interest in the adjudication of the case on its merits weighs strongly in favour of its admission. Unlike the situation in *R. v. Harrison*, 2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494, the police officers here were operating in circumstances of considerable legal uncertainty. In our view, this tips the balance in favour of admission, suggesting that the repute of the justice system would not suffer from allowing the gun to be admitted in evidence against the appellant.

C. *The Meaning of "Transfer" in Sections 84, 99 and 100 of the Criminal Code*

[141] Mr. Grant argues that his conviction of possession of a firearm for the purposes of weapons trafficking under s. 100(1) of the *Criminal Code* should be quashed on the grounds that he did not "transfer" the firearm within the meaning of that section. Section 100(1) states:

M. Grant soutient que la gravité de l'infraction rend le respect de ses droits d'autant plus important. Nous sommes donc d'avis que ce facteur n'est pas d'une grande utilité.

[140] En résumé, la conduite des policiers n'a pas été inacceptable. L'incidence des violations de la *Charte* sur les droits garantis à l'accusé était grave, sans être des plus extrêmes. Enfin, la valeur probante de l'élément de preuve était considérable. Il faut mettre en balance ces différents facteurs pour déterminer si l'utilisation de l'arme en preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Nous sommes d'accord avec le juge Laskin de la Cour d'appel pour dire qu'il s'agit d'une affaire difficile à trancher. La mise en balance requise par le par. 24(2) est de nature qualitative, la précision mathématique est donc impossible. Toutefois, après avoir examiné tous ces facteurs, nous sommes d'avis que les tribunaux d'instance inférieure n'ont pas commis d'erreur en concluant que, tout bien considéré, l'utilisation en preuve du revolver n'était pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. L'incidence grave de la violation sur les droits de M. Grant garantis par la *Charte* milite fortement en faveur de l'exclusion du revolver, tandis que l'intérêt du public à ce que l'affaire soit jugée au fond milite fortement en faveur de son utilisation. Contrairement à la situation qui prévalait dans *R. c. Harrison*, 2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494, les policiers travaillaient en l'espèce dans un contexte d'incertitude juridique considérable. À notre avis, cela fait pencher la balance pour l'utilisation en preuve du revolver contre l'appelant et autorise à penser que cette utilisation ne jetterait pas de discrédit sur le système de justice.

C. *La notion de « cession » pour l'application des art. 84, 99 et 100 du Code criminel*

[141] Monsieur Grant soutient qu'il y a lieu d'annuler la déclaration de culpabilité prononcée contre lui pour possession d'une arme à feu en vue d'en faire le trafic, infraction décrite au par. 100(1) du *Code criminel*, parce qu'il n'a pas « cédé » l'arme au sens où il faut l'entendre pour l'application de cette disposition. Voici le texte du par. 100(1) :

**100.** (1) Every person commits an offence who possesses a firearm, a prohibited weapon, a restricted weapon, a prohibited device, any ammunition or any prohibited ammunition for the purpose of

(a) transferring it, whether or not for consideration, or

(b) offering to transfer it,

knowing that the person is not authorized to transfer it under the *Firearms Act* or any other Act of Parliament or any regulations made under any Act of Parliament.

[142] In the Court of Appeal, Laskin J.A. noted that “[t]he word ‘transfer’ is defined in s. 84 to mean ‘sell, provide, barter, give, lend, rent, send, *transport*, ship, distribute or deliver’” (para. 72 (*italics in original, underlining added*)). He observed that the dictionary definition of “transport” is to “carry, convey or remove from *one place or person to another*” (para. 72 (*emphasis in original*)). He also noted that ss. 84 and 100 of the *Code* were enacted with reference to the *Firearms Act*, S.C. 1995, c. 39, and he considered this wider context. Laskin J.A. was not persuaded that there was any reason to depart from the plain meaning of the word. On this definition, Mr. Grant’s admission that he was “dropping off” the gun somewhere “up the road” entailed moving the gun from one place to another and was therefore sufficient to establish all elements of the offence defined by s. 100(1).

[143] Mr. Grant submits that a contextual reading of s. 100 and the related provisions reveals that Parliament intended to reserve the stiffest penalties for transfers that amount to weapons trafficking, not the mere movement of a firearm from place to place. Since the trial judge did not find that he was in possession of the gun for the purpose of transferring it to another person, Mr. Grant argues that the s. 100(1) conviction cannot stand.

[144] We agree with Mr. Grant that Parliament did not intend s. 100(1) to address the simple movement of a firearm from one place to another. First,

**100.** (1) Commet une infraction quiconque a en sa possession une arme à feu, une arme prohibée, une arme à autorisation restreinte, un dispositif prohibé, des munitions ou des munitions prohibées en vue de les céder, même sans contrepartie, ou d’offrir de les céder, sachant qu’il n’y est pas autorisé en vertu de la *Loi sur les armes à feu*, de toute autre loi fédérale ou de leurs règlements.

[142] Le juge Laskin de la Cour d’appel, après avoir cité la définition de « cession » énoncée à l’art. 84 : « Vente, fourniture, échange, don, prêt, envoi, location, *transport*, expédition, distribution ou livraison » (par. 72 (*en italique dans l’original, nous soulignons*)), s’est reporté à une définition de dictionnaire indiquant que le transport est [TRADUCTION] « le fait de porter, de déplacer ou de faire parvenir *d’un lieu à un autre ou d’une personne à une autre* » (par. 72 (*en italique dans l’original*)). Il a aussi signalé que les art. 84 et 100 du *Code* avaient été édictés en lien avec la *Loi sur les armes à feu*, L.C. 1995, ch. 39, et, après avoir examiné ce contexte plus large, a indiqué qu’il n’était pas convaincu qu’il fallait s’écarter du sens ordinaire du mot. Compte tenu de cette définition, l’aveu de M. Grant qu’il allait [TRADUCTION] « porter » le revolver plus loin « sur la rue » supposait le déplacement de l’arme d’un endroit à un autre et suffisait donc à établir les éléments de l’infraction décrite au par. 100(1).

[143] Suivant M. Grant, l’interprétation contextuelle de l’art. 100 et des dispositions connexes révèle que le législateur voulait réserver les peines les plus lourdes aux cessions équivalant à du trafic d’armes et non au simple déplacement d’une arme à feu d’un endroit à un autre. En outre, puisque le juge du procès n’a pas conclu qu’il était en possession du revolver en vue de le céder à une autre personne, M. Grant fait valoir que la déclaration de culpabilité fondée sur le par. 100(1) ne peut être maintenue.

[144] Nous souscrivons à l’argument de M. Grant selon lequel, dans l’esprit du législateur, le par. 100(1) ne visait pas le simple déplacement d’une

according to the “associated meaning” principle of statutory interpretation, “when two or more words linked by ‘and’ or ‘or’ serve an analogous grammatical and logical function within a provision, they should be interpreted with a view to their common features”: *McDiarmid Lumber Ltd. v. God’s Lake First Nation*, 2006 SCC 58, [2006] 2 S.C.R. 846, at para. 30, *per* McLachlin C.J. See also R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at pp. 227-31. Once again, the definition of “transfer” is given in s. 84 as “sell, provide, barter, give, lend, rent, send, transport, ship, distribute or deliver”. Of these words, only “transport” can plausibly be said to include moving a thing from place to place without the thing actually changing hands. The common element is the notion of a *transaction*. This suggests a more restrictive meaning than indicated by the dictionary definition of “transport”.

[145] It should also be noted that s. 100(1)(a) applies to the transfer of a firearm, “whether or not for consideration”. Even if “transfer” is equated with “transport”, the underlined words suggest that the import of the provision is to criminalize the transfer of firearms for purposes that implicate others. In other words, the inclusion of the phrase “whether or not for consideration” in s. 100(1)(a) suggests that Parliament did not intend to criminalize simple movement of firearms by this provision, but rather transport for purposes that implicate another person. Further, the criminalization of an “offer” to transfer a firearm under s. 100(1)(b) suggests that a “transfer” is transactional in nature.

[146] We do not accept, as did Laskin J.A., the proposition that the more restrictive reading of s. 100(1) would “destroy the cohesion between the *Criminal Code* provisions on firearms and the *Firearms Act*” (para. 77). While it is undoubtedly true that Parliament intended to place tight restrictions on the movement of firearms, there are other provisions in both regimes that deal specifically with “transfers” that fall short of trafficking. Moving a firearm in an unauthorized manner could

arme à feu d’un endroit à un autre. Premièrement, la règle d’interprétation législative dite des « mots associés » établit que « lorsqu’au moins deux mots reliés par la conjonction “et” ou “ou” ont une fonction logique et grammaticale analogue dans une disposition, ils doivent être interprétés à la lumière de leurs caractéristiques communes » : *McDiarmid Lumber Ltd. c. Première Nation de God’s Lake*, 2006 CSC 58, [2006] 2 R.C.S. 846, par. 30, la juge en chef McLachlin. Voir aussi R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5<sup>e</sup> éd. 2008), p. 227-231. Voici encore le libellé de la définition de « cession » à l’art. 84 : « Vente, fourniture, échange, don, prêt, envoi, location, transport, expédition, distribution ou livraison. » Dans cette énumération, il n’y a que le mot « transport » qui puisse vraisemblablement viser le déplacement d’une chose d’un lieu à un autre sans qu’elle change de mains. L’élément commun à tous les autres termes est la notion de *marché*, indicative d’un sens plus restreint que celui qui est donné par le dictionnaire pour le mot « transport ».

[145] Il convient également de signaler que le par. 100(1) s’applique à la cession d’une arme à feu « même sans contrepartie ». En supposant même qu’on assimile « transport » et « cession », les mots soulignés indiquent que la disposition a pour objet de criminaliser la cession d’armes à feu pour des fins impliquant d’autres personnes. Autrement dit, il appert de ces mots que l’intention du législateur n’était pas de criminaliser le simple déplacement des armes à feu, mais plutôt leur transport pour des fins impliquant d’autres personnes. En outre, la criminalisation de l’« offre » de cession, au par. 100(1), laisse entendre que la « cession » participe de la nature d’un marché.

[146] Contrairement au juge Laskin, nous ne pouvons accepter l’argument que l’interprétation plus restrictive du par. 100(1) [TRADUCTION] « briserait la cohésion entre les dispositions du *Code criminel* relatives aux armes à feu et la *Loi sur les armes à feu* » (para. 77). Il est incontestable que le législateur a voulu restreindre sévèrement le déplacement des armes à feu, mais les deux lois renferment d’autres dispositions concernant précisément des « cessions » qui ne constituent pas du trafic. Celui qui

result in prosecution under s. 86(2) of the *Criminal Code*, which penalizes the transportation of a firearm in contravention of the regulations made pursuant to the *Firearms Act*. Moreover, the *Firearms Act* defines “transfer” differently from the *Criminal Code*, so their cohesion should not be overstated: see s. 21 of the Act.

[147] Finally, s. 100(1) appears in the *Code* under the heading “Trafficking Offences”. As the Court held in *R. v. Davis*, [1999] 3 S.C.R. 759, at para. 53, *per* Lamer C.J., headings “should be considered part of the legislation and should be read and relied on like any other contextual feature” (quoting R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), at p. 269). Firearms trafficking offences are extremely serious, carrying substantial penalties. Indeed, since amendments to the *Code* in 2008, a conviction under s. 100(1) now carries a mandatory minimum penitentiary sentence of three years for a first-time offender, up from one year when Mr. Grant was convicted. It should not be lightly assumed that Parliament intended to deem anyone moving a firearm from place to place without authorization to be a weapons trafficker, liable to at least three years’ imprisonment on a first offence. In our view, a contextual reading of the applicable provisions suggests the contrary. Mr. Grant’s offence was serious and potentially extremely dangerous, but on the evidence he did not commit the crime of trafficking.

[148] We would therefore allow the appeal on Count 4.

## V. Conclusion

[149] We would allow the appeal on Count 4 (the trafficking charge) and enter an

déplacer une arme à feu de façon non réglementaire s’expose à une poursuite fondée sur le par. 86(2) du *Code criminel*, qui pénalise le transport d’une arme à feu en contravention des règlements d’application de la *Loi sur les armes à feu*. De plus, cette dernière loi donne une définition de « cession » différente de celle du *Code criminel*, de sorte qu’il ne faut pas trop insister sur la cohésion de ces deux textes : voir l’art. 21 de cette loi.

[147] Enfin, l’infraction décrite au par. 100(1) figure dans le *Code* sous la rubrique « Infractions relatives au trafic ». Comme la Cour l’a indiqué dans *R. c. Davis*, [1999] 3 R.C.S. 759, par. 53, le juge en chef Lamer (citant R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3<sup>e</sup> éd. 1994), p. 269), les rubriques « devraient être considérées comme faisant partie de la législation et elles devraient être lues et invoquées comme tout autre élément contextuel ». Les infractions relatives au trafic d’armes à feu sont extrêmement graves et entraînent de lourdes peines. De fait, depuis les modifications apportées au *Code* en 2008, les accusés déclarés coupables de l’infraction décrite au par. 100(1) sont condamnés à une peine d’emprisonnement minimale de trois ans pour une première infraction, soit une augmentation par rapport à la peine maximale d’un an qui prévalait lorsque M. Grant a été déclaré coupable. Il ne faut pas présumer à la légère que le législateur voulait que quiconque déplace une arme à feu d’un endroit à un autre sans autorisation soit réputé en faire le trafic et encoure une peine d’au moins trois ans d’emprisonnement pour une première infraction. À notre avis, l’interprétation contextuelle des dispositions applicables indique le contraire. Monsieur Grant a commis une infraction grave qui pouvait présenter un grand danger, mais la preuve indique qu’il ne s’est pas livré à un trafic.

[148] Nous sommes donc d’avis d’accueillir le pourvoi à l’égard du quatrième chef d’accusation.

## V. Conclusion

[149] Nous sommes d’avis d’accueillir le pourvoi et de prononcer un acquittement à l’égard du

acquittal. On all other counts, we would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

[150] BINNIE J. — I concur with the disposition of the appeal proposed by my colleagues the Chief Justice and Charron J. and with their modified framework for determinations under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* regarding the admission or rejection of evidence obtained in a manner that violates the *Charter*. I differ, with respect, on their approach to the definition of “detention” in ss. 9 and 10 of the *Charter*. In particular, I believe their approach lays too much emphasis on the *claimant’s* perception of psychological pressure, albeit as filtered through the eyes of the hypothetical reasonable person in the claimant’s situation. My colleagues summarize their position on this point as follows:

1. Detention under ss. 9 and 10 of the *Charter* refers to a suspension of the individual’s liberty interest by a significant physical or psychological restraint. Psychological detention is established either where the individual has a legal obligation to comply with the restrictive request or demand, or a reasonable person would conclude by reason of the state conduct that he or she had no choice but to comply. [Emphasis added; para. 44.]

My colleagues then set out a number of factors to help “determine whether the reasonable person in the individual’s circumstances would conclude that he or she had been deprived by the state of the liberty of choice” (*ibid.*).

[151] The Court’s continued embrace of a wholly claimant-centred approach may lead to the impression that it is more important to enquire whether the hypothetical reasonable person “in the individual’s circumstances” would *think* himself or herself to be detained than whether he or she *is* detained. The perspective of the person stopped (or a “reasonable person” caught in that particular situation) is important because it is *that* person’s liberty that

quatrième chef d’accusation (trafic) et de rejeter le pourvoi à l’égard de tous les autres chefs d’accusation.

Version française des motifs rendus par

[150] LE JUGE BINNIE — Je souscris au dispositif que proposent mes collègues la Juge en chef et la juge Charron dans le présent pourvoi et au cadre d’analyse modifié qu’elles ont élaboré pour trancher une demande fondée sur le par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* quant à l’admission ou à l’exclusion d’éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte*. Avec égards, je ne partage toutefois pas leur opinion quant à l’approche à adopter pour définir le mot « détention » pour l’application des art. 9 et 10 de la *Charte*. Plus particulièrement, j’estime que leur approche accorde trop d’importance à la perception d’une pression psychologique par le *plaignant*, quoique filtrée par les yeux d’une personne raisonnable hypothétique placée dans la même situation. Mes collègues résument comme suit leur position à cet égard :

1. La détention visée aux art. 9 et 10 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. Il y a détention psychologique quand l’individu est légalement tenu d’obtempérer à une demande contraignante ou à une sommation, ou quand une personne raisonnable conclurait, compte tenu de la conduite de l’État, qu’elle n’a d’autre choix que d’obtempérer. [Je souscris; par. 44.]

Mes collègues énumèrent ensuite un grand nombre de facteurs qui pourront aider à « déterminer si une personne raisonnable placée dans la même situation conclurait qu’elle a été privée par l’État de sa liberté de choix » (*ibid.*).

[151] L’adhésion constante de la Cour à une approche exclusivement centrée sur le plaignant pourrait donner l’impression qu’il est plus important de se demander si la personne raisonnable hypothétique « placée dans la même situation » que le plaignant *penserait* qu’elle est détenue plutôt que de se demander si elle *est* détenue. Le point de vue de la personne interceptée (ou d’une « personne raisonnable » se retrouvant dans cette situation précise)

is at issue, but, in my view, the claimant's perspective does not exhaust the relevant considerations. I agree there can be no detention unless the liberty of the person stopped is (or is reasonably perceived by that person to be) significantly constrained, but there may be much happening of which the person stopped is unaware, and this other context ought potentially to affect the legal characterization of the encounter. I agree with Professor Stuart when he writes that

the focus should not be exclusively on the state of mind of the accused. As Courts of Appeal have persuasively suggested, detention should also take into account the perceptions of the police. . . . [Otherwise] [t]hose perhaps most in need of Charter protection against coercive police practices will have none. On the other hand, it would be unfortunate if preliminary police questioning of any suspect would have to be peppered with Charter warnings.

(D. Stuart, *Charter Justice in Canadian Criminal Law* (4th ed. 2005), at p. 327)

My colleagues do take into account some police-related factors (e.g., whether the individual is singled out for “focussed investigation” (para. 44(2)(a)) but, as will be seen, they do so only to the extent this information is made evident to the person stopped.

[152] Also important, in my view, is an *objective* assessment of the facts of the encounter divorced from the perception of both parties, neither of whom may have a very clear idea of what is going on in the rush of events.

#### A. When Does a “Stop” Become a Detention?

[153] While the uniformed police embody society's collective desire for public order and livable and safe communities, they also present a serious and continuing risk to the individual's right to be

est important, parce que c'est la liberté de *cette* personne qui est en cause, mais, à mon avis, le point de vue du plaignant n'est pas la seule considération pertinente. Je reconnais qu'il ne peut y avoir détention sans que la liberté de la personne interceptée soit considérablement entravée (ou qu'elle perçoive raisonnablement qu'il en est ainsi). Il pourrait toutefois se passer bien des choses dont la personne interceptée n'a pas connaissance et il est possible que ces autres éléments contextuels doivent jouer dans la qualification juridique du contact entre la personne et les forces policières. Je suis d'accord avec le professeur Stuart lorsqu'il écrit qu'il

[TRADUCTION] ne faut pas mettre l'accent exclusivement sur l'état d'esprit de l'accusé. Comme les cours d'appel l'ont suggéré de façon convaincante, le concept de détention doit aussi tenir compte de la perception du policier. [ . . . ] [Autrement], [c]eux qui ont peut-être le plus besoin de la protection de la Charte contre les pratiques coercitives de la police n'en auront aucune. Par contre, il serait regrettable que les questions préliminaires posées par les policiers à quelque suspect que ce soit doivent être criblées de mises en garde fondées sur la Charte.

(D. Stuart, *Charter Justice in Canadian Criminal Law* (4<sup>e</sup> éd. 2005), p. 327)

Mes collègues tiennent compte de certains facteurs qui concernent les policiers (comme le fait que la personne en particulier fasse l'objet d'une « enquête ciblée » (par. 44(2)a)), mais, comme nous le verrons, elles ne les prennent en considération que dans la mesure où ces renseignements sont dévoilés à la personne interceptée.

[152] À mon avis, il est aussi important de procéder à une évaluation *objective* des éléments factuels du contact, abstraction faite de la perception des deux parties, aucune d'elles n'ayant peut-être une idée très claire de ce qui se passe dans le feu de l'action.

#### A. Quand une « interception » devient-elle une détention?

[153] Bien que les policiers en uniforme représentent la volonté collective de la société que règne l'ordre public et que les communautés soient habitables et sécuritaires, ils constituent aussi une menace

left alone by the state in the absence of objective justification for the state's intervention. Interactions between the police and members of the public are not only rich in diversity but exceedingly common. Quite apart from police assistance offered to the general public, a traditional part of the daily routine of the "cop on the beat" is to check out "suspicious persons". Clear guidance on the rules governing such encounters is, or ought to be, an important part of police training: C. D. Shearing and P. C. Stenning, *Police Training in Ontario: An Evaluation of Recruit and Supervisory Courses* (1980), at p. 41. This case is about a pedestrian. No one doubts the importance of being able to determine at what moment an *interaction* between the police and a pedestrian is converted into a *détention* of that individual, thereby triggering the rights subsidiary to detention, including the right to involve his or her lawyer who can generally be expected to advise his or her client not to say anything further. In the first instance it is the police who must decide if a detention exists because they are the people who administer the caution and inform the person detained about the right to counsel. Their intentions and perceptions will inevitably be factored into their determinations whether disclosed to the claimant or not, and should be taken into account in the legal test for detention when the matter eventually comes before a judge.

[154] 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: *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679, at para. 83. See also A. Young, "All Along the Watchtower: Arbitrary Detention and the Police Function" (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 329, at p. 390; D. M. Tanovich, "Using the Charter to Stop Racial Profiling: The Development of an Equality-Based Conception of Arbitrary Detention" (2002), 40 *Osgoode Hall L.J.* 145; Ontario Human Rights Commission, Inquiry Report. *Paying the Price: The Human Cost of Racial Profiling* (2003); *Report of the Commission on Systemic Racism in the Ontario Criminal Justice System* (1995), at p. 337.

sérieuse et continue pour le droit de chacun de ne pas être importuné par l'État sans que l'intervention étatique puisse être justifiée objectivement. Les interactions entre les policiers et les citoyens sont non seulement très diversifiées, mais aussi extrêmement fréquentes. Outre l'aide offerte au public en général, les tâches quotidiennes typiques du « policier patrouilleur » consistent notamment à effectuer des vérifications concernant des « personnes suspectes ». Des directives claires sur les règles qui régissent ces contacts avec les citoyens constituent, ou devraient constituer, une part importante de la formation des policiers : C. D. Shearing et P. C. Stenning, *Police Training in Ontario : An Evaluation of Recruit and Supervisory Courses* (1980), p. 41. L'affaire dont la Cour est saisie concerne un piéton. Personne ne doute de l'importance de pouvoir déterminer à quel moment une *interaction* entre un policier et un piéton devient une *détention* donnant ouverture aux droits garantis en cas de détention, dont celui de faire intervenir son avocat qui, règle générale, conseillera vraisemblablement au piéton de ne plus rien dire. Au départ, c'est aux policiers de décider s'il y a détention, parce que c'est eux qui feront une mise en garde à la personne détenue et qui l'informeront de son droit à l'assistance d'un avocat. Leurs intentions et leurs perceptions, révélées ou non au plaignant, joueront inévitablement dans leurs décisions et le juge saisi de l'affaire, le cas échéant, devrait en tenir compte dans l'application du critère juridique servant à déterminer s'il y a détention.

[154] De 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 : *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679, par. 83. Voir aussi A. Young, « All Along the Watchtower : Arbitrary Detention and the Police Function » (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 329, p. 390; D. M. Tanovich, « Using the Charter to Stop Racial Profiling : The Development of an Equality-Based Conception of Arbitrary Detention » (2002), 40 *Osgoode Hall L.J.* 145; Commission ontarienne des droits de la personne, Rapport d'enquête, *Un prix à payer : Les coûts humains du profilage racial* (2003); *Rapport de la Commission sur le racisme systémique dans le système de justice pénale en*



The appellant, Mr. Grant, is black. Courts cannot presume to be colour-blind in these situations.

[155] At the same time, members of visible minorities may, as much as anyone else, be approached and asked questions by police. While, even more so than others, they may feel unable to choose to walk away, the perspective of the police and the information (if any) the police possess when they initiate an encounter would help assess whether the liberty interest of the person stopped is truly at issue, even if the police perspective on the encounter is not made known by words or conduct to the person stopped.

B. A Brief History of the “Reasonable Perception” Test

[156] Our approach to detention, as with so much of this area of the law, draws heavily on the U.S. Fourth Amendment jurisprudence. Both societies, Canada and the United States, place a high value on the right of citizens to go about their business without being arbitrarily stopped by the police and told to give an account of activities that they consider to be none of the police’s affair. We therefore want a definition of detention that protects our liberty. Accordingly, in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, Le Dain J. held, and subsequent cases have agreed, that a person is detained where he or she “submits or acquiesces in the deprivation of liberty and reasonably believes that the choice to do otherwise does not exist” (p. 644). This approach corresponded to earlier decisions of the U.S. Supreme Court establishing that “a person has been ‘seized’ [i.e. detained] within the meaning of the Fourth Amendment only if, in view of all the circumstances surrounding the incident, a reasonable person would have believed that he was not free to leave”: *United States v. Mendenhall*, 446 U.S. 544 (1980), at p. 554, endorsed in *Florida v. Royer*, 460 U.S. 491 (1983), and subsequent cases.

*Ontario* (1995), p. 383. L’appelant, M. Grant, est de race noire. En pareilles circonstances, les tribunaux ne peuvent se permettre de faire abstraction des considérations raciales.

[155] Cependant, un membre d’une minorité visible peut, comme n’importe qui d’autre, être abordé et interrogé par les policiers. La personne ainsi interpellée peut, même plus que quiconque, se sentir incapable de choisir de partir. Le point de vue des policiers et les renseignements dont ils disposent, le cas échéant, au moment où ils l’interceptent seraient utiles pour déterminer si sa liberté était réellement en jeu et ce, même si les policiers ne lui ont pas révélé leur perception de la situation par les mots qu’ils ont utilisés ou par leur comportement.

B. Bref historique du critère de la « perception raisonnable »

[156] Notre approche en ce qui a trait à la détention, comme pour une part importante de ce domaine du droit, s’inspire largement de la jurisprudence relative au Quatrième amendement de la Constitution américaine. Les sociétés canadienne et américaine accordent une grande valeur au droit de chacun de vaquer à ses occupations sans être intercepté arbitrairement par les policiers et sommé de rendre compte de ses faits et gestes, alors que ceux-ci ne les concernent pas. Nous souhaitons donc appliquer une définition de la détention qui protège notre liberté. En conséquence, dans *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, le juge Le Dain a tiré la conclusion, entérinée dans des arrêts subséquents, qu’une personne est détenue lorsqu’elle « se soumet ou acquiesce à la privation de liberté et croit raisonnablement qu’elle n’a pas le choix d’agir autrement » (p. 644). Cette approche était à l’image de décisions antérieures de la Cour suprême des États-Unis selon lesquelles [TRADUCTION] « une personne a été “saisie” [c.-à-d. mise en détention] au sens où il faut l’entendre pour l’application du Quatrième amendement seulement si, compte tenu de toutes les circonstances entourant l’incident, une personne raisonnable aurait cru qu’elle n’était pas libre de partir » : *United States c. Mendenhall*, 446 U.S. 544 (1980), p. 554, décision entérinée dans *Florida c. Royer*, 460 U.S. 491 (1983), et dans des jugements subséquents.



[157] Stewart J. in *Mendenhall* stated quite categorically that the “subjective intention” of the state authority (a drugs enforcement officer) “to detain the respondent, had she attempted to leave, is irrelevant except insofar as that may have been conveyed to the respondent” (p. 554, fn. 6 (emphasis added)). The approach of excluding from consideration information not reasonably evident to the person stopped is endorsed by my colleagues at numerous points in their judgment, for example:

The question is whether 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. [para. 31]

. . .

Accordingly, we must consider all relevant circumstances to determine if a reasonable person in Mr. Grant’s position would have concluded that his or her right to choose how to interact with the police (i.e. whether to leave or comply) had been removed. [para. 46]

. . .

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. [para. 50]

[158] The *Mendenhall* approach to detention adopted in *Therens* and affirmed in this case by my colleagues has different consequences in the U.S. than it does here. In relation to the right to counsel, for example, that right does not arise in the U.S. “without delay” upon a psychological detention (“or seizure”), but only where there is “a ‘formal arrest or restraint on freedom of movement’ of the degree associated with a formal arrest”: *California v. Beheler*, 463 U.S. 1121 (1983), at p. 1125; *Oregon v. Mathiason*, 429 U.S. 492 (1977), at p. 495. See also *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964), at pp. 490-91; *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436

[157] Dans *Mendenhall*, le juge Stewart a affirmé assez catégoriquement que [TRADUCTION] « l’intention subjective » du représentant de l’État (un agent de la lutte antidrogue) « de détenir l’intimée, si elle avait tenté de quitter les lieux, n’est pas pertinente, sauf dans la mesure où cette intention a été révélée à l’intimée » (p. 554, note 6 (je souligne)). À de nombreuses reprises dans leur jugement, mes collègues adhèrent à l’approche qui consiste à exclure de l’examen judiciaire les renseignements qui ne sont pas raisonnablement manifestes pour la personne interceptée. Par exemple, elles écrivent :

Il faut se demander si 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. [par. 31]

. . .

Par conséquent, nous devons examiner toutes les circonstances pertinentes pour décider si une personne raisonnable placée dans la situation de M. Grant aurait conclu que son droit de choisir le comportement à adopter avec les policiers (c.-à-d. s’en aller ou obtempérer) lui avait été retiré. [par. 46]

. . .

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. [par. 50]

[158] La définition de ce qui constitue une détention établie dans *Mendenhall*, adoptée dans *Therens* et à laquelle adhèrent mes collègues en l’espèce, n’a pas les mêmes conséquences aux États-Unis qu’ici. Aux États-Unis, le droit à l’assistance d’un avocat, par exemple, ne prend pas naissance « sans délai » dès qu’il y a détention (« ou saisie ») psychologique, mais seulement lorsqu’il y a [TRADUCTION] « “arrestation formelle ou entrave formelle à la liberté de mouvement” comparable à celle associée à une arrestation formelle » : *California c. Beheler*, 463 U.S. 1121 (1983), p. 1125; *Oregon c. Mathiason*, 429 U.S. 492 (1977), p. 495. Voir aussi

(1966), at p. 444; *Thompson v. Keohane*, 516 U.S. 99 (1995), at p. 112. Whether such a situation of formal restraint exists under U.S. law “depends on the objective circumstances of the interrogation, not on the subjective views harbored by either the interrogating officers or the person being questioned”: *Stansbury v. California*, 511 U.S. 318 (1994), at p. 323 (emphasis added). In other words, in the U.S. psychological detention does not, without more, invoke entitlement to the assistance of counsel. The U.S. courts take a generous view of when “psychological detention” occurs because it triggers scrutiny under the Fourth Amendment of police conduct that would otherwise lie outside judicial oversight under their Constitution. In practical terms, the U.S. can live with such a broad claimant-centred definition because it does not have the effect of bringing in the lawyers at an early stage in encounters between the police and the citizen. The significant effect of a finding of detention in the U.S., as under our decision in *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59, is to require the police to meet the standard of reasonable suspicion. Thus, the *Mendenhall* doctrine of psychological detention, when imported into Canada, raises a complication under s. 10(b) not present in the United States.

### C. Recognizing an “Obvious Tension”

[159] In this case, Laskin J.A., speaking for the Ontario Court of Appeal, recognized that:

The definition of “psychological detention” reflects a judicial balance between competing values. On the one hand, the police have the duty and the authority to investigate and prevent crime in order to keep our community safe. In carrying out their duty, they must interact daily with ordinary citizens. Not every such encounter between the police and a citizen amounts to a constitutional “detention”. This court and other courts have recognized that police must be able to speak to

*Escobedo c. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964), p. 490-491; *Miranda c. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), p. 444; *Thompson c. Keohane*, 516 U.S. 99 (1995), p. 112. Selon le droit américain, l'existence d'une telle situation d'entrave formelle [TRADUCTION] « dépend des circonstances objectives de l'interrogatoire et non des perceptions subjectives des agents qui procèdent à l'interrogatoire ou de la personne qui le subit » : *Stansbury c. California*, 511 U.S. 318 (1994), p. 323 (je souligne). Autrement dit, aux États-Unis, la détention psychologique, sans plus, ne donne pas ouverture au droit à l'assistance d'un avocat. Les tribunaux américains ont une vision libérale du moment où survient une « détention psychologique » parce qu'elle donne lieu à l'examen de la conduite des policiers au regard du Quatrième amendement, alors que, suivant leur Constitution, cette conduite échapperait autrement à la surveillance des tribunaux. En pratique, les États-Unis peuvent s'accommoder d'une définition aussi large centrée sur le plaignant parce qu'elle n'a pas pour effet de faire intervenir les avocats à une étape précoce du contact entre les policiers et les citoyens. Le principal effet d'une conclusion selon laquelle il y a détention est, aux États-Unis, d'obliger les policiers à satisfaire à la norme des soupçons raisonnables, tout comme l'exige l'arrêt *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59. Ainsi, la thèse de la détention psychologique énoncée dans *Mendenhall*, si on l'applique au Canada, soulève une difficulté associée à l'application de l'al. 10(b), qui n'a pas d'équivalent aux États-Unis.

### C. Reconnaissance de l'existence d'une « tension manifeste »

[159] En l'espèce, le juge Laskin a reconnu, au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, que :

[TRADUCTION] La définition de la « détention psychologique » rend compte de la mise en équilibre de valeurs concurrentes par les tribunaux. D'un côté, les policiers ont le devoir et le pouvoir d'enquêter sur les infractions criminelles et de prévenir le crime pour assurer la sécurité au sein de la communauté. Dans l'exécution de leurs tâches, ils doivent interagir quotidiennement avec les citoyens ordinaires. Tous les contacts de ce type entre les policiers et les citoyens ne constituent

a citizen without triggering that citizen's *Charter* rights.

pas une « détention » sur le plan constitutionnel. Notre cour et d'autres tribunaux ont reconnu que les policiers doivent pouvoir parler à un citoyen sans déclencher l'application des droits que lui garantit la *Charte*.

On the other hand, ordinary citizens must have the right to move freely about their community.

D'un autre côté, les citoyens ordinaires doivent avoir le droit de se déplacer librement dans leur communauté.

((2006), 81 O.R. (3d) 1, at paras. 10 and 12)

((2006), 81 O.R. (3d) 1, par. 10 et 12)

[160] In the companion case of *R. v. Suberu*, 2009 SCC 33, [2009] 2 S.C.R. 460, where the police intercepted an individual as he tried to leave an Ontario liquor store where a fraud had just been committed, Doherty J.A., also speaking for the Ontario Court of Appeal, recognized the “obvious tension between the requirement to inform detained persons of their right to counsel and the proper and effective use of brief investigative detentions” (2007 ONCA 60, 85 O.R. (3d) 127, at para. 41).

[160] Dans l'affaire connexe *R. c. Suberu*, 2009 CSC 33, [2009] 2 R.C.S. 460, où les policiers ont intercepté un individu au moment où il tentait de quitter un magasin de la Régie des alcools de l'Ontario dans lequel une fraude venait d'être commise, le juge Doherty, s'exprimant également au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, a reconnu l'existence d'une [TRADUCTION] « tension manifeste entre l'obligation d'informer les personnes détenues de leur droit à l'assistance d'un avocat et l'utilisation appropriée et efficace de brèves détentions aux fins d'enquête » (2007 ONCA 60, 85 O.R. (3d) 127, par. 41).

[161] Having found a breach of s. 9, Laskin J.A. did not go on in this case to deal with the s. 10(b) right to counsel. However, as my colleagues treat *Suberu* in this Court as a more or less straightforward application of their analysis of detention in *Grant*, I propose to deal with both ss. 9 and 10(b) here.

[161] Ayant conclu que l'art. 9 avait été violé, le juge Laskin n'a pas examiné, dans le présent dossier, le droit à l'assistance d'un avocat garanti à l'al. 10b). Toutefois, comme mes collègues traitent le dossier *Suberu* comme un cas d'application assez simple de la grille d'analyse de la détention proposée dans *Grant*, j'examinerai ici à la fois l'art. 9 et l'al. 10b).

[162] The Crown's argument is that by introducing a right to legal counsel (and “to be informed of that right”) prematurely into commonplace interactions between police and members of the public, the Court would hamstring essential police services and unduly tilt the constitutional balance against the public interest in effective law enforcement. For the police, in Professor Uviller's mellifluous phrase, “[t]he confession is the ‘queen of the evidentiary chessboard’” (quoted in Young, at pp. 365-66). When lawyers are on the scene, the potential for obtaining confessions tends to dry up.

[162] Le ministère public soutient qu'en donnant effet prématurément au droit à l'assistance d'un avocat (et à celui d'en « être informé ») dans le cadre de contacts ordinaires entre les policiers et les citoyens, la Cour paralyserait les services policiers essentiels et ferait pencher indûment la balance constitutionnelle contre l'intérêt du public dans l'application efficace de la loi. Aux yeux des policiers, pour reprendre les termes poétiques employés par le professeur Uviller (cités par Young, p. 365-366), [TRADUCTION] « la confession est la “reine du jeu d'échec de la preuve” ». Or, en présence d'un avocat, la source des confessions tend à se tarir.

[163] The defence, on the other hand, supports a broad definition of detention and quick access to legal advice because under a less generous *Charter* approach a member of the public risks serious prejudice to his or her defence before the lawyer can get involved, since few members of the public are clear about their *Charter* rights. The solution to this dilemma offered by the Ontario Court of Appeal in *Suberu* was to read down s. 10(b) so that the concept of “without delay” is stretched more readily to accommodate the reasonable needs of law enforcement (which in practice might well result in a situation similar to that prevailing in the U.S.). The problem with the Ontario court’s solution, as my colleagues note, is that the interpretation does not sit easily with what those words mean, whether interpreted purposefully, textually or contextually with the *Charter*.

[164] The appellant, supported by the Criminal Lawyers’ Association (Ontario) and the Canadian Civil Liberties Association, suggests that the “obvious tension” could be eased by declaring inadmissible any incriminating statements made by an accused between the moment the detention crystallized and the subsequent notification to the accused of the right to retain and instruct counsel. However, this presupposes that the s. 9 detention has indeed crystallized, which is the point in issue.

[165] Another way to ease the “obvious tension” (other than resort to s. 1) would be for the courts to re-examine the concept of “psychological detention” with a view to broadening the perspectives from which the encounter is viewed. This would help obviate some of the problems with a purely claimant-centred approach, in my opinion.

#### D. Problems With the Claimant-Centred Approach

[166] I believe there are a number of problems with the Court’s continuing endorsement of the

[163] La défense plaide plutôt en faveur d’une définition large de la détention et d’un accès rapide à des conseils juridiques parce que, si on devait adopter une approche moins généreuse de la *Charte*, un citoyen risquerait de se compromettre gravement avant qu’un avocat n’intervienne, puisque peu de gens connaissent bien les droits que leur confère la *Charte*. Pour résoudre ce dilemme, la Cour d’appel de l’Ontario, dans *Suberu*, a donné une interprétation atténuée de l’al. 10(b) de façon à ce que la portée des mots « sans délai » puisse être étendue plus facilement pour répondre aux exigences raisonnables de l’application de la loi (ce qui, en pratique, pourrait fort bien mener à une situation similaire à celle qui existe aux États-Unis). Comme l’ont souligné mes collègues, la solution retenue par le tribunal ontarien pose problème, car cette interprétation s’accorde mal avec le sens des mots, qu’on leur applique une méthode d’interprétation téléologique, textuelle ou contextuelle en fonction de la *Charte*.

[164] L’appelant fait valoir, avec l’appui de la Criminal Lawyers’ Association (Ontario) et de l’Association canadienne des libertés civiles, que cette « tension manifeste » pourrait être atténuée par l’inadmissibilité de toutes les déclarations incriminantes faites par un accusé entre le moment où la détention s’est cristallisée et celui où l’accusé est informé de son droit d’avoir recours à l’assistance d’un avocat. Cela présuppose toutefois que la détention visée par l’art. 9 s’est bel et bien cristallisée, question qui est précisément celle visée par le pourvoi.

[165] Une autre façon d’atténuer la « tension manifeste » (hormis le recours à l’article premier) consisterait à ce que les tribunaux réexaminent le concept de la « détention psychologique » de façon à ce que le contact soit envisagé dans des perspectives plus vastes. Cette solution contribuerait, selon moi, à remédier à certains des problèmes associés à une approche centrée exclusivement sur le plaignant.

#### D. Les problèmes associés à une approche centrée exclusivement sur le plaignant

[166] J’estime que l’adhésion constante de la Cour à l’approche préconisée par *Therens* et *Mendenhall*

*Therens/Mendenhall* approach to determine when a simple interaction crystallizes into a detention. Insistence that the claimant's circumstances be viewed from the more detached perspective of a "reasonable person" provides in some cases a welcome corrective, but in other cases, by exaggerating the ability of ordinary people to stand up to police assertion of authority, that approach may compel the conclusion that the claimant had the choice to walk away whereas in reality no such choice existed.

1. *The Perception of the Police May Be of Significance*

[167] My colleagues refer to the "complex situation", for example,

where the non-coercive police role of assisting in meeting needs or maintaining basic order can subtly merge with the potentially coercive police role of investigating crime and arresting suspects so that they may be brought to justice. [para. 40]

I agree that this "subtle" change of police perspective is relevant to the analysis but it will not always be made apparent to a person who is unambiguously stopped but remains unsure whether the encounter is benign or perilous. Police investigators assemble a mosaic of facts. Apparent "general inquiries" may be designed, unknown to the person stopped, to elicit the missing piece of self-incrimination. The success of the police investigation may indeed depend on the police skill in *masking* their information and intentions from the person stopped.

[168] Of relevance in this respect is the judgment of Martin J.A. in *R. v. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225 (Ont. C.A.), leave to appeal refused, [1988] 1 S.C.R. xi, setting out some of the considerations he thought relevant to finding a detention, including

the stage of the investigation, that is, whether the questioning was part of the general investigation of a crime or possible crime or whether the police had already decided that a crime had been committed and that the

pour déterminer à quel moment une simple interaction se cristallise en détention pose de nombreux problèmes. L'insistance pour que la situation du plaignant soit envisagée dans la perspective plus détachée de la « personne raisonnable » permet de remédier à certains de ces problèmes, mais cette approche, qui exagère la capacité d'une personne ordinaire de résister à l'affirmation par les policiers de leur autorité, peut, dans d'autres cas, mener impérativement à la conclusion que le plaignant avait le choix de partir, alors qu'il ne l'avait pas.

1. *La perception de la police peut être importante*

[167] Mes collègues font référence à la « situation [. . .] complexe » où, par exemple,

[la] fonction [policière] non coercitive d'assistance en cas de besoin et de maintien élémentaire de l'ordre peut, de façon subtile, se confondre avec leur fonction potentiellement coercitive d'enquête et d'arrestation de suspects pour qu'ils soient traduits en justice. [par. 40]

Je suis d'accord pour dire que ce changement « subtil » de la perspective policière est pertinent pour l'analyse, mais il ne sera pas toujours dévoilé à une personne manifestement interceptée, mais qui ne sait pas avec certitude si elle se trouve dans une situation périlleuse ou si elle n'a rien à craindre de son interaction avec les policiers. Les enquêteurs recueillent des faits qui forment une mosaïque. Des « questions générales » en apparence peuvent viser, à l'insu de la personne interceptée, à trouver la pièce manquante auto-incriminante. Le succès de l'enquête des policiers peut, en fait, dépendre de leur habileté à *masquer* leurs intentions et l'information qu'ils détiennent.

[168] Je crois utile, sur ce point, de citer les motifs du juge Martin, dans *R. c. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi refusée, [1988] 1 R.C.S. xi, parce qu'il y énumère certains éléments qu'il estimait pertinents quant à sa conclusion sur l'existence d'une détention, dont

[TRADUCTION] le stade de l'enquête, c'est-à-dire si les questions posées faisaient partie de l'enquête générale menée sur un crime réel ou potentiel, ou si la police avait déjà décidé qu'un crime avait été commis et que

accused was the perpetrator or involved in its commission and the questioning was conducted for the purpose of obtaining incriminating statements from the accused; [p. 259]

These are matters that would certainly be known to the police but not necessarily communicated to the person stopped. Perhaps, as mentioned, the stage of the investigation will be intentionally concealed with a view to a more productive interrogation. Other *Moran* considerations would be apparent to the person stopped, for example,

the nature of the questions: whether they were questions of a general nature designed to obtain information or whether the accused was confronted with evidence pointing to his or her guilt; [p. 259]

If, for example, the police arrive at a street disturbance and it is not clear to them whether the occurrence is a crime or an accident, and they tell everyone to stay put until the situation is clarified, such a “stay put” direction should carry a different legal consequence than if used at what is clearly a crime scene to hold an individual they believe is a likely suspect. In the former case, the situation may be explicable by reference to police responsibilities for public safety and order. In the latter case, the police are attempting to gather evidence about (and from) a particular individual in relation to a particular crime. The reality is that in *both* cases, to borrow Laskin J.A.’s formulation in the court below, “any reasonable person hearing these words from a uniformed officer three feet away would treat them not as a request that might be ignored, but as a command that must be obeyed” (para. 24). Although in both cases the police command to “stay put” will likely constrain psychologically the individuals subject to the police direction from walking away, only in the latter instance ought the *Charter* right to be triggered because it is only in that instance that “a person may reasonably require the assistance of counsel” (*Therens*, at pp. 641-42).

l’accusé en était l’auteur, ou qu’il était impliqué dans sa perpétration, et qu’elle posait des questions dans le but d’obtenir des déclarations incriminantes de l’accusé; [p. 259]

Il s’agit là d’éléments qui seraient certainement connus de la police, mais qui ne seraient pas nécessairement révélés à la personne interceptée. Peut-être, comme je l’ai mentionné, la police voudrait-elle cacher où elle en est dans son enquête dans l’espoir d’un interrogatoire plus fructueux. D’autres éléments mentionnés dans *Moran* seraient évidents pour la personne interceptée, par exemple,

[TRADUCTION] la nature des questions : s’agissait-il de questions d’ordre général visant à recueillir des renseignements, ou s’agissait-il de présenter à l’accusé des éléments de preuve qui tendaient à l’incriminer? [p. 259]

Si, par exemple, les policiers arrivent sur les lieux d’un attroupement dans la rue, sans savoir vraiment si l’agitation est due à un crime ou à un accident, et qu’ils demandent à toutes les personnes présentes de rester sur place jusqu’à ce qu’ils aient tiré la situation au clair, cette directive devrait avoir une conséquence juridique différente de celle qu’elle aurait si elle était donnée dans un lieu qui est manifestement la scène d’un crime pour retenir un individu que les policiers considèrent comme un suspect probable. Dans le premier cas, la situation peut s’expliquer par la responsabilité de la police d’assurer la sécurité du public et de maintenir l’ordre public. Dans le second, les policiers tentent de réunir des éléments de preuve au sujet (et de la part) d’un individu en particulier concernant un crime donné. En réalité, *dans les deux cas*, pour reprendre les termes employés par le juge Laskin, [TRADUCTION] « toute personne raisonnable qui entendrait ces mots prononcés par un policier en uniforme à une distance de trois pieds les considérerait, non pas comme une demande qu’elle peut ignorer, mais comme une sommation à laquelle elle doit obtempérer » (par. 24). Même si, dans les deux cas, l’ordre des policiers de rester sur place représente une contrainte psychologique qui incitera vraisemblablement les personnes auxquelles il s’adresse à ne pas quitter les lieux, ce n’est que dans le second que les droits garantis par la *Charte* devraient entrer en jeu, car c’est uniquement dans cette situation qu’une « personne peut avoir raisonnablement besoin de l’assistance d’un avocat » (*Therens*, p. 641-642).

2. *The Uncertain Characteristics of the “Reasonable Person”*

[169] In a useful commentary on the U.S. *Mendenhall* test, Professor Butterfoss writes:

Application of the test has created a broad “nonseizure” category of police-citizen encounters that permits officers substantial leeway in approaching and questioning citizens without being required to show objective justification for such conduct. This has been accomplished both by constructing a highly artificial “reasonable person,” who is much more assertive in encounters with police officers than is the average citizen, and by ignoring the subjective intentions of the officer. The result is that fourth amendment rights of citizens are determined through a legal fiction. [Emphasis added.]

(E. J. Butterfoss, “Bright Line Seizures: The Need for Clarity in Determining When Fourth Amendment Activity Begins” (1988-1989), 79 *J. Crim. L. & Criminology* 437, at p. 439)

In other words, encounters with police that average citizens would consider left them with no choice but to comply are denied the status of “detentions” through the device of putting in their place an artificially robust and assertive “reasonable person”. Self-incriminatory conduct may also be rationalized in the state’s favour by the attributed sense of “moral or social duty on the part of every citizen to answer questions put to him or her by the police” (see *R. v. Grafe* (1987), 36 C.C.C. (3d) 267 (Ont. C.A.), at p. 271). This gap between the reality on the street and the court constructed “reasonable person” is of particular relevance to visible minorities who 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 and later be argued by the police to constitute sufficient grounds of suspicion to justify a *Mann* detention.

2. *Les caractéristiques incertaines de la « personne raisonnable »*

[169] Dans un commentaire utile au sujet du critère établi par l’arrêt *Mendenhall* aux États-Unis, le professeur Butterfoss écrit :

[TRADUCTION] L’application de ce critère a créé une grande catégorie de contacts entre policiers et citoyens « sans saisie » qui laissent aux policiers une grande marge de manœuvre dans leur façon d’aborder et d’interroger les citoyens sans être forcés de justifier objectivement cette conduite. C’est là le résultat, d’une part, d’une interprétation du concept très artificiel de la « personne raisonnable » qui attribue à cette dernière une capacité d’affirmation de soi dans ses rapports avec les policiers bien plus grande que celle du citoyen moyen et, d’autre part, du fait de ne pas tenir compte des intentions subjectives des policiers. Ainsi, la portée des droits reconnus aux citoyens par le Quatrième amendement repose sur une fiction juridique. [Je souligne.]

(E. J. Butterfoss, « Bright Line Seizures : The Need for Clarity in Determining When Fourth Amendment Activity Begins » (1988-1989), 79 *J. Crim. L. & Criminology* 437, p. 439)

En d’autres termes, des contacts avec les policiers qui porteraient le citoyen moyen à croire qu’il n’a d’autre choix que d’obtempérer échappent à la catégorie des « détentions » grâce à un subterfuge qui consiste à lui substituer une « personne raisonnable » dotée d’une force et d’une confiance en soi artificielles. On peut aussi rationaliser la conduite auto-incriminante en faveur de l’État en invoquant le prétendu sens du [TRADUCTION] « devoir moral ou social de tout citoyen de répondre aux questions qui lui sont posées par les policiers » (voir *R. c. Grafe* (1987), 36 C.C.C. (3d) 267 (C.A. Ont.), p. 271). Cet écart entre la réalité de la rue et l’interprétation judiciaire du concept de la « personne raisonnable » est particulièrement pertinent dans le cas du membre d’une minorité visible qui, 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 que toute affirmation de son droit de quitter les lieux risque d’être considérée en soi comme une esquivé et invoquée plus tard par les policiers comme un motif suffisant d’entretenir des soupçons justifiant sa détention selon l’arrêt *Mann*.

[170] Leaving aside the issue of visible minorities, is the concept of the reasonable person intended to describe average cooperative members of the public? If so, the Canadian reality is that such people will almost always regard a direction from a police officer as a demand that must be complied with. This was recognized in *Therens* (and adopted in this case by my colleagues) when Le Dain J. acknowledged that “[m]ost citizens are not aware of the precise legal limits of police authority” and “the reasonable person is [therefore] likely to err on the side of caution, assume lawful authority and comply with the demand” (p. 644). Viewed in this way, police instructions or demands readily constrain a claimant’s choice to leave and, therefore, on that interpretation, even the less intrusive encounters between the police and citizens ought frequently to be declared detentions despite the fact that at that stage such people do not reasonably require the assistance of counsel.

[171] On the other hand, perhaps the “reasonable person” is to be invested with a higher level of legal sophistication, leading to a more robust attitude towards the police. My colleagues refer to the reasonable person’s assessment being informed by “generally understood legal rights and duties” (para. 33; see also para. 37). This more erudite version of the “reasonable person” might know that apart from some statutory exceptions, he or she ordinarily has the right to walk away from the encounter regardless of what the police officer says, unless and until the police possess reasonable grounds to suspect involvement in a criminal offence and therefore grounds for a *Mann*-type investigative detention. If the test envisages the perception of this more knowledgeable type of “reasonable person”, then anything short of an investigative detention as described in *Mann* would fail to constrain freedom of choice, and whatever is said in those critical early moments of an encounter will be presumed to be “voluntary” and based on consent.

[170] Hormis la question des minorités visibles, le concept de la personne raisonnable est-il censé décrire le citoyen moyen disposé à coopérer avec les policiers? Si c’est le cas, dans le contexte canadien, ce citoyen considérera presque toujours une directive des policiers comme une sommation à laquelle il doit obéir. C’est ce que le juge Le Dain a reconnu dans *Therens* (et que mes collègues admettent en l’espèce), lorsqu’il a constaté que « [l]a plupart des citoyens ne connaissent pas très exactement les limites que la loi impose aux pouvoirs de la police » et, par conséquent, qu’« il est probable que la personne raisonnable péchera par excès de prudence et obtempérera à la sommation en présumant qu’elle est légale » (p. 644). Vues sous cet angle, les directives ou les sommations de la police restreignent facilement le choix du plaignant de quitter les lieux. Par conséquent, suivant cette interprétation, même les contacts les moins importuns entre les policiers et les citoyens devraient fréquemment être qualifiés de détention, bien que les personnes visées n’aient pas raisonnablement besoin de l’assistance d’un avocat à cette étape.

[171] Par contre, il faut peut-être attribuer à la « personne raisonnable » un niveau plus élevé de raffinement juridique, qui la porterait à adopter une attitude plus ferme à l’égard de la police. Mes collègues affirment que les conclusions d’une personne raisonnable reposent sur « des garanties et des obligations juridiques généralement bien comprises » (par. 33; voir aussi par. 37). Cette version plus érudite de la « personne raisonnable » serait censée savoir que, sous réserve de certaines exceptions prévues par la loi, elle a le droit de quitter les lieux, peu importe ce que dit le policier, à moins que celui-ci ait des motifs raisonnables de la soupçonner d’avoir participé à une infraction criminelle et, par conséquent, des motifs justifiant sa mise en détention à des fins d’enquête suivant l’arrêt *Mann*. Si le test applicable adopte la perspective de ce type de « personne raisonnable » mieux informée, aucun contact en deçà d’une détention aux fins enquête suivant *Mann* n’entraverait la liberté de choix de la personne interpellée, et toutes les déclarations qu’elle ferait dans les premiers moments critiques de son contact avec les policiers seraient présumées « volontaires » et fondées sur son consentement.



[172] A further problem with the “reasonable person” device is to define exactly what information this fictional person possesses. While “the factors” identified by my colleagues include “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” (para. 44(2)(a)), it is not suggested that the “reasonable person” is a mind-reader. On their view, this information can only affect the “reasonable person” assessment to the extent it is made manifest to the claimant, whose perception would otherwise remain oblivious and unaffected.

[173] Yet, another difficulty with calibrating the “reasonable person” approach is that it is not at all clear what experience this hypothetical individual brings to the assessment of the encounter and what criteria this individual applies in deciding whether or not the person stopped is free to choose to break off the encounter. There is a difference between the listing of a broad range of factors to be considered by a court and identifying their relative weight and importance.

[174] In the absence of explicit criteria, various judges will tend to read into the “reasonable person” their own projections of the moment at which, in *their* view, the person stopped *ought* to be able to call a lawyer. This creates the risk of a very results-oriented analysis. Perceptions will vary depending on the personality of the judge seized with the case. My colleagues emphasize at different places the need for deference to the assessment of the trial judges (e.g., para. 43) which may further complicate the task of developing a consistent approach. In other words, continued reliance on the “reasonable person” whose attributed experience and choice of criteria are unspecified except for a presumed commitment to “reasonableness” helps to mask rather than clarify the actual criteria being applied by the Court.

[172] Le concept de la « personne raisonnable » pose un problème additionnel, soit celui de déterminer exactement quels sont les renseignements que détient cette personne fictive. Les « facteurs » établis par mes collègues incluent les questions suivantes : « [L]es 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? » (par. 44(2)a)). Elles ne laissent toutefois pas entendre que la « personne raisonnable » peut lire dans les pensées. Selon elles, ces renseignements ne peuvent jouer dans l'évaluation de ce que croirait la « personne raisonnable » que dans la mesure où ils sont dévoilés au plaignant, dont la perception ne sera autrement pas influencée par ces éléments.

[173] Une autre difficulté liée à la modulation de l'approche de la « personne raisonnable » tient à ce qu'on ne connaît pas exactement le vécu de cette personne hypothétique, à partir duquel elle évaluera le contact, ni les critères qu'elle utilise pour décider si la personne interceptée est libre de mettre fin au contact. L'énumération d'un vaste éventail de facteurs dont le tribunal doit tenir compte et la détermination de l'importance et du poids de chacun par rapport aux autres sont deux choses différentes.

[174] En l'absence de critères explicites, différents juges auront tendance à attribuer à la « personne raisonnable » leur propre impression du moment auquel, à *leur* avis, la personne interceptée *devrait* pouvoir appeler un avocat. Leur analyse risque de ce fait d'être très axée sur le résultat. Les perceptions varieront en fonction de la personnalité du juge saisi de l'affaire. Mes collègues soulignent à différents endroits la nécessité de faire preuve de déférence à l'égard des décisions des juges de première instance (p. ex., par. 43), ce qui peut compliquer encore davantage l'élaboration d'une approche cohérente. En d'autres termes, le recours continu au test axé sur la « personne raisonnable », dont le vécu et le choix de critères ne sont pas spécifiés, sauf pour ce qui est d'une présomption de « raisonabilité », contribue à masquer plutôt qu'à clarifier les véritables critères appliqués par la Cour.

### E. Broader Approach

[175] As a majority of the Court is satisfied with the *Therens/Mendenhall* claimant-centred approach, I will not belabour the existence of alternatives. However, I believe more attention should be paid to the *objective* facts of the encounter between a police officer and members of the public, whether or not such facts are made apparent to the person stopped.

[176] There is, of course, an important continuing role for psychological detention as perceived by the person stopped, but in that respect serious weight should be given to the values and experience of the person *actually* stopped, including the experience of visible minorities, and less emphasis on the hypothetical opinion of the “reasonable person” insofar as the latter is presumed to be able to handle such stressful encounters without sensing “significant . . . psychological restraint” (*Mann*, at para. 19). As mentioned, Mr. Grant is black. In determining whether he (or a reasonable person in his position) would feel free to choose to walk away from three policemen, contrary to their wishes in the circumstances here, his ethnicity raises a significant issue. As the above-mentioned studies show, trial judges differ in the weight they are willing to accord to ethnicity in such “low visibility” encounters, despite the over-representation of Aboriginals and other visible minorities in encounters with police patrols. That is why, from my point of view, the police perspective and the information (if any) the police possessed when they initiated the encounter is important to shed light on whether or not the liberty interest of the person stopped was truly compromised.

[177] I agree with my colleagues that a claim of psychological detention must meet the three-fold test of (i) a police command or direction (ii) compliance by the person now claiming a s. 9

### E. Une approche plus large

[175] Comme les juges majoritaires de la Cour sont satisfaits de la méthode centrée sur le plaignant inspirée de *Therens* et *Mendenhall*, je n’insisterai pas sur l’existence d’autres méthodes possibles. Toutefois, j’estime qu’il faudrait accorder plus d’attention aux éléments factuels *objectifs* des contacts entre un policier et des citoyens, que ces éléments soient dévoilés ou non à la personne interceptée.

[176] Certes, la détention psychologique telle qu’elle est perçue par la personne interceptée devrait toujours jouer un rôle important, mais, à cet égard, on devrait accorder beaucoup de poids aux valeurs et au vécu de la personne *véritablement* interceptée, y compris à l’expérience des minorités visibles, et moins d’attention au point de vue hypothétique de la « personne raisonnable » dans la mesure où cette dernière est présumée capable de faire face à des contacts aussi stressants sans ressentir de « contraintes [ . . . ] psychologiques appréciables » (*Mann*, par. 19). Comme il a été mentionné, M. Grant est de race noire. Lorsqu’il s’agit de déterminer si M. Grant (ou une personne raisonnable placée dans la même situation) se sentirait libre d’aller à l’encontre de la volonté de trois policiers en quittant les lieux, son origine ethnique soulève une question importante. Comme le démontrent les études précitées, les juges de première instance ne sont pas tous disposés à accorder le même poids à l’origine ethnique dans le cadre de contacts aussi « discrets », malgré la surreprésentation des Autochtones et des autres membres d’une minorité visible parmi les personnes abordées par les patrouilles de police. C’est pourquoi, selon moi, le point de vue des policiers et les renseignements dont ils disposent, le cas échéant, au moment où ils ont abordé le sujet ont de l’importance comme éléments pouvant aider à déterminer si le droit à la liberté de la personne interceptée était réellement compromis.

[177] Je conviens avec mes collègues que, pour établir qu’il y a eu détention psychologique, il faut satisfaire aux trois volets du critère applicable : (i) un policier a donné un commandement ou une

detention and (iii) grounds for a reasonable belief that there was no choice but to comply. However, in my view, police words and conduct should be interpreted in light of the *purpose* of the encounter from the police perspective — whether disclosed to the person from whom cooperation is requested or not. The U.S. *Model Code of Pre-Arrest Procedure* (ALI 1975), § 110.1(2), for instance, includes special provisions for questioning suspects as opposed to seeking cooperation from citizens and requires warnings to suspects that no legal obligation exists to respond to questioning. See also the English *Judges' Rules*, Rules I and II (*Practice Note (Judges' Rules)*, [1964] 1 W.L.R. 152 (C.C.A.), at p. 153). The police know, but the claimant does not know, the point at which a person of interest begins to emerge as a suspect and ceases to be, as my colleagues put it, a person whose “rights are not seriously in issue” (para. 29).

[178] A central problem with the *Therens/Mendenhall* claimant-centred approach, as I see it, is that it does not take adequately into account what the police know and when they knew it except insofar as this information is conveyed to the person stopped, but which the police may not consider to be in their interest to convey. Police may know (as in *Suberu*) if a crime has allegedly been committed and whether they are making the approach to an individual with a view to obtaining general information or, on the other hand, corralling a suspect and collecting admissible evidence to bring him or her to justice. Possession of such knowledge may in fact place the police in an adversarial relationship to the person approached whether that person is aware of the jeopardy or not. It is the adversarial relationship together with the “stop” that generates the need for counsel. At that point, the power imbalance is significant. The unsuspecting suspect may fatally compromise his or her position simply through ignorance of his or her rights and the fact the police have now adopted an adversarial position. At that point, as Le Dain J. put it in *Therens*,

directive, (ii) la personne alléguant qu'il y a eu détention pour l'application de l'art. 9 y a obtenu et (iii) avait des motifs raisonnables de croire qu'elle n'avait d'autre choix que d'obtempérer. Je crois cependant que les mots utilisés par le policier et son comportement doivent être interprétés au regard du *but* visé par le contact du point de vue du policier — que la personne dont il demande la coopération en ait été informée ou non. Par exemple, aux États-Unis, § 110.1(2) du *Model Code of Pre-Arrest Procedure* (ALI 1975) contient des dispositions spéciales applicables aux questions posées à un suspect, par opposition à une simple demande de coopération adressée à un citoyen, et exige que le suspect soit avisé qu'il n'est pas tenu en droit de répondre aux questions. Voir aussi les règles I et II des *Judges' Rules* anglaises (*Practice Note (Judges' Rules)*, [1964] 1 W.L.R. 152 (C.C.A.), p. 153). Les policiers savent — alors que le plaignant l'ignore — à quel moment une personne d'intérêt accède au rang de suspect et n'est plus, selon les termes employés par mes collègues, une personne dont les droits ne sont « pas sérieusement » compromis (par. 29).

[178] Le problème fondamental que pose, selon moi, l'approche centrée sur le plaignant adoptée dans *Therens* et *Mendenhall* réside dans le fait qu'elle ne prend pas adéquatement en compte ce que les policiers savent, et à quel moment ils l'ont appris, — sauf dans la mesure où ces informations sont révélées à la personne interceptée —, mais qu'ils estiment peut-être préférable de ne pas révéler. Les policiers peuvent savoir (comme c'était le cas dans *Suberu*) si un crime allégué a été commis et s'ils abordent une personne dans le but d'obtenir des renseignements généraux ou, plutôt, dans le but de coincer un suspect et de recueillir des éléments de preuve admissibles afin de le traduire en justice. Leur connaissance de ce contexte factuel peut les placer en fait dans un rapport antagoniste avec la personne interceptée, que celle-ci sache ou non qu'elle se trouve dans une situation périlleuse. C'est ce rapport antagoniste associé à l'« interception » qui crée le besoin d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. À ce stade, l'inégalité du rapport de force est considérable. Le suspect qui ne se doute de rien peut se compromettre de façon irréversible

“a person may reasonably require the assistance of counsel” (pp. 641-42), but may not have any idea of the perilous turn of events.

[179] On the other hand, a more benign police purpose may deprive even an unambiguous police command of the legal effect of a detention, and thereby enure to the benefit of the Crown. Had Constable Roughley in the *Suberu* case, for example, come rushing up to Mr. Suberu in the parking lot of the liquor store saying “Wait a minute. I need to talk to you before you go anywhere” because police had just received information, unknown to Mr. Suberu, that Mr. Suberu’s van had been wired with an explosive device by a local member of the Hell’s Angels, the detention analysis ought to be quite different although the constable’s words and the forcefulness of their expression may be the same.

[180] It is not controversial that in the early stages of a criminal investigation the police must be afforded some flexibility before the lawyers get involved. The police do have the right to ask questions and they need to seek the co-operation of members of the public, including those who turn out to be miscreants. The question is how to accommodate that need within a plausible framework of s. 9 analysis. In my view, without wishing to prolong this discussion, a better and broader approach to detention would explicitly take into account (i) the objective facts of such encounters, whether or not evident to the person stopped, as well as (ii) the perception of the police in initiating the encounter, whether or not evident to the person stopped, and (iii) whatever information the police possess at the time, which may or may not be known to the person stopped, as well as whatever change in the police perception occurs as the encounter develops. These matters should all be factored into a more comprehensive analysis of when a “detention” occurs for

simplement parce qu’il ne connaît pas ses droits ni le fait que l’intervention des policiers s’inscrit dans un rapport antagonique. À ce moment, comme le dit le juge Le Dain dans *Therens*, « une personne peut avoir raisonnablement besoin de l’assistance d’un avocat » (p. 641-642), sans avoir nécessairement conscience du tournant dangereux qu’ont pris les événements.

[179] Par contre, si le but poursuivi par un policier est plus inoffensif, un ordre, même non équivoque, donné par ce policier pourrait ne pas avoir l’effet d’une détention sur le plan juridique, et ainsi favoriser le ministère public. Si, par exemple, dans l’affaire *Suberu*, l’agent Roughley s’était précipité vers M. Suberu dans le stationnement du magasin de la Régie des alcools en lui disant « Attendez une minute! Il faut que je vous parle avant que vous vous en alliez », parce que les policiers venaient d’être informés du fait, inconnu de M. Suberu, qu’un membre local des Hell’s Angels avait relié la fourgonnette de M. Suberu à un engin explosif, l’analyse de la question de la détention aurait été très différente, malgré le fait que l’agent Roughley aurait utilisé les mêmes mots et les aurait prononcés avec la même fermeté.

[180] Au stade initial d’une enquête criminelle, les policiers doivent, sans conteste, disposer d’une certaine marge de manœuvre avant que les avocats n’interviennent. Les policiers ont le droit de poser des questions et ont besoin de demander la coopération des citoyens, y compris de ceux qui se révèlent être des scélérats. Il s’agit donc de déterminer comment répondre à ce besoin en élaborant un cadre d’analyse réaliste pour l’application de l’art. 9. Sans vouloir prolonger le débat, j’estime qu’une approche plus adéquate et plus large de la détention devrait prendre explicitement en considération (i) les éléments factuels objectifs de ces contacts, qu’ils soient ou non manifestes pour la personne interceptée ainsi que (ii) la perception des policiers au moment où ils abordent la personne interceptée, qu’elle soit ou non manifeste pour cette personne et (iii) toutes les informations dont disposent alors les policiers, que la personne interceptée en ait connaissance ou non, ainsi que tout changement dans la perception des policiers au cours de leur

*Charter* purposes than is provided in the *Therens/Mendenhall* claimant-centred approach affirmed today by the Court.

#### F. Application to the Facts

[181] In this case, I agree with my colleagues that Mr. Grant was arbitrarily detained. The safety of school neighbourhoods is of great importance but under our system of law it cannot be achieved by random detention of pedestrians on the off-chance that some of them might (or might not) be implicated in criminal activity.

[182] The purpose of these police officers, whether or not couched in terms of community policing, was to investigate crime, whether actual or anticipated. Constable Worrell testified that when the officers drove past in an unmarked car, Mr. Grant “stared” at them in an unusually intense manner and continued to do so as they proceeded down the street. He wore a “big jacket” and was “fidgeting” with his coat and pants. Staring at an unmarked car and fidgeting are lawful activities but it was enough to cause three police officers to converge on Mr. Grant. The police purpose for initiating the encounter is important, I believe, and Constable Worrell testified:

Q. Well, when you stop these people, I take it, the object of the exercise in light of what you said about the nature of the area is to find out if perhaps they might be involved in swarmings or robberies or drugs?

A. That’s correct.

Q. And when you and your partner talked about potentially stopping Mr. Grant yourselves and what you had in mind was having a chat with him —

A. Mm-hmm.

contact avec la personne interceptée. Tous ces facteurs devraient être inclus dans une analyse plus complète du moment auquel survient la « détention » pour l’application de la *Charte* que l’approche centrée sur le plaignant proposée dans *Therens* et *Mendenhall* et confirmée aujourd’hui par la Cour.

#### F. Application aux faits

[181] En l’espèce, je conclus comme mes collègues que M. Grant a été détenu de façon arbitraire. La sécurité aux environs d’une école revêt une grande importance, mais notre système de droit ne permet pas qu’elle soit assurée par la détention aléatoire de piétons au cas où certains d’entre eux pourraient être (ou non) mêlés à une activité criminelle.

[182] Le but des policiers, indépendamment du fait qu’il soit décrit comme relevant des services de police communautaire, consistait à enquêter sur des crimes commis ou anticipés. L’agent Worrell a déclaré dans son témoignage que lorsque les agents qui se trouvaient dans une voiture banalisée l’ont dépassé, M. Grant les a « dévisagés » avec une insistance anormale et les a suivis du regard pendant qu’ils s’éloignaient. Il portait un [TRADUCTION] « grand blouson » et « tripotait » son manteau et son pantalon. Il n’est pas illégal de fixer une voiture banalisée et de tripoter quelque chose, mais cela a néanmoins amené les trois policiers à encercler M. Grant. J’estime que l’objectif que poursuivait les policiers au début de l’interpellation est un facteur important. Voici un extrait du témoignage de l’agent Worrell à ce sujet :

[TRADUCTION]

Q. Et bien, lorsque vous interceptez ces personnes, j’imagine, compte tenu de ce que vous avez dit au sujet du secteur, que le but de l’exercice est de déterminer si elles peuvent être impliquées dans du taxage, des vols ou des crimes liés à la drogue?

A. C’est exact.

Q. Et lorsque vous et votre partenaire avez parlé de la possibilité d’intercepter M. Grant vous-mêmes, vous aviez l’intention d’avoir une conversation avec lui —

A. Mm-hmm.

Q. — to determine whether he might be involved in swarmings or robberies or drugs, correct?

A. It's possible he may have been, but we didn't know for sure.

The police had no information whatsoever that Mr. Grant may have been implicated in criminal activity or even whether a crime had been committed, but Mr. Grant's further "fidget" with his jacket convinced Constable Gomes to take charge of the situation (whether or not Mr. Grant was aware of how his fidgets were being interpreted by Constable Gomes) and to order Mr. Grant to "keep his hands in front of him". That command crystallized the detention.

[183] However, in my view, the finding of a detention is properly the product not only of Mr. Grant's perception (filtered through the hypothetical reasonable person) but also of the objective facts of why the encounter was initiated (crime detection) and the other facts surrounding the encounter whether or not evident to Mr. Grant, e.g., the agreement among the three officers (unknown to Mr. Grant) to converge on him and thereafter effectively to form "a small phalanx blocking the path in which the appellant was walking" (Laskin J.A., at para. 29). As Mr. Grant did not testify, we do not have any first-hand evidence of *his* perception, although his lack of choice must have been manifest when every time he moved Constable Gomes, who was standing only three feet away, moved in a corresponding way to maintain the nose-to-nose impasse. What we do have in considerable detail is the perception of each of the three police officers. Their forthright account of their own intentions and their acknowledged lack of any information that any crime was or was about to be committed, apart from a "hunch", none of which was conveyed to Mr. Grant, give rise to the conclusion that Mr. Grant *was* arbitrarily detained.

[184] I therefore concur in the conclusion of the Chief Justice and Charron J. that Mr. Grant was

Q. — pour déterminer s'il était possible qu'il soit impliqué dans du taxage, des vols ou des crimes liés à la drogue; exact?

A. C'est possible qu'il ait pu l'être, mais on n'en était pas certains.

Les policiers ne possédaient aucune information indiquant que M. Grant pouvait être impliqué dans une activité criminelle ou même qu'un crime avait été commis, mais le fait qu'il ait continué à [TRADUCTION] « tripoter » son blouson a convaincu l'agent Gomes d'intervenir (que M. Grant ait ou non été au courant des conclusions que l'agent Gomes tirait de la façon dont il tripotait son manteau) et d'ordonner à M. Grant de [TRADUCTION] « garder ses mains devant lui ». Cet ordre a cristallisé la détention.

[183] Toutefois, à mon avis, il faut conclure à juste titre qu'il y avait détention non seulement en raison des perceptions de M. Grant (filtrées par les yeux de la personne raisonnable hypothétique) mais aussi en raison des faits objectifs qui ont motivé l'interpellation (la détection de crimes) et des autres éléments factuels du contact, qu'ils aient été ou non manifestes pour M. Grant, notamment le fait que les trois agents s'étaient entendus (à l'insu de M. Grant) pour avancer vers lui, puis former [TRADUCTION] « une petite phalange pour bloquer le passage à l'appelant » (le juge Laskin, par. 29). Étant donné que M. Grant n'a pas témoigné, nous ne bénéficions pas d'une preuve originale de *sa* perception, bien qu'il devait être évident qu'il n'avait pas de liberté de choix puisque, chaque fois qu'il bougeait, l'agent Gomes, qui était à seulement trois pieds de lui, se déplaçait dans la même direction pour lui bloquer le passage en se plaçant devant lui. Nous connaissons par contre en détail la façon dont chacun des trois policiers percevait la situation. Leur description franche de leurs intentions et leur reconnaissance du fait qu'ils ne détenaient aucun renseignement révélant qu'une infraction avait été commise ou était sur le point d'être commise, hormis un « pressentiment », — éléments factuels qu'ils n'ont pas révélés à M. Grant — mènent à la conclusion que M. Grant *était* détenu arbitrairement.

[184] Je souscris donc à la conclusion de la Juge en chef et de la juge Charron que M. Grant était

detained. I also agree with their analysis under s. 24(2) and the consequent disposition of the appeal.

English version of the reasons delivered by

[185] DESCHAMPS J. — The difficulty in resolving the problems related to detention and to the exclusion of evidence in three appeals now before the Court reveals a number of deficiencies in the applicable rules. These three cases show that it is sometimes hard to reconcile the protection of constitutional rights with the public interest in bringing cases to trial. I have read the reasons of the majority, and I agree with them that the tests for determining whether a person was actually detained and whether evidence should be excluded need to be reformulated. With respect, however, I must comment further on the application of the new rules concerning detention to the facts of this case. As for the factors to consider in deciding whether to admit or exclude evidence obtained in violation of constitutional rights, I find that the test proposed by the majority is problematic, and that it is inconsistent with the purpose of the constitutional provision that applies to such decisions. Although my analysis differs from the majority's, I reach the same conclusion as them.

1. Test for Determining Whether a Person Was Detained

[186] Where the state interacts with citizens in a criminal law context, be it in the streets or in a courtroom, the applicable rules must be clear so that all those involved in the criminal justice system know the scope of their respective rights and powers. I agree with the majority that the police cannot do their work effectively without the co-operation of the public (para. 39). The applicable rules must therefore take into account the fact that the police need to act so as to foster public co-operation, not to discourage it.

détenu. Je suis aussi d'accord avec leur analyse concernant l'application du par. 24(2) et avec le dispositif qui en résulte.

Les motifs suivants ont été rendus par

[185] LA JUGE DESCHAMPS — La difficulté de trouver une solution aux problèmes reliés à la détention et à l'exclusion de la preuve dans trois pourvois dont la Cour est saisie fait bien ressortir certaines lacunes des règles applicables à ces matières. Ces trois affaires montrent en effet qu'il est parfois difficile de concilier la protection des droits constitutionnels et l'intérêt du public à la tenue des procès. J'ai pris connaissance de l'opinion des juges majoritaires et, à l'instar de ceux-ci, je suis d'avis qu'il y a lieu de reformuler les critères permettant de déterminer si une personne est réellement détenue, de même que ceux devant être utilisés pour décider si un élément de preuve doit être exclu. Avec égards pour l'opinion de mes collègues, cependant, je dois ajouter un commentaire sur l'application aux faits de l'espèce des nouvelles règles concernant la détention. En ce qui a trait aux facteurs suggérés pour décider de l'admission ou de l'exclusion d'un élément de preuve obtenu en violation de droits garantis par la Constitution, j'estime que la formulation de la grille d'analyse proposée par la majorité pose problème et ne respecte pas l'objectif visé par la disposition constitutionnelle régissant cette décision. J'arrive à la même conclusion que la majorité, mais au moyen d'une analyse différente.

1. Les critères applicables pour conclure à la détention

[186] Que l'interaction de l'État et des citoyens en matière pénale se produise dans la rue ou dans une salle d'audience, les règles applicables doivent être claires, de sorte que tous les acteurs du système de justice pénale puissent connaître l'étendue de leurs droits et pouvoirs respectifs. Je suis d'accord avec la majorité pour affirmer que les corps policiers ne peuvent accomplir leur travail efficacement sans la collaboration du public (par. 39). Les règles applicables doivent donc prendre en considération la nécessité pour les policiers d'agir d'une façon propre à encourager le public à coopérer, plutôt qu'à le décourager à le faire.

[187] In the instant case, the trial judge stressed the fact that the police officers, who were patrolling an area around four schools where numerous disturbances had been reported, had conducted themselves politely and seemed to have been conscientious in doing their work. On whether the law prohibits or should prohibit this type of police action, the trial judge quoted with approval the following comment by one of his colleagues:

We do not expect the police to sit in their station houses waiting for those who commit offences to walk in and confess. We expect them to be out in the community and when suspicious events occur to make inquiries. The Charter is not a barrier to those inquiries.

(2004 CarswellOnt 8779, at para. 9, quoting *R. v. Orellana*, [1999] O.J. No. 5746 (QL) (Ct. J.))

This approach is the very one on which the majority of this Court are basing the test adopted today to guide the public, law enforcement agencies and judges in determining at what point a person is “detained” in the legal sense of this term.

[188] In the companion case of *R. v. Suberu*, 2009 SCC 33, [2009] 2 S.C.R. 460, the majority of the Court acknowledge that police officers may interact with the public and that not every contact between a police officer and a member of the public constitutes detention. There is a clear distinction between the nature of the police action in the case at bar and that of the action in *Suberu*. *Suberu* concerns a targeted action by officers who had received specific information. In the case at bar, the action was one of prevention, and the officers’ approach was necessarily different. It will be helpful to consider the trial judge’s findings of fact.

[189] Constables Worrell and Forde were on patrol, in plainclothes in an unmarked car, in an area where four high schools are located. The area

[187] En l’espèce, le juge de première instance a souligné le fait que les policiers, qui effectuaient alors une patrouille dans le voisinage de quatre établissements scolaires où de nombreux troubles avaient été signalés, se sont conduits de façon polie et ont paru vouloir accomplir leur travail de façon consciencieuse. Cherchant à déterminer si le droit prohibe ou devrait prohiber ce genre d’activités policières, le juge de première instance a cité avec approbation les propos suivants d’un de ses collègues :

[TRADUCTION] Nous ne nous attendons pas à ce que les policiers restent au poste de police en attendant que ceux qui commettent des infractions entrent et confessent leurs crimes. Nous attendons d’eux qu’ils soient présents dans la communauté et qu’ils fassent enquête lorsque surviennent des événements suspects. La Charte n’empêche pas la tenue de ces enquêtes.

(2004 CarswellOnt 8779, par. 9, citant *R. c. Orellana*, [1999] O.J. No. 5746 (QL) (C.J.))

Cette approche est justement celle qui inspire aujourd’hui les juges majoritaires de la Cour dans la formulation des critères devant permettre au public, aux forces de l’ordre et aux juges de déterminer à quel moment une personne est détenue au sens juridique de ce terme.

[188] Dans le pourvoi connexe *R. c. Suberu*, 2009 CSC 33, [2009] 2 R.C.S. 460, les juges majoritaires de la Cour reconnaissent que les policiers ont le droit d’interagir avec le public et qu’il n’y a pas détention à chaque fois qu’un policier s’adresse à un membre du public. La distinction entre la nature de l’intervention policière dans le présent dossier et celle en cause dans *Suberu* est claire. Dans cet arrêt, il s’agissait d’une intervention ciblée, à l’égard de laquelle les policiers avaient reçu des informations précises. Dans la présente affaire, les policiers procédaient à un travail de prévention et leur approche était naturellement différente. Il est utile de rappeler les faits constatés par le juge qui a présidé au procès.

[189] Les constables Worrell et Forde patrouillaient, sans uniforme et dans une voiture banalisée, un quartier où sont situées quatre écoles secondaires.



was experiencing problems related to intimidation, robberies and drug offences involving students. The two officers had been ordered to maintain a presence there for purposes of prevention. They drove past an individual, Mr. Grant, and noted that he was staring at them. After they had passed him, Constable Worrell turned around and saw that he was still watching them and that he was fidgeting with his clothes at his waist and pulling on his pants with his right hand. At this point, the officers felt that it would be appropriate to speak with him. As they continued along their way, they saw another officer, Constable Gomes, who was on patrol in a marked cruiser. They suggested that he go speak with Mr. Grant, which he did. While speaking with Constable Gomes, Mr. Grant behaved nervously and touched his clothes at his waist, which prompted Constable Gomes to ask him to keep his hands in front of him. At first, constables Worrell and Forde stayed apart from Mr. Grant and Constable Gomes, but on seeing that Mr. Grant still appeared nervous and continued to look at them, they decided to move closer to make sure everything was all right. They identified themselves, showing their badges, and then stood behind Constable Gomes. I will not repeat the exchange that took place between Constable Gomes and Mr. Grant. The relevant passages are reproduced in the majority's reasons. All I need say here is that Mr. Grant made an incriminating statement.

[190] In analysing all these facts, the trial judge found that Mr. Grant had not been detained. The following is his own lengthy summary of his reasons for so finding:

- (1) The Location being the sidewalk of a main street in the City of Toronto in full view of the public.
- (2) The means by which the police spoke to the accused; i.e., on the street, and the accused not being required to stay or get into any vehicle or any closed type of situation.
- (3) The time of day. It was broad daylight. It was approximately 12:30 p.m., the usual noon hour for students.

Ce quartier était aux prises avec des problèmes d'intimidation, de vols et de drogue au sein de la population étudiante. Les deux policiers avaient reçu comme consigne d'assurer une présence préventive. Ils ont croisé un individu, M. Grant, et ont remarqué qu'il les fixait. Après avoir dépassé M. Grant, le constable Worrell s'est retourné et s'est aperçu que ce dernier continuait de les regarder, qu'il ajustait nerveusement ses vêtements au niveau de la taille et qu'il tirait sur son pantalon de la main droite. À ce moment-là, les constables se sont dit qu'il conviendrait d'avoir une conversation avec M. Grant. En continuant leur route, ils ont vu qu'un autre policier, le constable Gomes, patrouillait dans une voiture de service. Ils lui ont suggéré d'aller parler à M. Grant, ce qu'il fit. Lors de l'échange entre le constable Gomes et M. Grant, ce dernier montrait des signes de nervosité et touchait ses vêtements au niveau de la taille, ce qui a incité le policier à lui demander de placer ses mains devant lui. Les constables Worrell et Forde se sont d'abord tenus à l'écart, mais, remarquant que M. Grant paraissait toujours nerveux et continuait de les regarder, ils ont décidé de s'approcher pour s'assurer que tout se passait bien. Ils se sont identifiés en montrant leur insigne, puis se sont placés derrière le constable Gomes. Je ne reviendrai pas sur l'échange entre ce dernier et M. Grant. Les passages pertinents sont reproduits dans les motifs de la majorité. Pour les besoins de mon propos, il suffit de mentionner que M. Grant a fait une déclaration incriminante.

[190] Analysant tous ces faits, le juge de première instance a conclu que M. Grant n'avait pas été détenu. Je reproduis ci-après le long résumé que le juge a lui-même fait de ses motifs :

[TRADUCTION]

- (1) Le lieu de la rencontre : le trottoir d'une artère principale de la ville de Toronto totalement à la vue du public.
- (2) La façon dont le policier s'est adressé à l'accusé : dans la rue, sans que l'accusé soit tenu de rester ou d'entrer dans un véhicule ou dans tout autre espace où il aurait été confiné.
- (3) Le moment de la journée : il faisait jour; il était environ 12 h 30, soit l'heure où les étudiants sont habituellement en pause du midi.

(4) There was no physical force. There was no pat down search and there was no grabbing where someone, especially the accused, in any situation might feel intimidated.

(5) There was no actual search or physical search, of course. There were just some questions put.

(6) There was an absence of reasonable and probable grounds to conduct an arrest and there was no reason to take physical control of the accused until, of course, the marijuana and firearm surfaced.

(7) What would Police Constable Gomes have done if the accused, for example, left the scene? He may have followed him. He may have asked him further questions. There again, that is subject to speculation.

(8) The length of the interaction. It was short. It consisted of minutes. This was not a one-half hour or hour interrogation. It wasn't off the street or in a police cruiser.

(9) The response of the other police officers. These officers stood behind Gomes, but they were not involved in the discussion. They didn't surround the accused nor did they detain him. And I may address that issue further in due course.

(10) The nature of the conversation with Gomes. It was not in aggressive language. There were no demands or directions. The only request was that he keep his hands in front of him. There was no demand to enter a cruiser, and nothing was said that I find would be compelling. There were no threats or inducements. This officer just asked some general questions and in response to those questions the accused produced identification as to who he was, where he lived, and he even gave his phone number.

(11) The accused could have walked away. He could have walked around the one police officer or the three police officers and could have kept going. All he had to do, in my view, is say, "Excuse me." To suggest for one moment that he couldn't or they wouldn't permit it is speculation. There was no evidence that the accused felt compelled or had a subjective belief in relation to anything. The inference is, that the accused decided to cooperate all the way with the police. The quantity of time spent was referred to.

I conclude very easily that this was a conversation of an extremely short duration, lasting no more than several

(4) Il n'y a eu aucun usage de la force, aucune fouille par palpation ni aucune appréhension qui, quelles que soient les circonstances, auraient intimidé la personne visée, surtout l'accusé.

(5) Il n'y a eu aucune fouille ni, bien sûr, de fouille physique. Seules quelques questions ont été posées.

(6) Il n'y avait aucun motif raisonnable et probable de procéder à une arrestation et rien ne justifiait de prendre le contrôle physique de l'accusé, et ce, bien entendu jusqu'à ce qu'il soit question de la marijuana et de l'arme à feu.

(7) Qu'aurait fait l'agent Gomes si, par exemple, l'accusé avait quitté les lieux? Il l'aurait peut-être suivi. Il lui aurait peut-être posé plus de questions. Mais, là encore, il ne s'agit que de spéculation.

(8) La rencontre n'a duré que quelques minutes. Il ne s'est pas agi d'un interrogatoire d'une heure ou d'une demi-heure. La discussion n'a pas eu lieu en retrait de la rue ou dans la voiture de patrouille.

(9) La réponse des autres policiers : ces derniers se sont tenus derrière l'agent Gomes, mais ils n'ont pas participé à la discussion. Ils n'ont pas entouré l'accusé, ils ne l'ont pas détenu non plus. Je traiterai davantage de cette question ultérieurement.

(10) La nature de la conversation avec l'agent Gomes : le ton n'était pas agressif; l'agent n'a pas formulé de demande ou donné de directives; il a seulement demandé à l'accusé de garder les mains devant lui; il ne lui a pas demandé d'entrer dans l'auto-patrouille et rien de ce qui a été dit ne me paraît avoir contraint l'accusé; il n'y a eu aucune menace ou incitation. Cet agent s'est contenté de poser des questions générales et en y répondant, l'accusé s'est identifié, a donné son adresse, et même son numéro de téléphone.

(11) L'appelant aurait pu quitter les lieux. Il aurait pu contourner le policier ou les trois policiers et continuer son chemin. À mon avis, il n'avait qu'à dire « Excusez-moi. » Songer à suggérer qu'il ne pouvait agir de la sorte ou que les agents ne l'auraient pas laissé faire n'est que pure spéculation. Rien ne prouve que l'accusé se sentait contraint ou avait une croyance subjective relativement à quoi que ce soit. On peut en conclure que l'accusé a décidé de pleinement coopérer avec la police. Il a déjà été question de la durée de l'échange.

Je conclus sans aucune difficulté que cette conversation a été très courte, quelques moments à peine, pas plus

moments, but no more than three or four minutes. So much so, that I find the ultimate crime, the solving of the crime and the arrest and search incidental to the arrest took some four minutes more or less.

I also find that the limited conversation between Police Constable Gomes and the accused was no more than that, a conversation and an attempt to chit chat or make chit chat. Here again, I find it was all meant to check on the temperature of the community.

(2004 CarswellOnt 8779, at para. 9)

[191] Unlike the trial judge, the Court of Appeal concluded that Mr. Grant had been detained: (2006), 81 O.R. (3d) 1. I agree with this conclusion: viewed as a whole, the facts support the conclusion that there was indeed a detention. However, I wish to point out that the detention came to a head when the officers asked Mr. Grant certain direct questions that, viewed objectively, might have caused a reasonable person to feel singled out, cornered and, therefore, detained. Owing to the nature of the questions asked by Constable Gomes, the line between prevention and suppression was crossed. Constable Gomes asked Mr. Grant if he had committed a crime. Once such a question had been asked of a person who had known he was being watched from the time he had crossed paths with constables Worrell and Forde — who had since arrived on the scene — the encounter could no longer be described simply as an interaction between a police officer and a member of the public. I agree with the Court of Appeal's conclusion that the exchange was no longer an impromptu conversation that a young man such as Mr. Grant would think he could walk away from as he pleased.

[192] In light of the conclusion that Mr. Grant was detained, I must consider the power of the police to detain a person for investigation purposes in performing their crime prevention function. Unlike in the context of crime suppression, police officers who are charged with preventing crime — in particular, as in the instant case, in an area near schools experiencing problems related to violence — know that unlawful acts have been or will be committed, but do not know when, where or by whom a specific crime will be committed.

de trois ou quatre minutes. Si bien qu'à mon avis, le crime, la résolution du crime ainsi que l'arrestation et la fouille qui en ont découlé se sont déroulés en quelque quatre minutes.

Je conclus aussi que la conversation limitée entre le policier Gomes et l'accusé n'était que cela, une conversation et une tentative de faire un brin de causette. Je le répète, j'estime que toute cette démarche visait à prendre le pouls de la communauté.

(2004 CarswellOnt 8779, par. 9)

[191] Contrairement au juge de première instance, la Cour d'appel conclut que M. Grant a été détenu : (2006), 81 O.R. (3d) 1. Je souscris à cette conclusion : vus dans leur ensemble, les faits permettent de conclure qu'il y a effectivement eu détention. Je désire cependant souligner que le point tournant est survenu lorsque les policiers ont posé à M. Grant certaines questions directes qui, considérées objectivement, pouvaient inciter une personne raisonnable à se sentir visée, coincée et, de ce fait, détenue. La nature de l'interrogatoire auquel s'est livré le constable Gomes l'a amené à franchir la limite entre le travail de prévention et le travail de répression. Il a demandé à M. Grant s'il avait commis un crime. À la suite d'une telle question, adressée à une personne qui se savait observée depuis le moment où elle avait croisé les constables Worrell et Forde — lesquels étaient arrivés sur les lieux depuis — la rencontre ne pouvait plus être qualifiée de simple interaction entre un policier et un membre du public. Je suis d'accord avec la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle il ne s'agissait plus d'une conversation impromptue pouvant laisser croire à un jeune homme comme M. Grant qu'il pouvait quitter les lieux à sa guise.

[192] La conclusion que M. Grant était détenu m'amène à m'interroger sur le pouvoir des policiers de détenir une personne aux fins d'enquête dans le cadre de leurs activités de prévention du crime. Contrairement à ce qui est le cas en matière de répression de la criminalité, lorsque les policiers sont chargés de prévenir les crimes — plus particulièrement dans un quartier scolaire affligé de problèmes de violence comme en l'espèce — ils savent que des gestes illégaux ont été commis ou le seront, mais ils ne peuvent dire quand, où, ni par qui un

They must therefore have some leeway to be able to perform this function adequately.

[193] Although I cannot conclude that the officers in the case at bar had a reasonable suspicion that an offence had been committed, I would not want what is said in this judgment to discourage them from intervening. As can be seen from the trial judge's reasons, the officers were calm and polite. Even though their actions may, viewed objectively, have constituted detention, that was most likely not intentional. It would therefore be best in future for police officers to avoid asking incriminating questions of people who are likely to be viewed as suspects. The direct questions in the instant case can be compared with the circumspect approach taken by the officers in *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456. If, in the course of an exchange of words in which officers act circumspectly, the behaviour of the person they are speaking with changes, the next question is whether the facts are sufficient to give rise to a reasonable suspicion that an offence has been or will be committed. If they are sufficient, it will then be open to the officers to exercise their power of investigative detention.

[194] In short, I believe it is important to educate the police about how their conduct affects members of the public. If they do not really intend to detain a person, they should — by their deeds and their words — let the person know that he or she is not being singled out.

2. Factors Supporting the Admission or Exclusion of Evidence Obtained in Violation of the Charter

[195] The majority propose revising the test developed in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, for admitting or excluding evidence obtained in violation of a right protected by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I agree with them that the test needs to be revised, but in my view, the formulation they propose is inconsistent with the purpose

crime particulier sera commis. Pour cette raison, ils doivent disposer d'une marge de manœuvre leur permettant d'accomplir adéquatement ce travail.

[193] Même si, en l'espèce, je ne puis conclure que les policiers possédaient des soupçons raisonnables qu'une infraction avait été commise, je ne voudrais pas que le message qui leur est transmis par ce jugement les décourage d'intervenir. Comme l'indiquent les motifs du juge de première instance, l'attitude des policiers était posée et polie. Bien que, considérée objectivement, leur intervention ait pu constituer une détention, cela n'était fort probablement pas intentionnel. Il serait donc souhaitable, à l'avenir, que les policiers évitent de poser des questions incriminantes à des personnes qui sont susceptibles d'être considérées comme des suspects. Les questions directes posées en l'espèce peuvent être comparées avec l'approche prudente adoptée par les policiers dans l'affaire *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456. Si, au cours d'un échange marqué par la prudence de la part des policiers, le comportement de la personne à laquelle ils s'adressent change, se pose alors la question de savoir si les faits sont suffisants pour faire naître des soupçons raisonnables qu'une infraction a été ou sera commise. Dans un tel cas, les policiers peuvent alors avoir recours à leur pouvoir de détention pour fins d'enquête.

[194] En somme, je crois qu'il est important de sensibiliser les policiers à l'effet que produit leur comportement sur le public. S'ils n'intendent pas vraiment détenir une personne, ils doivent — par leurs gestes et leurs paroles — indiquer à celle-ci qu'elle n'est pas visée personnellement.

2. Les facteurs justifiant l'admission ou l'exclusion d'une preuve obtenue en violation de la Charte

[195] Les juges de la majorité proposent de revoir la grille d'analyse formulée dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, relativement à l'admission ou à l'exclusion d'un élément de preuve obtenu en violation d'un droit protégé par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Je conviens avec eux qu'une telle révision s'impose. À mon avis,

of s. 24(2). I will be proposing a simpler rule that focusses the analysis on two aspects: the societal interest in protecting constitutional rights and the societal interest in the adjudication of the case on the merits. On the basis of these two aspects, it will be possible to consider all the relevant circumstances in order to determine whether the exclusion or admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute.

A) *Purpose of Section 24(2) of the Charter*

[196] The identification of the purpose of s. 24(2) of the *Charter* is of prime importance for the determination of the factors to be considered in applying this provision. According to Professor David M. Paciocco, “[r]ecent experience in the United States has demonstrated that the vitality of the exclusionary rule depends entirely on the purposes that are identified for exclusion. This is because each of the rationales has its own level of vulnerability and its own sphere of operation” (“The Judicial Repeal of s. 24(2) and the Development of the Canadian Exclusionary Rule” (1989-90), 32 *Crim. L.Q.* 326, at p. 334). However, Professor Kent Roach cautions that “[i]f none of the approaches is in a preferred position, the choice of which rationale will prevail in a particular case is likely to be inconsistent and result-oriented” (“Constitutionalizing Disrepute: Exclusion of Evidence after *Therens*” (1986), 44 *U.T. Fac. L. Rev.* 209, at p. 228).

[197] *Collins* had the merit of setting out the first test for applying s. 24(2). But neither in that case nor in those that followed can the Court be said to have identified a guiding principle or taken a clear position ranking the various purposes that are often cited for the provision and can be drawn — sometimes implicitly and sometimes explicitly — from the case law. The failure to do so is surprising, given the importance the Court has attached to contextual analysis and to the need, in interpreting any provision, to consider its purpose.

cependant, la formulation qu’ils proposent ne respecte pas l’objectif du par. 24(2). Je suggère plutôt l’adoption d’une règle plus simple, qui axe l’analyse sur deux aspects : l’intérêt de la société dans la protection des droits constitutionnels et l’intérêt de la société à ce que les accusations soient jugées au fond. Ces deux aspects permettent de prendre en considération toutes les circonstances pertinentes pour déterminer si l’exclusion ou l’admission d’un élément de preuve est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice.

A) *L’objectif du par. 24(2) de la Charte*

[196] La détermination de l’objectif visé par le par. 24(2) de la *Charte* revêt une importance certaine pour dégager les facteurs qui seront pris en considération dans l’application de cette disposition. Selon le professeur David M. Paciocco : [TRADUCTION] « L’expérience récente aux États-Unis a démontré que la vitalité de la règle d’exclusion dépend entièrement de l’objectif de l’exclusion. Ceci s’explique par le fait que chaque objectif a son propre niveau de vulnérabilité et sa propre sphère d’action » (« The Judicial Repeal of s. 24(2) and the Development of the Canadian Exclusionary Rule » (1989-90), 32 *Crim. L.Q.* 326, p. 334). Le professeur Kent Roach fait quant à lui la mise en garde suivante : [TRADUCTION] « Si aucune des approches n’est préférable, le choix de l’objectif qui prévaudra dans le cas en cause risque d’être fluctuant et fondé sur le résultat » (« Constitutionalizing Disrepute : Exclusion of Evidence after *Therens* » (1986), 44 *U.T. Fac. L. Rev.* 209, p. 228).

[197] L’arrêt *Collins* a eu le mérite d’énoncer le premier cadre d’application du par. 24(2). Cependant, ni cette décision ni les jugements subséquents ne permettent de conclure que la Cour a dégagé un principe directeur ou énoncé une position claire hiérarchisant les divers objectifs qui sont fréquemment cités au soutien de la disposition et qui ressortent — parfois implicitement, parfois explicitement — de la jurisprudence sur la question. Cette lacune est étonnante, compte tenu de l’importance accordée par la Cour à l’analyse contextuelle et à l’indispensable prise en considération de l’objectif d’une disposition dans toute démarche d’interprétation.

[198] I accordingly agree with the majority that the purpose of s. 24(2) of the *Charter* is found in the words of the provision. Section 24 reads as follows:

**24.** (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

(2) Where, in proceedings under subsection (1), 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, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

The purpose of s. 24(2) is to maintain public confidence in the administration of justice.

[199] Since this purpose is a general one, it makes it possible to take the various functions of the criminal justice system into account. This purpose also makes it possible to identify a common denominator between ss. 24(1) and (2). It is clear that one of the purposes of the remedy provided for in s. 24(1), more specifically a stay of proceedings for abuse of process, is to maintain the repute of the administration of justice: *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659, at p. 1667. Although a stay of proceedings can be granted only in the clearest of cases because it allows the accused to go free, the comparison with s. 24(2) is not without interest, especially in a case where the exclusion of evidence would in practice lead to the discharge of the accused by resulting in his or her acquittal.

[200] A court that must decide under s. 24(1) whether to order a stay of proceedings may consider the “balance . . . between the public interest in having all charges dealt with on their merits [and] the public interest in having all charges stayed to show the court’s determination to ensure the continued vigour of checks and balances in the criminal justice system” (*R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297, dissent, at para. 231 (emphasis

[198] J’accueille donc positivement le fait que la majorité reconnaisse que l’objectif du par. 24(2) de la *Charte* se trouve dans son texte. Voici le texte de l’art. 24 de la *Charte* :

**24.** (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s’adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), 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 s’il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice.

L’objectif du par. 24(2) consiste à préserver la considération du public à l’égard de l’administration de la justice.

[199] Comme cet objectif a un caractère général, il permet la prise en compte des diverses fonctions du système de justice pénale. Il permet aussi de reconnaître un dénominateur commun entre les par. 24(1) et (2). Il est clair que l’un des objectifs de la réparation prévue au par. 24(1), plus particulièrement l’arrêt des procédures en cas d’abus, est le maintien de la considération dont jouit l’administration de la justice : *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, p. 1667. Quoique l’arrêt des procédures ne puisse être accordé que dans les cas les plus manifestes, étant donné qu’une telle mesure a pour effet de libérer l’accusé, le rapprochement avec le par. 24(2) n’est pas sans intérêt, surtout dans les cas où l’exclusion de la preuve aboutit concrètement à la libération de l’accusé en provoquant son acquittement.

[200] Le tribunal qui est appelé à décider, en vertu du par. 24(1), s’il y a lieu d’ordonner l’arrêt des procédures, peut tenir compte de « [l’]équilibre entre l’intérêt public à ce que tous les chefs d’accusation soient examinés au fond et l’intérêt public à ce que tous les chefs d’accusation soient suspendus pour montrer la détermination de la cour à assurer le maintien de freins et de contrepoids efficaces dans le système de justice pénale » (*R. c. Regan*,

deleted); see also the majority's reasons, at para. 57). This balancing exercise is also essential to the analysis required by s. 24(2). Under s. 24(2), the judge must decide whether the best way to maintain the repute of the administration of justice would be to admit the evidence or to exclude it.

[201] I also agree with the majority's proposition that the exclusionary rule has, primarily, a prospective societal role and that the judge's analysis must focus on systemic concerns (para. 70). The court cannot consider the case of the accused person who is on trial without addressing the long-term impact of its decision on the administration of justice in general. If, where the stay of proceedings and the admission or exclusion of evidence are concerned, the point of convergence between the first and second subsections of s. 24 is the balancing of two factors, what distinguishes these provisions is that the purpose of the first is to provide for an individual remedy, whereas the ultimate purpose of the second lies in the societal interest in maintaining public confidence in the administration of justice. The first is focussed on the individual, the second on society.

[202] The statement that s. 24(2) has a long-term societal purpose is of great significance for the identification of the factors to be considered in the analysis. In my view, the test proposed by the majority, by focussing the analysis on the conduct of the police in the first branch and on the interest of the accused in the second, and by attaching less importance to the seriousness of the offence in the third, does not give sufficient consideration to the long-term societal interest that must guide the judge in reaching a decision.

#### B) *The Test: Branches and Factors*

[203] Since *Collins*, the courts have generally applied a test under which the factors relevant to the analysis to be conducted in applying s. 24(2)

2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297, motifs dissidents, par. 231 (italiques omis); voir aussi l'opinion de la majorité, par. 57). La recherche de cet équilibre est également essentielle dans l'analyse requise par le par. 24(2). Conformément à cette disposition, le juge doit décider si la considération dont jouit l'administration de la justice sera davantage maintenue par l'admission de la preuve que par son exclusion.

[201] Je souscris également à la proposition de la majorité selon laquelle la règle d'exclusion joue d'abord un rôle sociétal prospectif et que l'analyse du juge est centrée sur des problèmes d'ordre systémique (par. 70). En effet, le tribunal ne peut s'attacher au dossier de l'accusé qui subit son procès sans examiner l'incidence à long terme de sa décision sur l'administration de la justice en général. Si, lorsqu'on traite d'arrêt des procédures et d'admission ou d'exclusion d'un élément de preuve, le point de convergence des premier et deuxième paragraphes de l'art. 24 est la mise en balance de deux facteurs, l'élément qui les distingue est que l'objectif du premier paragraphe consiste à apporter une réparation individuelle, alors que l'objectif ultime du deuxième réside dans l'intérêt de la société à préserver la considération du public pour l'administration de la justice. Le premier paragraphe est axé sur l'individu, le deuxième sur la société.

[202] Le fait d'affirmer que le par. 24(2) vise un objectif sociétal à long terme emporte des conséquences importantes dans la détermination des éléments de l'analyse. À mon avis, en centrant celle-ci sur la conduite des policiers dans le premier volet et sur l'intérêt de l'accusé dans le second, et en accordant une importance moins grande à la gravité de l'infraction dans le troisième, la grille proposée par la majorité n'est pas suffisamment orientée vers l'intérêt sociétal à long terme qui doit guider le juge dans sa décision.

#### B) *La grille d'analyse : volets et facteurs à considérer*

[203] Depuis l'arrêt *Collins*, les tribunaux suivent généralement une grille qui classe sous trois grands volets les facteurs pertinents de l'analyse

were grouped in three broad branches. This Court has applied this test in many subsequent decisions, including *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755, at pp. 783-84, in which Lamer J. (as he then was) summarized the test as follows:

The first set of factors are those relevant to the fairness of the trial. The second set of factors concerns the seriousness of the *Charter* violations as defined by the conduct of the law enforcement authorities. The third set of factors recognizes the possibility that the administration of justice could be brought into disrepute by excluding the evidence despite the fact that it was obtained in a manner that infringed the *Charter*.

[204] First, the courts had to determine the nature of the evidence obtained in violation of the rights of the accused. Where real evidence was adduced, admitting it rarely led to a finding that trial fairness had been impaired. Second, they had to assess the seriousness of the violation in light of both the interests protected by the infringed right and the state conduct. Third, the courts considered the consequences of excluding the evidence and determined, more specifically, whether the evidence was essential, having regard to the seriousness of the offence (*Greffe*, per Dickson C.J., at pp. 762-63).

[205] In the case at bar, the majority propose to reformulate the test. The new version continues to have three branches: a review of the state conduct, the impact of the violation on the *Charter*-protected interests and the public interest in an adjudication on the merits.

[206] It is appropriate that trial fairness is no longer a cornerstone of the test. One of the problems with the reliance on trial fairness in the first branch of the *Collins* test was that it is a concept with several possible meanings and can accordingly lead to confusion.

[207] Trial fairness is sometimes defined narrowly and sometimes more broadly. Defined narrowly, it concerns solely the reliability of the evidence. More broadly, trial fairness corresponds to “courtroom fairness” (P. Mirfield, “The Early

requis pour l’application du par. 24(2). Cette grille a été maintes fois reprise dans la jurisprudence de la Cour, entre autres dans *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755, p. 784, où le juge Lamer (plus tard Juge en chef) la résume ainsi :

Le premier ensemble de facteurs comprend ceux qui portent sur l’équité du procès. Le second ensemble de facteurs concerne la gravité des violations de la *Charte*, appréciée en fonction de la conduite des autorités chargées d’appliquer la loi. Le troisième ensemble de facteurs reconnaît la possibilité que l’administration de la justice soit déconsidérée par l’exclusion de la preuve en dépit du fait qu’elle a été obtenue d’une manière contraire à la *Charte*.

[204] Premièrement, les tribunaux devaient déterminer la nature de la preuve obtenue en violation des droits. Dans le cas d’une preuve matérielle, il était rare que son admission permette de conclure à une atteinte à l’équité du procès. Deuxièmement, ils devaient apprécier la gravité de la violation, tant en fonction des intérêts protégés par le droit violé qu’au regard de la conduite étatique. Troisièmement, les tribunaux s’attachaient aux conséquences de l’exclusion de l’élément de preuve et plus particulièrement au caractère essentiel de celui-ci eu égard à la gravité de l’infraction (*Greffe*, le juge en chef Dickson, p. 762-763).

[205] Dans la présente affaire, mes collègues de la majorité proposent de reformuler la grille d’analyse en conservant trois volets : l’examen de la conduite étatique, l’incidence de la violation sur les intérêts protégés par la *Charte* et l’intérêt du public à ce que les accusations soient jugées au fond.

[206] Il est heureux que la notion d’équité du procès ne constitue plus une des pierres d’assise de l’analyse. En effet, l’un des problèmes du recours à l’équité du procès dans le premier volet de la grille d’analyse établie dans *Collins* est que cette notion a plusieurs acceptions et peut, de ce fait, devenir source de confusion.

[207] On donne à l’équité du procès une portée parfois restreinte, parfois plus large. Selon sa définition étroite, l’équité du procès ne se rapporte qu’à la fiabilité de la preuve. Plus largement, l’équité du procès correspond au terme anglais « *courtroom*



Jurisprudence of Judicial Disrepute” (1987-88), 30 *Crim. L.Q.* 434, at pp. 444 and 452). In the latter sense, fairness is related to the concept of “conscriptive evidence”. Its purpose is to safeguard certain fundamental rights of the accused at trial, such as the right against self-incrimination. This interpretation is essentially the same as the one in *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607. Finally, trial fairness has been defined very broadly by certain commentators and in certain judgments (see the dissent in *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206, at para. 86). According to this approach, any use of evidence obtained in violation of constitutional rights is — regardless of the quality of the evidence (reliable, conscriptive, derivative, etc.) — a breach of trial fairness. It is clear that, although the concept of fairness seems to go hand in hand with any system of justice worthy of that name, it is not precise enough to serve as a reliable guide.

[208] The reformulation of the first of the criteria from *Collins* so as to exclude the trial fairness concept and take *Charter*-protected interests into account in the second branch of the new test is a refinement that may help judges refer to concrete and objective factors. I am in complete agreement that the greater the impact of the violation on the *Charter*-protected interests, the more likely it is that there will be negative consequences for public confidence in the administration of justice. For example, interference with bodily integrity and a search of a rented car will not have the same impact on the confidence an objective person with good knowledge of the circumstances of the case will have in the administration of justice (*Collins*, at p. 282).

[209] However, I cannot agree with focussing the analysis on the accused, as the purpose remains at all times to maintain public confidence in the administration of justice in the long term, and what is important is the public interest in the protection of constitutional rights. Nor can I accept that one of the factors — state conduct — formerly taken into

*fairness* » (« équité en salle d’audience ») (P. Mirfield, « The Early Jurisprudence of Judicial Disrepute » (1987-88), 30 *Crim. L.Q.* 434, p. 444 et 452). Cette dernière acception de l’équité se rapporte à la notion de preuve dite « conscrite ». Elle vise alors à préserver certains droits fondamentaux de l’accusé lors du procès, telle que la protection contre l’auto-incrimination. Cette interprétation est essentiellement celle qu’on retrouvait dans *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607. Finalement, on retrouve aussi une définition très large de l’équité du procès chez certains auteurs et dans certains jugements (voir la dissidence dans *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206, par. 86). Suivant cette dernière approche, toute utilisation d’une preuve obtenue en violation des droits constitutionnels — peu importe la qualité de cette preuve (fiable, conscrite, dérivée, etc.) — porte atteinte à l’équité du procès. Comme on peut le constater, bien que la notion d’équité et tout système de justice digne de ce nom paraissent aller de pair, cette notion n’est pas suffisamment précise pour servir de guide fiable.

[208] La reformulation du premier critère établi dans *Collins*, de façon à éliminer la notion d’équité du procès et à prendre en considération les intérêts protégés par la *Charte* au deuxième volet de la nouvelle grille d’analyse, est un raffinement qui est susceptible d’aider les juges à se reporter à des éléments concrets et objectifs. Je suis tout à fait d’accord pour dire que plus l’incidence de la violation sur les intérêts protégés par la *Charte* est grande, plus probables sont les conséquences négatives sur la considération du public envers l’administration de la justice. Par exemple, une atteinte à l’intégrité physique ou la fouille d’une auto louée n’auront pas la même incidence sur la considération qu’aura, à l’endroit de l’administration de la justice, une personne objective bien informée des circonstances de l’affaire (*Collins*, p. 282).

[209] Je ne saurais cependant accepter que l’accusé soit le point de mire de l’analyse — car l’objectif demeure toujours la considération à long terme du public envers l’administration de la justice, et c’est l’intérêt du public dans la protection des droits garantis par la Constitution qui importe. De même, je ne peux accepter que l’un des éléments qui était

account when analysing the seriousness of a violation is now a separate branch of the test. In pursuing the purpose of maintaining confidence in the administration of justice, the courts must dissociate themselves from violations of protected rights, regardless of whether or not they were intentional. Although state conduct is of course the source of the violation, it is but one of the factors to be considered in analysing the impact of the violation on *Charter*-protected interests.

[210] I find the majority's emphasis on state conduct puzzling in view of the purpose of s. 24(2). Although the majority acknowledge that the purpose of the s. 24(2) rule is neither to punish the police officers nor to compensate the accused, the importance they attach to this factor places the judge on a slippery slope. Since any distinction between the role of the exclusion of evidence as a way for a court to dissociate itself from a violation and its role as a deterrent — which has been sharply criticized — will be a fine one, I wonder what role this factor will actually play. The Court's attitude in this respect has already been criticized as being one of "doublespeak" (D. Stuart, *Charter Justice in Canadian Criminal Law* (4th ed. 2005), at pp. 543-44). I fear that the same word will also be used to refer to the new test. Moreover, by making state conduct a separate branch of the test, the Court is drawing closer to the rules applied in the United States, which are based on very different constitutional provisions and a very different socio-political context (see the reasons of Esson J.A. in *R. v. Strachan* (1986), 25 D.L.R. (4th) 567 (B.C.C.A.)).

[211] It might have been thought that the courts would over time have understood that it is unhelpful to begin the constitutional analysis by considering state conduct. The main problem with the importance attached to this factor is that the deterrent effect of the exclusion of evidence has never been proved empirically (S. Penney, "Taking Deterrence Seriously: Excluding Unconstitutionally Obtained

auparavant pris en considération dans le contexte de l'analyse de la gravité de la violation — en l'occurrence la conduite étatique — constitue maintenant un volet autonome de l'analyse. En poursuivant l'objectif de préservation de la considération dont jouit l'administration de la justice, les tribunaux doivent se dissocier des violations des droits protégés, que ces atteintes soient intentionnelles ou non. La conduite étatique est certes à l'origine de la violation, mais elle ne constitue que l'un des éléments de l'analyse de l'incidence de la violation sur les intérêts protégés par la *Charte*.

[210] L'accent qui est mis par la majorité sur la conduite étatique me laisse perplexe compte tenu de l'objectif du par. 24(2). En effet, bien que la majorité reconnaisse que la règle du par. 24(2) n'a pas pour but de punir les policiers ni de dédommager l'accusé, l'importance accordée à ce facteur entraîne le juge sur un terrain glissant. La distinction ténue qui peut exister entre le rôle de l'exclusion d'un élément de preuve comme moyen pour les tribunaux de se dissocier d'une violation et comme moyen de dissuasion — mesure vivement critiquée — m'incite à me demander quel sera le véritable rôle de ce facteur. On a déjà reproché à la Cour d'avoir une attitude équivoque (« *doublespeak* »), à cet égard (D. Stuart, *Charter Justice in Canadian Criminal Law* (4<sup>e</sup> éd. 2005), p. 543-544). Je crains que le même commentaire soit réitéré avec l'adoption de la nouvelle grille d'analyse. L'établissement d'un chef d'analyse distinct, portant sur l'examen de la conduite étatique, rapproche d'ailleurs la Cour des règles appliquées aux États-Unis, qui sont fondées sur des dispositions constitutionnelles et un contexte politico-social très différents (voir l'opinion du juge Esson dans *R. c. Strachan* (1986), 25 D.L.R. (4th) 567 (C.A.C.-B.)).

[211] On pourrait penser que les tribunaux auraient, avec le temps, compris qu'il ne sert à rien de faire de la conduite étatique le point de départ de l'analyse constitutionnelle. En effet, le principal problème qui découle de l'importance accordée à ce facteur est que l'effet dissuasif de l'exclusion d'un élément de preuve n'a jamais été démontré empiriquement (S. Penney, « Taking Deterrence

Evidence Under Section 24(2) of the *Charter*” (2004), 49 *McGill L.J.* 105, at p. 114).

[212] In the United States, many commentators have attempted to demonstrate that the exclusionary rule is either effective or ineffective as a deterrent, and the question is still open to debate: L. T. Perrin et al., “If It’s Broken, Fix It: Moving Beyond the Exclusionary Rule — A New and Extensive Empirical Study of the Exclusionary Rule and a Call for a Civil Administrative Remedy to Partially Replace the Rule” (1998), 83 *Iowa L. Rev.* 669; W. R. LaFave, *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment* (4th ed. 2004), vol. 1, at pp. 32-37; *Herring v. United States*, 555 U.S. 1 (2009); Law Reform Commission of Canada, Working Paper 10, *Evidence — The Exclusion of Illegally Obtained Evidence* (1974), at pp. 19-20. The question has also been the subject of debate in Canada. According to Paciocco, at p. 340, s. 24(2) cannot have a deterrent effect, because it does not establish a clear and predictable rule requiring the exclusion of evidence. To other commentators, from the perspective of the conduct of state agents, exclusion is not an effective sanction. The police certainly have an interest in the conviction of an accused, but that interest is above all one of society as a whole. Administrative or disciplinary measures may have a greater deterrent effect on the police (Law Reform Commission, at pp. 20-22; *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93, at pp. 123-24, and *Burlingham*, at para. 104, *per* L’Heureux-Dubé J., dissenting). In my view, the reservations expressed regarding the effectiveness of the exclusion of evidence as a deterrent are an invitation to be very prudent as regards the importance attached to state conduct.

[213] Furthermore, a parallel can be drawn with the order for a stay of proceedings for abuse of process, which also has as its purpose the maintenance of public confidence in the administration of justice. As the Court pointed out in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, at para. 91, and in *R. v. Taillefer*, 2003 SCC 70, [2003] 3 S.C.R. 307, at para. 119, the purpose of such an order is not to punish state

Seriously : Excluding Unconstitutionally Obtained Evidence Under Section 24(2) of the *Charter* » (2004), 49 *R.D. McGill* 105, p. 114).

[212] Aux États-Unis, de nombreuses études ont tenté de démontrer l’efficacité ou l’inefficacité de la règle d’exclusion de la preuve comme mesure dissuasive; la question demeure controversée : L. T. Perrin et autres, « If It’s Broken, Fix It : Moving Beyond the Exclusionary Rule — A New and Extensive Empirical Study of the Exclusionary Rule and a Call for a Civil Administrative Remedy to Partially Replace the Rule » (1998), 83 *Iowa L. Rev.* 669; W. R. LaFave, *Search and Seizure : A Treatise on the Fourth Amendment* (4<sup>e</sup> éd. 2004), vol. 1, p. 32-37; *Herring c. United States*, 555 U.S. 1 (2009); Commission de réforme du droit du Canada, document de travail 10, *La preuve — L’exclusion de la preuve illégalement obtenue* (1974), p. 22. Au Canada, la question fait aussi l’objet de débats. Selon Paciocco, p. 340, le par. 24(2) ne peut avoir d’effet dissuasif, car il n’établit pas de règle claire et prévisible prescrivant l’exclusion. Pour d’autres, l’exclusion n’est pas une sanction efficace du point de vue du comportement de l’agent de l’État. Le policier a certes un intérêt dans la déclaration de culpabilité du prévenu, mais cet intérêt est surtout celui de la société tout entière. Des mesures administratives ou disciplinaires pourraient avoir de meilleurs effets dissuasifs sur les forces policières (Commission de réforme du droit, p. 22-24; *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93, p. 123-124, et *Burlingham*, par. 104, la juge L’Heureux-Dubé, dissidente). À mon avis, les réserves émises quant à l’efficacité de l’exclusion de la preuve comme mesure dissuasive invitent à faire montre de beaucoup de prudence vis-à-vis l’importance à accorder à la conduite étatique.

[213] Un parallèle peut d’ailleurs être établi avec les ordonnances d’arrêt des procédures prononcées en cas d’abus, mesures qui ont également pour objectif de maintenir la considération du public envers l’administration de la justice. À cet égard, comme l’a signalé la Cour dans *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391, par. 91, et dans *R. c. Taillefer*, 2003 CSC 70, [2003] 3 R.C.S. 307,

misconduct. In my view, there is no justification for attributing this role, even indirectly, to s. 24(2). Although I agree that the exclusion of evidence may have a deterrent *effect*, I do not think state conduct should be considered separately in the determination of what must be done to maintain public confidence in the administration of justice. If a judge must decide whether to admit or exclude evidence, a violation of rights must already have been proved. It is therefore the impact of that violation that needs to be examined, not the inherent seriousness of the state conduct.

[214] In sum, I agree with incorporating into the assessment of the impact of the violation a broader perspective according to which all *Charter*-protected interests are taken into account. However, this new approach should be focussed not on the accused, but on the public interest in the protection of constitutional rights. Moreover, even though this approach may permit the courts to examine state conduct in order to determine its impact on the protected interests and, if necessary, to dissociate themselves from it, the purpose being pursued is to maintain public confidence in the administration of justice. The need for the courts to dissociate themselves from state conduct is at most one factor to be considered in relation to the overall purpose. Furthermore, in applying the *Collins* test, the courts have considered both state conduct and the seriousness of the infringement of the interests protected by the violated right in their review of the seriousness of the violation. In my view, therefore, the proposed change incorporates into the test a branch that is in itself inconsistent with the purpose of the provision and that does not make the rule any clearer or easier to apply. I accordingly find that the objective of the reformulation has not been achieved.

[215] At the third stage of the *Collins* analysis, the judge had to determine the effect that excluding the evidence would have on the repute of the administration of justice. The third branch of the

par. 119, l'objectif n'est pas de punir un comportement répréhensible de l'État. Rien ne justifie selon moi d'accorder, même indirectement, ce rôle au par. 24(2). Même si j'accepte que l'exclusion d'un élément de preuve puisse avoir un *effet* dissuasif, je ne crois pas que l'examen de la conduite étatique doive constituer un élément autonome dans la détermination de la mesure requise pour maintenir la considération du public envers l'administration de la justice. Si un juge est appelé à décider si une preuve doit être admise ou écartée, c'est que la violation de certains droits a nécessairement déjà été prouvée. Par conséquent, c'est l'incidence de cette violation qu'il convient d'examiner, non la gravité intrinsèque de la conduite étatique.

[214] En somme, dans l'évaluation de l'incidence de la violation, je salue l'intégration d'une perspective plus large, qui tient compte de tous les intérêts protégés par la *Charte*. Cette nouvelle approche ne devrait cependant pas être axée sur l'accusé, mais plutôt sur l'intérêt du public dans le respect des droits garantis par la Constitution. De plus, même si les tribunaux peuvent, dans le cadre de cette approche, examiner la conduite étatique pour déterminer l'incidence de celle-ci sur les intérêts protégés et, s'il y a lieu, s'en dissocier, l'objectif poursuivi est de maintenir la considération du public envers l'administration de la justice. Le besoin pour les tribunaux de se dissocier de la conduite étatique constitue tout au plus un élément qui permet d'atteindre l'objectif général. D'ailleurs, dans l'analyse que les tribunaux faisaient sur la base des critères de l'arrêt *Collins*, la conduite étatique et la gravité de l'atteinte aux intérêts protégés par le droit violé faisaient toutes deux partie de l'étude de la gravité de la violation. J'estime donc que le changement proposé intègre un volet qui en lui-même ne s'inscrit pas dans la poursuite de l'objectif de la disposition et n'a pas pour effet de rendre la règle plus claire ou plus simple à appliquer. En conséquence, je crois que le but visé par la reformulation n'est pas atteint.

[215] Selon la troisième étape de l'arrêt *Collins*, le juge devait déterminer l'effet de l'exclusion sur la considération dont jouit l'administration de la justice. Au troisième volet de la nouvelle grille

new test proposed by the majority requires the judge to assess the “public interest in an adjudication on the merits”. Although this formulation is clearly broad enough that it will be possible to consider the factors formerly regarded as important in the third branch of the *Collins* test, certain factors are unduly de-emphasized or simply disregarded in the new test.

[216] In this regard, the majority’s position on the seriousness of the offence being prosecuted is ambiguous. Although the majority describe this factor as a “valid consideration”, they mention that it “has the potential to cut both ways”, that is, in favour of either excluding or admitting evidence. Their justification for this position is that although the public has a heightened interest in an adjudication on the merits where the crime is a serious one, it also has a heightened interest in having a justice system that is above reproach, particularly where the penal stakes for the accused are high (para. 84). I note that they also consider the heightened interest of the accused in having a justice system that is above reproach, especially where the crime with which he or she is charged is a serious one. These comments by the majority help me put the problem in context, and they suggest that the interest of the accused is equal to that of society where the charge is serious. In addition to my doubts about how the seriousness of the offence actually fits into the majority’s test, I must say that I disagree with the proposition that in the analysis relating to the maintenance of the repute of the administration of justice, this factor is neutral.

[217] First of all, the third branch of the majority’s test requires the judge to consider the factors that weigh in favour of or against proceeding to trial. At first glance, it is hard to imagine how the seriousness of the offence, and even the harshness of the sentence, could weigh against proceeding to trial. However, it is conceivable that when the factor of the seriousness of the offence is combined with other circumstances — where, for example,

proposée par la majorité, le juge doit mesurer « l’intérêt du public à ce que les accusations soient jugées au fond ». Bien que cette formulation soit certes suffisamment large pour permettre la prise en compte des éléments qui étaient auparavant considérés comme importants au troisième volet de l’arrêt *Collins*, la nouvelle grille dévalorise certains éléments de façon indue ou les escamote tout simplement.

[216] À cet égard, la position de la majorité en ce qui concerne la gravité de l’infraction qui fait l’objet des procédures est ambiguë. Bien que la majorité qualifie ce facteur de considération valable, elle mentionne qu’il peut jouer dans les deux sens (« *it has the potential to cut both ways* »), c’est-à-dire tant en faveur de l’exclusion de la preuve que de son admission. La majorité justifie cette position en affirmant que, quoique le public ait un intérêt accru à ce que l’affaire soit jugée au fond en cas de crime grave, il a également un intérêt accru à ce que le système de justice demeure à l’abri de tout reproche, particulièrement lorsque l’accusé encourt de lourdes conséquences pénales (par. 84). Je prends note de la prise en considération de l’intérêt accru de l’accusé dans un système de justice à l’abri de tout reproche, en particulier quand le crime pour lequel il est inculpé est grave. Ces propos de la majorité me permettent de mieux situer le problème et tendent à indiquer que l’accusé a un intérêt égal à celui de la société en cas d’accusation grave. Outre le fait que je m’interroge sur la place véritable qu’occupe la gravité de l’infraction dans l’analyse de la majorité, je dois exprimer mon désaccord avec la proposition selon laquelle la gravité de l’infraction joue un rôle neutre dans l’évaluation du maintien de la considération dont jouit l’administration de la justice.

[217] D’abord, au troisième volet de la grille d’analyse proposée par la majorité, le juge doit étudier les facteurs qui militent en faveur ou en défaveur de la tenue d’un procès. À première vue, il est difficile d’imaginer comment la gravité de l’infraction, et même la sévérité de la peine, pourraient militer à l’encontre de la tenue d’un procès. On peut cependant concevoir que, lorsque le facteur de la gravité de l’infraction est combiné avec d’autres

the evidence is unreliable — the accused might claim to have a greater interest in not standing trial if he or she could face a harsher sentence owing to the seriousness of the charge. But this interest is subsumed in the public's interest, which is of course opposed to having an accused convicted on the basis of unreliable evidence. Moreover, a well-informed person who is objective and is apprised of all the circumstances would surely be shocked if unreliable evidence were used in any criminal trial (*R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 62).

[218] What the majority suggest is in reality that, on the one hand, the interest of the accused in having the evidence excluded increases with the seriousness of the offence and the harshness of the potential sentence and, on the other hand, the societal interest in an adjudication on the merits increases with the seriousness of the offence. The result is that this factor is considered to be neutral. But I find it unacceptable to place value in the benefit derived by the accused from the exclusion of reliable evidence. The accused has a legitimate interest in having his or her rights protected, but not in having the evidence truncated to his or her advantage. In other words, the outcome of the analysis cannot be factored into the analysis itself. Moreover, the protection of the interests of the accused is considered in the first and second branches of the test proposed by the majority, not in the third.

[219] The analysis to be conducted under s. 24(2) should not be more likely to result in the exclusion of evidence where the charge is murder than where it is theft. To the extent that the majority's approach has the effect of including, in the third branch of the test, factors related to the consequences of the charges for the accused, it is inconsistent with the analysis required at this stage.

[220] The suggestion that the effect of the factor of the seriousness of the offence is neutral because of the heightened societal interest in having a

circumstances, par exemple l'absence de fiabilité de la preuve, l'accusé prétend à un intérêt plus grand à ce que le procès n'ait pas lieu lorsqu'il s'expose à une peine plus sévère du fait qu'il s'agit d'un crime grave. Toutefois, cet intérêt est subsumé dans l'intérêt du public, qui n'a certes pas intérêt à ce qu'un accusé soit déclaré coupable et condamné sur la foi d'une preuve non fiable. D'ailleurs, une personne bien informée, objective et au fait de toutes les circonstances serait assurément choquée si une preuve non fiable était utilisée dans quelque procès criminel que ce soit (*R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 62).

[218] Ce que suggère la majorité est en réalité ceci : d'une part, plus l'infraction est grave et la peine potentielle sévère, plus l'intérêt de l'accusé dans l'exclusion de la preuve s'accroît; d'autre part, plus l'infraction est grave, plus l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond est grand. Résultat : ce facteur est neutre. Or, il me semble inadmissible de valoriser le bénéfice accordé à l'accusé lorsqu'une preuve par ailleurs fiable est écartée. L'accusé a un intérêt légitime à ce qu'on respecte ses droits, mais non à ce que la preuve soit tronquée en sa faveur. En d'autres mots, le résultat de l'analyse ne peut être pris en considération dans l'analyse elle-même. De plus, la protection des intérêts de l'accusé est prise en compte dans les premier et deuxième volets de l'analyse proposée par la majorité, non dans le troisième.

[219] L'analyse que requiert l'application du par. 24(2) ne devrait pas aboutir davantage à l'exclusion de la preuve dans les cas où l'intéressé est accusé de meurtre que dans les cas où il est accusé d'un simple vol. Dans la mesure où l'approche de la majorité a pour effet d'inclure au troisième volet de la grille d'analyse des éléments qui se rapportent aux conséquences des accusations pour l'intéressé, la démarche ne respecte pas l'examen requis à cette étape.

[220] Un autre problème découle de la suggestion selon laquelle le facteur de la gravité de l'infraction produit un effet neutre en raison de l'intérêt

system of justice that is above reproach is also problematic. What might be criticized is the admission of evidence obtained in violation of constitutional rights. This implies that the violation is taken into account at this stage of the analysis. In other words, the violation will have been taken into account at every stage: at the first, in reviewing the conduct of the police; at the second, in assessing the impact of the violation on the protected interests; and lastly, at the third, in considering the interest in maintaining a system of justice that is above reproach. Furthermore, this approach evokes the broad concept of trial fairness even though that concept is not formally included in the test proposed by the majority. Thus, trial fairness would be reintroduced indirectly, but in a more diffuse sense that is potentially much broader than the one in which it was used in the approach developed in *Collins* and *Stillman*.

[221] In my view, assessing the seriousness of the offence is as important as determining whether the evidence is reliable or essential. To disregard this factor would make as little sense as to disregard the fact that an accused who is granted a stay of proceedings will not be prosecuted.

[222] If the role of the courts is to conduct trials to seek the truth about the commission of crimes, the importance of this role reaches its apogee where the crime is a particularly serious one. I think it goes without saying that society has a greater interest in an adjudication on the merits where the crime is a serious one, such as murder, sexual assault or importing hard drugs, than where it is less serious, as in the case of shoplifting, possession of cannabis or assault.

### C) *Proposed Test*

[223] In short, I agree that the time has come for the Court to revisit the test for the admission or exclusion of evidence obtained in violation of a *Charter* right. I am proposing a simple test that takes

accru de la société dans un système de justice qui soit à l'abri de tout reproche. Si un reproche est formulé, c'est qu'un élément de preuve obtenu en violation de droits garantis par la Constitution a été admis. Cela suppose que la violation est prise en compte à ce volet de l'analyse. En somme, la violation aura été prise en compte à toutes les étapes : à la première, lors de l'examen de la conduite policière; à la deuxième, lors de l'examen de l'incidence de la violation sur les intérêts protégés; et enfin, à la troisième, dans la recherche du maintien d'un système de justice à l'abri de tout reproche. De plus, cette démarche rappelle la conception large de l'équité du procès qui, pourtant, n'est pas reprise formellement dans la grille d'analyse proposée par la majorité. La notion d'équité du procès serait donc réintroduite indirectement, mais dans un sens plus diffus, potentiellement beaucoup plus large que celui qui était retenu suivant l'approche établie dans les arrêts *Collins* et *Stillman*.

[221] À mon avis, l'examen de la gravité de l'infraction revêt autant d'importance que l'examen du caractère fiable ou essentiel de la preuve. Faire abstraction de ce facteur serait tout aussi incohérent que de ne pas tenir compte du fait que l'accusé bénéficiant d'un arrêt des procédures ne sera pas poursuivi.

[222] Si le rôle des tribunaux est de tenir des procès visant à établir la vérité concernant la perpétration d'un crime, l'importance de cette fonction atteint son point culminant lorsque le crime commis se situe au haut de l'échelle de la gravité. Il me paraît indiscutable que la société a un intérêt plus grand à ce que l'affaire soit jugée au fond lorsqu'il s'agit d'un crime grave, par exemple un meurtre, une agression sexuelle ou l'importation de drogues dures, que lorsqu'il s'agit de crimes moins graves, par exemple un vol à l'étalage, la possession de cannabis ou des voies de fait.

### C) *Grille d'analyse proposée*

[223] Bref, il est temps, j'en conviens, que la Cour revoie la grille d'analyse qui doit guider l'admission ou l'exclusion d'un élément de preuve obtenu en violation d'un droit protégé par la *Charte*. Je propose



into account both the public interest in protecting *Charter* rights and the public interest in an adjudication on the merits. I agree with the majority that the judge's approach should be to foster the maintenance of public confidence in the administration of justice in the long term, but I would add that it is by striking a fair balance between these two societal interests that this result will be attained. These are the only two aspects that a judge should consider in determining whether the maintenance of confidence in the administration of justice would be better served by admitting the evidence or by excluding it.

[224] On the branch related to the protection of constitutional rights, I would suggest that any facts that help show the effect of the violation on the protected rights be considered. In this respect, the state conduct that gave rise to the violation is obviously a relevant factor. However, the purpose of the judge's review is not to punish the police officers or to compensate the accused for the violation. Rather, it is to assess the impact of that conduct on the protected interests with a view to ultimately balancing the societal interest in the protection of constitutional rights against the role of the judicial system as the institution responsible for holding trials. There may be cases in which conduct is so serious that the courts feel a need to dissociate themselves from it and, in the end, to attach paramount importance to it in their analysis. In the test I am proposing, however, state conduct is but one of the factors to be considered in assessing the impact of the violation on the protected rights.

[225] The impact of a violation on protected interests will vary with the circumstances, and it would be impossible here to list all the circumstances that might be relevant. Suffice it to mention the place of the search, the nature of the evidence, the nature of the violated right, the urgency of the situation for the police officers, the availability of other less intrusive investigation methods, the officers' knowledge of the applicable law, their training, and the clarity of the law. In short, the judge must take

une grille simple, qui tient compte à la fois de l'intérêt du public à la préservation des droits protégés par la *Charte* et de l'intérêt du public à ce que l'affaire soit jugée au fond. Tout comme la majorité, j'estime que le juge doit adopter une approche propre à favoriser le maintien à long terme de la considération dont jouit l'administration de la justice auprès du public, mais j'ajoute que ce résultat passe par la recherche d'un juste équilibre entre ces deux intérêts de la société. Il s'agit là des deux seuls aspects dont le juge doit tenir compte pour déterminer si le maintien de la considération dont jouit l'administration de la justice sera mieux servi par l'admission de la preuve ou par son exclusion.

[224] Pour ce qui est du volet touchant la préservation des droits constitutionnels, je suggère de prendre en considération tous les faits donnant des indications sur l'effet de la violation sur les droits protégés. À cet égard, il va de soi que la conduite étatique à l'origine de la violation constitue un élément d'analyse pertinent. L'évaluation du juge n'a cependant pas pour objectif de punir les policiers ou de dédommager l'accusé par suite de la violation. Elle consiste plutôt à apprécier l'incidence d'une telle conduite sur les intérêts protégés en vue de la mise en balance de l'intérêt de la société dans la protection des droits constitutionnels d'une part, et du rôle du système judiciaire en tant qu'institution chargée de la tenue des procès d'autre part. Il pourra arriver que la conduite soit si grave que le tribunal sente le besoin de s'en dissocier et lui reconnaisse, en bout de ligne, une importance prépondérante. Je souligne toutefois que, dans la grille que je propose, la conduite étatique n'est qu'un des faits permettant d'évaluer l'incidence de la violation sur les droits protégés.

[225] L'incidence d'une violation sur les intérêts protégés varie selon les circonstances et il est impossible d'énumérer ici toutes les circonstances susceptibles d'être pertinentes. Il suffit de mentionner, par exemple, le lieu où la fouille est faite, la nature de la preuve obtenue, la nature du droit violé, l'état d'urgence auquel faisaient face les policiers, la possibilité d'avoir recours à d'autres méthodes d'enquête moins attentatoires, la connaissance par les policiers de la règle de droit applicable,



into account all the facts that may be used to assess the long-term impact of his or her decision on the repute of the administration of justice, that is, not on the rights of the accused being tried, but rather on those of every individual whose rights might be violated in a similar way.

[226] As for the branch related to the public interest in an adjudication on the merits, I would suggest taking the reliability of the evidence into account. In my view, this consideration is crucial to the maintenance of public confidence. On the one hand, unreliable evidence will invariably undermine public confidence in the courts' ability to determine whether accused persons are guilty or innocent. On the other hand, a decision to exclude reliable evidence without good reason is also likely to be seen as an abdication by the court of its institutional role. As a corollary, whether the evidence in issue is essential or peripheral is highly significant. Similarly, the importance of the factor of the seriousness of the offence must be recognized, given society's strong interest in being protected from the commission of serious crimes. I have already explained why I feel this factor cannot reasonably be excluded without causing the test itself to bring the administration of justice into disrepute. This is why I would make it an important factor in the analysis.

[227] The question the judge must answer is whether the repute of the administration of justice would be better protected by admitting the evidence or by excluding it. In some cases, the impact on constitutional rights will be the determining factor because, owing to certain circumstances of the violation, the long-term effect of admitting the evidence would be to bring the administration of justice into disrepute. But the converse is also true. Thus, there will be other cases in which it is the public interest in an adjudication on the merits that should prevail: see, for example, the companion case of *R. v. Harrison*, 2009 SCC 34, [2009] 2

la formation des policiers, la clarté de la règle de droit. Bref, le juge doit prendre en considération tous les faits qui permettent d'évaluer l'incidence à long terme de sa décision sur la considération dont jouit l'administration de la justice, c'est-à-dire non pas sur les droits de l'accusé particulièrement concerné, mais plutôt sur ceux de tous les individus qui pourraient être victimes d'une violation similaire de leurs droits.

[226] Pour ce qui est du volet portant sur l'intérêt du public à ce que l'affaire soit jugée au fond, je suggère de prendre en considération la fiabilité de la preuve. Cette considération me paraît primordiale pour assurer le maintien de la confiance du public. D'une part, une preuve non fiable minera invariablement la confiance de celui-ci dans la capacité des tribunaux de déterminer la culpabilité ou l'innocence de l'accusé. D'autre part, la décision d'écarter sans motif sérieux une preuve par ailleurs fiable est également de nature à être considérée comme l'abdication par les tribunaux de leur rôle en tant qu'institution. Corollairement, le fait que l'élément de preuve litigieux soit essentiel ou périphérique revêt une grande importance. De même, l'importance du facteur de la gravité de l'infraction reprochée doit être reconnue vu l'intérêt considérable qu'a la société à être protégée contre la perpétration de crimes graves. J'ai expliqué plus tôt les raisons pour lesquelles j'estime que cet élément ne saurait raisonnablement être exclu sans que la grille proposée n'ait elle-même pour effet de déconsidérer l'administration de la justice. Voilà pourquoi j'en fais un facteur important de l'analyse.

[227] La question à laquelle le juge doit répondre est de savoir si la considération dont jouit l'administration de la justice sera mieux assurée par l'admission de la preuve ou par son exclusion. Dans certains cas, l'incidence sur les droits protégés par la Constitution constituera un facteur prépondérant, car certaines circonstances de la violation feront que l'effet à long terme de l'inclusion déconsidérera l'administration de la justice. Mais la réciproque est également vraie. Ainsi, dans d'autres cas, c'est l'intérêt du public à la tenue du procès qui devrait l'emporter : voir, par exemple, le pourvoi connexe *R. c. Harrison*, 2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494.

S.C.R. 494. Absent an error in principle, the decision is a matter for the trier of fact.

Sauf erreur de principe, la décision revient au juge des faits.

### 3. Application of the Principles to the Facts of the Case

### 3. Application des principes aux faits de l'espèce

[228] On whether admitting the weapon in evidence would have a positive effect on the repute of the administration of justice, I agree with the majority's conclusion. I refer to the following findings of fact made by the trial judge: the exchange lasted only a few minutes, the officers were polite to Mr. Grant, and they were motivated by a desire to take a proactive approach in patrolling an area near schools with serious problems related to youth crime and safety. On the protection of the public, it should be noted that the charge here is firearms-related, that it would be impossible to establish guilt without the evidence and that the evidence is eminently reliable.

[228] Pour ce qui est de la question de savoir si la considération dont jouit l'administration de la justice sera favorisée par l'admission de l'arme en preuve, je souscris à la conclusion de la majorité. Je me reporte aux faits constatés par le juge de première instance : l'échange n'a duré que quelques minutes; les policiers se sont montrés polis envers M. Grant; ils étaient mus par le désir d'avoir une attitude proactive dans le contexte de la patrouille d'un quartier scolaire où sévissaient de graves problèmes de criminalité et de sécurité chez les jeunes. Pour ce qui concerne la protection du public, il est important de souligner que nous sommes en présence d'une accusation en matière d'armes à feu et que la preuve est indispensable à la démonstration de la culpabilité, en plus d'être éminemment fiable.

[229] When balanced against each other, the limited impact of the violation on the protected interests and the great importance of the evidence for the purposes of the trial favour admitting the physical evidence. Furthermore, on the charge of possession of a firearm for the purposes of trafficking, I am in complete agreement with the majority.

[229] La mise en balance de la faible incidence de la violation sur les intérêts protégés avec la grande importance de la preuve pour la tenue du procès favorise l'admission de la preuve matérielle. Par ailleurs, en ce qui a trait à l'accusation de possession d'une arme à feu en vue d'en faire le trafic, je suis entièrement d'accord avec la majorité.

[230] For these reasons, I reach the same conclusion as the majority.

[230] Pour ces motifs, je conclus comme la majorité.

*Appeal allowed in part.*

*Pourvoi accueilli en partie.*

*Solicitors for the appellant: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

*Procureurs de l'appelant : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

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

*Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada: Public Prosecution Service of Canada, Halifax.*

*Procureur de l'intervenant le Directeur des poursuites pénales du Canada : Service des poursuites pénales du Canada, Halifax.*

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

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

*Solicitor for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Queen's University, Kingston.*

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Marilys Edwardh Barristers Professional Corporation, Toronto.*

*Procureur de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Université Queen's, Kingston.*

*Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Marilys Edwardh Barristers Professional Corporation, Toronto.*