

**FILED / PRODUIT**

Date: September 19, 2025

CT- 2024-010

Sarah Sharp-Smith for / pour  
REGISTRAR / REGISTRAIRE

PUBLIC

CT-2024-010

OTTAWA, ONT.

# 179

THE COMPETITION TRIBUNAL

**IN THE MATTER OF** the *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34;

**AND IN THE MATTER OF** certain conduct of Google Canada Corporation and Google LLC relating to the supply of online advertising technology services in Canada;

**AND IN THE MATTER OF** an application by the Commissioner of Competition for one or more orders pursuant to section 79 of the *Competition Act*.

B E T W E E N:

**COMMISSIONER OF COMPETITION**

Applicant

and

**GOOGLE CANADA CORPORATION AND GOOGLE LLC**

Respondents

**REPLY BOOK OF AUTHORITIES OF GOOGLE CANADA CORPORATION  
AND GOOGLE LLC  
VOLUME 10 OF 11**

PUBLIC

-2-

September 19, 2025

**DAVIES WARD PHILLIPS & VINEBERG LLP**  
155 Wellington Street West  
Toronto ON M5V 3J7

**Kent E. Thomson** (LSO# 24264J)  
Tel: 416.863.5566  
Email: [kentthomson@dwpv.com](mailto:kentthomson@dwpv.com)

**Elisa K. Kearney** (LSO# 49342T)  
Tel: 416.367.7450  
Email: [ekearney@dwpv.com](mailto:ekearney@dwpv.com)

**Chantelle T.M. Cseh** (LSO# 60620Q)  
Tel: 416.367.7552  
Email: [ccseh@dwpv.com](mailto:ccseh@dwpv.com)

**Chanakya A. Sethi** (LSO# 63492T)  
Tel: 416.863.5516  
Email: [csethi@dwpv.com](mailto:csethi@dwpv.com)

**Chenyang Li** (LSO# 73249C)  
Tel: 416.367.7623  
Email: [cli@dwpv.com](mailto:cli@dwpv.com)

Tel: 416.863.0900  
Fax: 416.863.0871

Lawyers for the Respondents, Google  
Canada Corporation and Google LLC

PUBLIC

-3-

**TO:** **ATTORNEY GENERAL OF CANADA**  
Department of Justice Canada  
Competition Bureau Legal Services  
Place du Portage, Phase I  
50 Victoria Street, 22nd Floor  
Gatineau, QC K1A 0C9

**Alexander M. Gay**

Email: [alexander.gay@cb-bc.gc.ca](mailto:alexander.gay@cb-bc.gc.ca)

**Donald Houston**

Email: [donald.houston@cb-bc.gc.ca](mailto:donald.houston@cb-bc.gc.ca)

**John Syme**

Email: [john.syme@cb-bc.gc.ca](mailto:john.syme@cb-bc.gc.ca)

**Derek Leschinsky**

Email: [derek.leschinsky@cb-bc.gc.ca](mailto:derek.leschinsky@cb-bc.gc.ca)

**Katherine Rydel**

Email: [katherine.rydel@cb-bc.gc.ca](mailto:katherine.rydel@cb-bc.gc.ca)

**Sanjay Kumbhare**

Email: [sanjay.kumbhare@cb-bc.gc.ca](mailto:sanjay.kumbhare@cb-bc.gc.ca)

Tel: 613.296.4470

Fax: 819.953.9267

Lawyers for the Applicant, the Commissioner of Competition

**AND TO: THE REGISTRAR OF THE COMPETITION TRIBUNAL**  
Thomas D'Arcy McGee Building  
90 Sparks Street, Suite 600  
Ottawa, ON K1P 5B4

Email: [Tribunal@ct-tc.gc.ca](mailto:Tribunal@ct-tc.gc.ca)

## PUBLIC

## INDEX

| TAB                         | AUTHORITY                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | PAGE NO. |
|-----------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|
| <b>SECONDARY SOURCES</b>    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |          |
| <b>VOLUME 1</b>             |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |          |
| 1)                          | Deschamps, “Cineplex ordered to pay \$38.9-million by Competition Tribunal in ticket fee case”, <i>The Globe and Mail</i> (23 Sept. 2024)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | 1        |
| 2)                          | Gover, “Review of s. 11 of the Competition Act” (2008), online: <a href="https://competition-bureau.canada.ca/en/how-we-foster-competition/education-and-outreach/review-s-11-competition-act">https://competition-bureau.canada.ca/en/how-we-foster-competition/education-and-outreach/review-s-11-competition-act</a>                                                                                                                                             | 3        |
| 3)                          | Innovation, Science and Economic Development Canada, “Consultation on the future of competition policy in Canada” (2024), online: <a href="https://ised-isde.canada.ca/site/strategic-policy-sector/en/marketplace-framework-policy/competition-policy/consultation-future-competition-policy-canada">https://ised-isde.canada.ca/site/strategic-policy-sector/en/marketplace-framework-policy/competition-policy/consultation-future-competition-policy-canada</a> | 47       |
| 4)                          | Kalintiri, “Burden of proof and judicial review” in Akman, Brook & Stylianou, eds., <i>Research Handbook on Abuse of Dominance and Monopolization</i> (Cheltenham: Edward Elgar, 2023)                                                                                                                                                                                                                                                                              | 50       |
| <b>JUDICIAL AUTHORITIES</b> |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |          |
| 5.1)                        | <i>A. Menarini Diagnostics S.r.l. v. Italy</i> [2011], <a href="#">No. 43509/08</a> (ECHR) (Translation)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 73       |
| 5.2)                        | <i>A. Menarini Diagnostics S.r.l. v. Italy</i> [2011], <a href="#">No. 43509/08</a> (ECHR)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | 110      |
| <b>VOLUME 2</b>             |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |          |
| 6)                          | <i>Archer Daniels Midland Co. v. Commission</i> , T-59/02 [2006], <a href="#">ECLI:EU:T:2006:272</a> (Eur. Gen. Ct.)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | 148      |
| 7)                          | <i>Blencoe v. B.C.</i> , <a href="#">2000 SCC 44</a>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | 285      |
| 8)                          | <i>Canada (Commissioner of Competition) v. Air Canada</i> , <a href="#">2000 CarswellNat 1533</a> (FC)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | 387      |
| <b>VOLUME 3</b>             |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |          |
| 9)                          | <i>Canada (Commissioner of Competition) v. Cineplex Inc.</i> , <a href="#">2024 CanLII 93716</a> (CT)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | 403      |

| TAB             | AUTHORITY                                                                                                                                                                                       | PAGE NO. |
|-----------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|
| 10)             | <i>Canada (H.R.C.) v. Canada (A.G.)</i> , <a href="#">2018 SCC 31</a>                                                                                                                           | 525      |
| 11)             | <i>Canada v. Chatr Wireless Inc.</i> , <a href="#">2013 ONSC 5315</a>                                                                                                                           | 588      |
| 12)             | <i>Canada v. Maxzone Auto Parts (Canada) Corp.</i> , <a href="#">2012 FC 1117</a>                                                                                                               | 669      |
| <b>VOLUME 4</b> |                                                                                                                                                                                                 |          |
| 13)             | <i>Canada v. Southam Inc.</i> , <a href="#">1984 CarswellAlta 121</a> (SCC) [ <i>sub nom.</i> , <i>Hunter v. Southam Inc.</i> ]                                                                 | 719      |
| 14)             | <i>Canada v. Vavilov</i> , <a href="#">2019 SCC 65</a>                                                                                                                                          | 745      |
| <b>VOLUME 5</b> |                                                                                                                                                                                                 |          |
| 15)             | <i>City of Arlington v. F.C.C.</i> , 133 S. Ct. 1863                                                                                                                                            | 937      |
| 16)             | <i>Commissioner of Competition v. Toronto Real Estate Board</i> , <a href="#">2016 CACT 7</a> , affirmed, <a href="#">2017 FCA 236</a> , leave refused, <a href="#">2018 CanLII 78753</a> (SCC) | 961      |
| 17)             | <i>E.ON Energie v. Commission</i> , C-89/11 P [2012], <a href="#">ECLI:EU:C:2012:738</a> (Eur. Gen. Ct.)                                                                                        | 1136     |
| 18)             | <i>Engel v. The Netherlands</i> [1976], <a href="#">No. 5100/71</a> (ECHR)                                                                                                                      | 1157     |
| <b>VOLUME 6</b> |                                                                                                                                                                                                 |          |
| 19)             | <i>Facebook Marketplace</i> [2024], <a href="#">AT.40684</a> (European Commission)                                                                                                              | 1219     |
| <b>VOLUME 7</b> |                                                                                                                                                                                                 |          |
| 20)             | <i>General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing</i> , <a href="#">1989 CarswellOnt 125</a> (SCC)                                                                                      | 1514     |
| 21)             | <i>Guindon v. Canada</i> , <a href="#">2015 SCC 41</a>                                                                                                                                          | 1552     |
| 22.1)           | <i>Intel Corporation v. Commission</i> , T-286-09 RENV, [2022] <a href="#">ECLI:EU:T:2022:19</a> (Eur. Gen. Ct.)                                                                                | 1618     |
| 22.2)           | <i>Intel Corporation v. Commission</i> , C-240/22 P [2024] <a href="#">ECLI:EU:C:2024:915</a> (Eur. Gen. Ct.)                                                                                   | 1690     |

| TAB              | AUTHORITY                                                                                                       | PAGE NO. |
|------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|
| <b>VOLUME 8</b>  |                                                                                                                 |          |
| 23)              | <i>John Howard Society v. Saskatchewan</i> , <a href="#">2025 SCC 6</a>                                         | 1753     |
| 24)              | <i>Kligman v. M.N.R.</i> , <a href="#">2004 FCA 152</a>                                                         | 1906     |
| <b>VOLUME 9</b>  |                                                                                                                 |          |
| 25)              | <i>Qualcomm, Inc. v. Nvidia Corp.</i> , T-671/19 RENV [2024] <a href="#">ECLI:EU:T:2024:626</a> (Eur. Gen. Ct.) | 1969     |
| 26)              | <i>R. v. Appulonappa</i> , <a href="#">2015 SCC 59</a>                                                          | 2088     |
| 27)              | <i>R. v. Bissonnette</i> , <a href="#">2022 SCC 23</a>                                                          | 2135     |
| 28)              | <i>R. v. Chehil</i> , <a href="#">2013 SCC 49</a>                                                               | 2206     |
| 29)              | <i>R. v. Cross</i> , <a href="#">2006 NSCA 30</a> , leave refused, <a href="#">2006 CanLII 29077</a> (SCC)      | 2236     |
| 30)              | <i>R. v. Durham</i> , <a href="#">1992 CarswellOnt 99</a> (ONCA)                                                | 2269     |
| <b>VOLUME 10</b> |                                                                                                                 |          |
| 31)              | <i>R. v. Jarvis</i> , <a href="#">2002 SCC 73</a>                                                               | 2288     |
| 32)              | <i>R. v. Kang-Brown</i> , <a href="#">2008 SCC 18</a>                                                           | 2345     |
| 33)              | <i>R. v. MacKenzie</i> , <a href="#">2013 SCC 50</a>                                                            | 2458     |
| 34)              | <i>R. v. Nur</i> , <a href="#">2015 SCC 15</a>                                                                  | 2509     |
| <b>VOLUME 11</b> |                                                                                                                 |          |
| 35)              | <i>R. v. Rodgers</i> , <a href="#">2006 SCC 15</a>                                                              | 2595     |
| 36)              | <i>R. v. Samji</i> , <a href="#">2017 BCCA 415</a> , leave refused, <a href="#">2018 CanLII 48394</a> (SCC)     | 2650     |
| 37)              | <i>R. v. Shoker</i> , <a href="#">2006 SCC 44</a>                                                               | 2706     |
| 38)              | <i>R. v. Wigglesworth</i> , <a href="#">1987 CarswellSask 385</a> (SCC)                                         | 2735     |
| 39)              | <i>Ravenshoe Services Ltd. v. Canada</i> , <a href="#">2001 CanLII 28354</a> (ON SC)                            | 2759     |

| TAB | AUTHORITY                                                                                      | PAGE NO. |
|-----|------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|
| 40) | <i>Rowan v. Ontario Securities Commission</i> , <a href="#">2012 ONCA 208</a>                  | 2765     |
| 41) | <i>Slaight Communications Inc. v. Davidson</i> , <a href="#">1989 CarswellNat 695</a><br>(SCC) | 2797     |
| 42) | <i>United States Steel Corporation v. Canada</i> , <a href="#">2011 FCA 176</a>                | 2831     |

**Warren James Jarvis** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**The Attorney General for Ontario,  
the Attorney General of Quebec and  
the Criminal Lawyers' Association  
(Ontario)** *Interveners*

INDEXED AS: **R. v. JARVIS**

Neutral citation: **2002 SCC 73.**

File No.: 28378.

2002: June 13; 2002: November 21.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier,  
**Iacobucci**, **Major**, Bastarache, Binnie, Arbour and  
LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ALBERTA

*Income tax — Administration and enforcement — Audits and investigations — Whether distinction can be drawn between audit and investigation under Income Tax Act — If so, circumstances in which tax official's inquiry constitutes penal investigation — Whether evidence obtained during audit pursuant to ss. 231.1(1) and 231.2(1) of Income Tax Act can be used to further investigation or prosecution of offences under s. 239(1) of the Act without violating taxpayer's Charter rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8 — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 231.1, 231.2.*

*Income tax — Administration and enforcement — Audits and investigations — Sections 231.1(1) and 231.2(1) of Income Tax Act available “for any purpose related to administration or enforcement” of Income Tax Act — Whether “enforcement” of Income Tax Act includes investigation and prosecution of offences under s. 239 of Act — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 231.1(1), 231.2(1), 239.*

**Warren James Jarvis** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Le procureur général de l'Ontario,  
le procureur général du Québec et  
la Criminal Lawyers' Association  
(Ontario)** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : **R. c. JARVIS**

Référence neutre : **2002 CSC 73.**

N° du greffe : 28378.

2002 : 13 juin; 2002 : 21 novembre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges  
L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major,  
Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

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

*Impôt sur le revenu — Application et exécution — Vérifications et enquêtes — Peut-on faire une distinction entre une vérification et une enquête sous le régime de la Loi de l'impôt sur le revenu? — Le cas échéant, dans quelles circonstances l'examen effectué par un agent du fisc constitue-t-il une enquête pénale? — La preuve obtenue dans le cadre d'une vérification conformément aux art. 231.1(1) et 231.2(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu peut-elle être utilisée pour les besoins d'une enquête ou d'une poursuite relative à des infractions prévues par l'art. 239(1) de la Loi, sans qu'il soit porté atteinte aux droits que la Charte garantit au contribuable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8 — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), art. 231.1, 231.2.*

*Impôt sur le revenu — Application et exécution — Vérifications et enquêtes — Les articles 231.1(1) et 231.2(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu sont destinés à être utilisés « pour l'application et l'exécution » de la Loi de l'impôt sur le revenu — Le terme « exécution » figurant dans la Loi de l'impôt sur le revenu inclut-il les enquêtes et les poursuites relatives aux infractions prévues par l'art. 239 de la Loi? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), art. 231.1(1), 231.2(1), 239.*



*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Principle against self-incrimination — Extent to which taxpayer under investigation for offences under s. 239 of Income Tax Act benefits from principle against self-incrimination — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search or seizure — Taxpayer under investigation for offences under s. 239 of Income Tax Act — Whether documents obtained under ss. 231.1(1) and 231.2(1) of Income Tax Act after penal investigation has commenced violate taxpayer's right against unreasonable search or seizure — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8 — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 231.1(1), 231.2(1).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Exclusion of evidence — Tax evasion — Revenue Canada receiving information alleging that taxpayer had committed tax evasion — Statements and documents obtained during inquiry by tax auditor pursuant to ss. 231.1(1) and 231.2(1) of Income Tax Act transferred to investigator — Investigator obtaining further information with requirement letters to various banks and search warrant — Taxpayer charged with tax evasion — Whether evidence against taxpayer obtained in violation of his rights under Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).*

Revenue Canada began an inquiry following a tip that the appellant taxpayer had not reported sales of his late wife's art in his tax returns for the 1990 and 1991 taxation years. In February 1994, the auditor sent letters to the taxpayer indicating that his file had been selected for audit and requesting certain books and records. The auditor visited art galleries and gathered enough information to determine that the tip had some validity. On March 16, she obtained further information by phone from the taxpayer and his accountant. On April 11, the auditor and her supervisor met the taxpayer to review his records. He was not cautioned. He answered questions, provided banking information, signed a bank authorization, and provided materials including records of sales

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Principe interdisant l'auto-incrimination — Dans quelle mesure les contribuables visés par une enquête sur des infractions prévues par l'art. 239 de la Loi de l'impôt sur le revenu sont-ils protégés par le principe interdisant l'auto-incrimination? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Contribuable soumis à une enquête sur des infractions prévues par l'art. 239 de la Loi de l'impôt sur le revenu — Les documents obtenus au moyen des art. 231.1(1) et 231.2(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu après le début d'une enquête pénale portent-ils atteinte au droit du contribuable d'être protégé contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8 — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), art. 231.1(1), 231.2(1).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Exclusion de la preuve — Fraude fiscale — Réception par Revenu Canada de renseignements selon lesquels le contribuable avait commis une fraude fiscale — Transfert à l'enquêteur de déclarations et documents obtenus dans le cadre d'un examen effectué par un vérificateur fiscal conformément aux art. 231.1(1) et 231.2(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu — Obtention de nouveaux renseignements par l'enquêteur au moyen de demandes péremptoires adressées à différentes banques et d'un mandat de perquisition — Contribuable accusé de fraude fiscale — La preuve défavorable au contribuable a-t-elle été obtenue en contravention des droits que lui garantit la Charte canadienne des droits et libertés? — Le cas échéant, cette preuve doit-elle être écartée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).*

Revenu Canada a entamé un examen à la suite d'un indice selon lequel le contribuable appelant avait omis de déclarer la vente d'œuvres d'art de son épouse décédée dans ses déclarations d'impôt pour les années d'imposition 1990 et 1991. En février 1994, la vérificatrice a envoyé au contribuable des lettres lui indiquant que son dossier avait été sélectionné pour vérification et lui demandant certains livres et registres. La vérificatrice a visité des galeries d'art et recueilli suffisamment de renseignements pour déterminer que l'indice avait une certaine valeur. Le 16 mars, elle a obtenu des renseignements additionnels du contribuable et de son comptable par téléphone. Le 11 avril, la vérificatrice et son superviseur ont rencontré le contribuable

and expenses related to the art. By late April, the auditor had obtained the additional records and information requested from the taxpayer and she concluded that he had grossly omitted revenues in the relevant returns. On May 4, the auditor referred her entire file to the Special Investigations Section of Revenue Canada, which began an investigation to determine whether prosecution for tax evasion was merited. Despite numerous requests concerning the status of the audit, the auditor deliberately did not inform the taxpayer that his file had been referred to the investigative section. After a review of the file, and on the basis of the books and records obtained from the taxpayer at the April 11 meeting, the investigator determined that reasonable and probable grounds existed to seek a search warrant to investigate for tax evasion. In November, a search warrant issued under the *Criminal Code* authorized the searches of a Revenue Canada's office and the respective residences of the taxpayer and his accountant. In early 1995, requirement letters issued to various banks under s. 231.2(1) of the *Income Tax Act* by the investigator provided additional information.

The taxpayer was charged with tax evasion under s. 239 of the Act. The trial judge held that the audit had effectively become an investigation as of March 16, 1994. Since the auditor failed to caution the taxpayer at the April 11 meeting, the statements and documents gathered at that meeting were obtained in violation of his rights under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and reference to that information in the Information to Obtain A Search Warrant was removed. The trial judge concluded that what remained did not provide "reasonable grounds" for a search warrant and, as a result, the execution of the searches violated the taxpayer's s. 8 *Charter* rights. He also concluded that the banking records obtained by way of s. 231.2(1) in early 1995 violated the taxpayer's s. 8 rights. Pursuant to s. 24(2) of the *Charter*, the 1995 banking information and the evidence obtained at the April 11 meeting and through the searches were excluded. The trial judge granted a motion for a directed verdict of acquittal. The summary conviction appeal judge ordered a new trial, holding that only the taxpayer's statements during the April 11 meeting should have been excluded from the Information to Obtain and that the search warrant otherwise had been validly issued. The Court of Appeal

pour examiner ses registres. Il n'a alors reçu aucune mise en garde. Il a répondu aux questions, fourni des renseignements bancaires, signé une autorisation bancaire et fourni des documents incluant des registres de ventes et de dépenses concernant les œuvres d'art. À la fin du mois d'avril, la vérificatrice avait obtenu les registres et renseignements additionnels demandés au contribuable et elle a conclu qu'il avait omis de déclarer des revenus importants dans les déclarations pertinentes. Le 4 mai, la vérificatrice a renvoyé tout le dossier à la Section des enquêtes spéciales de Revenu Canada, qui a entamé une enquête afin de déterminer s'il y avait lieu d'engager des poursuites pour fraude fiscale. Malgré de nombreuses demandes concernant l'état de la vérification, la vérificatrice a délibérément omis d'aviser le contribuable que son dossier avait été renvoyé à la section des enquêtes. Après avoir examiné le dossier, et sur la base des livres et registres obtenus du contribuable à la rencontre du 11 avril, l'enquêteur a conclu qu'il existait des motifs raisonnables et probables d'obtenir un mandat de perquisition pour mener une enquête relativement à une fraude fiscale. En novembre, un mandat de perquisition décerné sous le régime du *Code criminel* a autorisé des perquisitions au bureau de Revenu Canada et aux résidences respectives du contribuable et de son comptable. Au début de 1995, des demandes péremptoires adressées par l'enquêteur à différentes banques sous le régime du par. 231.2(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ont permis d'obtenir des renseignements additionnels.

Le contribuable a été accusé de fraude fiscale sous le régime de l'art. 239 de la Loi. Le juge du procès a conclu que la vérification était effectivement devenue une enquête le 16 mars 1994. Étant donné l'omission par la vérificatrice de mettre le contribuable en garde lors de la rencontre du 11 avril, les déclarations et documents recueillis lors de cette rencontre ont été obtenus en contravention des droits que l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* lui garantit et toute mention de ces renseignements a été exclue de la Dénonciation en vue d'obtenir un mandat de perquisition. De l'avis du juge du procès, ce qui restait ne donnait pas de « motifs raisonnables » de décerner un mandat de perquisition et, en conséquence, l'exécution du mandat allait à l'encontre des droits garantis au contribuable par l'art. 8 de la *Charte*. Le juge a en outre conclu que les registres bancaires obtenus au moyen du par. 231.2(1) au début de 1995 portaient atteinte aux droits que l'art. 8 confère au contribuable. Les renseignements bancaires obtenus en 1995 ainsi que les éléments de preuve recueillis lors de la rencontre du 11 avril et au moyen des perquisitions ont été exclus par application du par. 24(2) de la *Charte*. Le juge du procès a accueilli une requête sollicitant un verdict imposé d'acquiescement. Le juge d'appel des poursuites sommaires a

dismissed a further appeal and affirmed the order for a new trial.

*Held:* The appeal should be dismissed.

Although the *Income Tax Act* relies upon self-assessment and self-reporting, the Minister of National Revenue has broad powers for the administration and enforcement of the Act. Under ss. 231.1 and 231.2, a person authorized by the Minister has the powers to: enter a taxpayer's place of business or place of record keeping; require the taxpayer and third parties to answer questions put to them; and require the taxpayer and third parties to furnish information and documents upon request. To ensure compliance with the self-reporting requirements of the Act, s. 239 creates offences which carry significant penalties, including incarceration. Section 239 bears the formal hallmarks of criminal legislation and, even though the Act is a regulatory statute, non-compliance with its mandatory provisions will in some cases lead to criminal charges. In prosecution thereof, the state is pitted against the individual in an attempt to establish culpability. To conduct an appropriately contextual *Charter* analysis, the various regulatory and penal considerations must all exert some influence.

The scope of *Charter* rights and freedoms will vary according to the circumstances. This case concerns both s. 7 and s. 8 of the *Charter* and the exclusion of evidence under s. 24(2) of the *Charter* from a trial for offences under s. 239. The taxpayer's liberty interest under s. 7 was engaged by the introduction at his trial of statutorily compelled information. In giving expression to the principle against self-incrimination, however, s. 7 does not envelop an abstract and absolute rule that prevents the use of statutorily compelled information in all contexts. A contextual analysis involves balancing the principle against self-incrimination with the principle that relevant evidence should be available to the trier of fact. The reasonable expectation of privacy guaranteed by s. 8 of the *Charter* also is context-specific. At some point, the public's interest in being left alone by government must give way to the government's interest in intruding on privacy to advance its goals. Generally, there is a diminished expectation of privacy in records produced during the ordinary course of regulated activities and there is a

ordonné la tenue d'un nouveau procès, en statuant que seules les déclarations faites par le contribuable pendant la rencontre du 11 avril devaient être exclues de la Dénonciation en vue d'obtenir un mandat de perquisition et que le mandat de perquisition avait été décerné valablement. La Cour d'appel a rejeté l'appel et confirmé l'ordonnance de nouveau procès.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

Bien que la *Loi de l'impôt sur le revenu* repose sur l'autocotisation et l'autodéclaration, le ministre du Revenu national a de larges pouvoirs en matière d'application et d'exécution. Les art. 231.1 et 231.2 confèrent à une personne autorisée par le ministre les pouvoirs suivants : pénétrer dans un lieu où est exploitée l'entreprise ou sont tenus les registres d'un contribuable; requérir le contribuable et les tiers de répondre aux questions qui leur sont posées; exiger du contribuable et des tiers qu'ils fournissent des renseignements et produisent des documents sur demande. Pour garantir le respect des exigences d'autodéclaration de la Loi, l'art. 239 crée des infractions assorties de peines importantes, y compris l'emprisonnement. L'article 239 présente les caractéristiques formelles de la législation criminelle et, bien que la Loi soit de nature réglementaire, le non-respect de ses dispositions impératives peut, dans certains cas, donner lieu à des accusations criminelles. Au cours de la poursuite relative à ces accusations, le ministère public a comme adversaire le particulier dont il tente de prouver la culpabilité. Une analyse contextuelle fondée sur la *Charte* ne saurait être convenablement réalisée sans l'attribution d'un certain poids à chacune des diverses considérations d'ordre réglementaire et pénal.

La portée des droits et libertés protégés par la *Charte* varie selon les circonstances. L'affaire porte en l'occurrence à la fois sur les art. 7 et 8 de la *Charte* et sur l'exclusion d'éléments de preuve par application du par. 24(2) de la *Charte* dans le cadre d'un procès relatif à des infractions visées par l'art. 239. Le droit à la liberté garanti au contribuable par l'art. 7 est entré en jeu en raison du dépôt, lors de son procès, de renseignements obtenus par la contrainte dans l'exercice de pouvoirs légaux. Dans l'expression du principe interdisant l'auto-incrimination, l'art. 7 n'établit toutefois pas une règle abstraite et absolue qui empêche l'utilisation, dans tous les contextes, de renseignements dont la production a été obtenue par la contrainte en vertu de la loi. Une analyse contextuelle comporte la pondération du principe interdisant l'auto-incrimination et du principe selon lequel le juge des faits devrait avoir accès aux éléments de preuve pertinents. L'attente raisonnable en matière de vie privée, protégée par l'art. 8 de la *Charte*, dépend aussi du contexte. À un certain point, le droit du public de ne pas être

relatively low privacy interest in records relevant to a tax return.

A distinction can be drawn between the audit and investigative powers under the *Income Tax Act*. By their express terms, both ss. 231.1(1) and 231.2(1) are available for any purpose related to the “administration” or “enforcement” of the Act. Although this wording seems broad, when read in context, these sections do not include the prosecution of s. 239 offences. In particular, the existence of a prior authorization procedure under s. 231.3(1) where an offence is suspected implies that the separate statutory inspection and requirement powers are unavailable for the purpose of prosecutorial investigations. A warrant under s. 231.3 of the Act covers generally the same ground as does the *Criminal Code*’s s. 487 warrant. When a tax official exercises his or her investigative function, the parties are in an adversarial relationship because of the liberty interest that is at stake. It follows that there must be some measure of separation between the audit and investigative functions.

Where the predominant purpose of an inquiry is the determination of penal liability, there exists an adversarial relationship between the taxpayer and the state. To determine whether the predominant purpose of an inquiry is the determination of penal liability, one must look to all factors that bear upon the nature of the inquiry. Apart from a clear decision to pursue a criminal investigation, no one factor is determinative. Even where reasonable grounds to suspect an offence exist, it will not always be true that the predominant purpose of an inquiry is the determination of penal liability. The following factors assist in ascertaining whether an inquiry’s purpose is to investigate penal liability: (a) Did authorities have reasonable grounds to lay charges or could a decision have been made to proceed with a criminal investigation? (b) Was the general conduct of the authorities consistent with a criminal investigation? (c) Did the auditor transfer his or her file to the investigators? (d) Was the auditor’s conduct such that he or she was acting as an agent for the investigators? (e) Does it appear that the investigators intended to use the auditor as their agent? (f) Is the evidence relevant to taxpayer liability generally or only to penal liability? and,

importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s’immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins. Généralement, un particulier possède une attente réduite quant au respect de sa vie privée à l’égard des registres qu’il produit dans le cours normal d’activités réglementées et la protection de sa vie privée concernant les registres pertinents à sa déclaration de revenu est relativement faible.

Il est possible d’établir une distinction entre les pouvoirs de vérification et les pouvoirs d’enquête sous le régime de la *Loi de l’impôt sur le revenu*. Comme ils le prévoient expressément, les par. 231.1(1) et 231.2(1) sont destinés à être utilisés « pour l’application et l’exécution » de la Loi. Bien que cette expression semble générale, ces dispositions, interprétées dans leur contexte, n’incluent pas la poursuite des infractions prévues à l’art. 239. En particulier, l’existence d’une procédure d’autorisation préalable établie par le par. 231.3(1) lorsqu’on soupçonne une infraction implique qu’il n’est pas possible d’utiliser les pouvoirs distincts d’inspection et de demande péremptoire pour les besoins d’une enquête relative à des poursuites. Le mandat prévu par l’art. 231.3 de la Loi s’applique généralement à des situations couvertes par le mandat décerné en vertu de l’art. 487 du *Code criminel*. Lorsqu’un agent du fisc exerce sa fonction d’enquête, les parties se trouvent dans une relation de nature contradictoire en raison du droit à la liberté qui est alors en jeu. Il s’ensuit qu’il doit exister une certaine séparation entre les fonctions de vérification et d’enquête.

Lorsqu’un examen a pour objet prédominant d’établir la responsabilité pénale du contribuable, il existe une relation de nature contradictoire entre le contribuable et l’État. Pour déterminer si l’objet prédominant d’un examen consiste à établir la responsabilité pénale du contribuable, il faut examiner l’ensemble des facteurs qui ont une incidence sur la nature de cet examen. À l’exception de la décision claire de procéder à une enquête criminelle, aucun facteur n’est nécessairement déterminant en soi. Même lorsqu’il existe des motifs raisonnables de soupçonner la perpétration d’une infraction, il ne sera pas toujours exact de dire que l’objet prédominant de l’examen est d’établir la responsabilité pénale du contribuable. Les facteurs suivants aident à déterminer si l’examen a pour objet déterminant d’enquêter sur la responsabilité pénale du contribuable : a) Les autorités avaient-elles des motifs raisonnables de porter des accusations ou aurait-on pu prendre la décision de procéder à une enquête criminelle? b) L’ensemble de la conduite des autorités donnait-elle à croire que celles-ci procédaient à une enquête criminelle? c) Le vérificateur a-t-il transféré son dossier aux enquêteurs? d) La conduite du vérificateur donnait-elle à croire qu’il agissait en fait comme un

(g) Do other circumstances or factors suggest that an audit became a criminal investigation?

Wherever the predominant purpose of an inquiry or question is the determination of penal liability, all *Charter* protections that are relevant in the criminal context must apply. When this is the case, investigators must provide the taxpayer with a proper warning. With respect to s. 7 of the *Charter*, the constitutional protections against self-incrimination prohibit tax officials who are investigating the offences from having recourse to the inspection and requirement powers under ss. 231.1(1) and 231.2(1). Rather, tax officials who exercise the authority to conduct such investigations must seek search warrants under s. 231.3 of the Act or s. 487 of the *Criminal Code* in furtherance of their investigation. With respect to s. 8 of the *Charter*, taxpayers have very little privacy interest in materials they are obliged to keep under the Act or to produce during an audit. Once an auditor has inspected or required a document under ss. 231.1(1) and 231.2(1), the taxpayer cannot be said to have a reasonable expectation that the auditor will guard its confidentiality. As a consequence, there is no general rule that prevents auditors from passing files containing validly obtained audit materials to investigators. Nor is there any reason that the CCRA cannot conduct parallel administrative audits and criminal investigations. However, if the CCRA simultaneously conducts an administrative audit and criminal investigation, investigators can avail themselves only of that information obtained pursuant to the audit powers prior to the commencement of the criminal investigation. They cannot avail themselves of information obtained pursuant to such powers subsequent to the commencement of the investigation into penal liability.

Whether an inquiry is in furtherance of an audit or a penal investigation is a question of mixed fact and law and is not immune from appellate review. The record in this case does not support a finding that the auditor used her misleading tactics to obtain information from the taxpayer or his accountant under ss. 231.1(1) and 231.2(1) for the predominant purpose of determining the taxpayer's penal liability under s. 239. There was no investigation into penal liability prior to May 4, 1994. Accordingly, the material that the trial judge excluded from the Information to Obtain A Search Warrant owing

mandataire des enquêteurs? e) Semble-t-il que les enquêteurs aient eu l'intention d'utiliser le vérificateur comme leur mandataire? f) La preuve est-elle pertinente quant à la responsabilité générale du contribuable ou uniquement quant à sa responsabilité pénale? g) D'autres circonstances ou facteurs laissent-ils entendre qu'une vérification était devenue une enquête criminelle?

Dès qu'un examen ou une question a pour objet prédominant d'établir la responsabilité pénale du contribuable, toutes les garanties prévues par la *Charte*, pertinentes dans le contexte criminel, s'appliquent obligatoirement. Dans ce cas, les enquêteurs doivent donner une mise en garde appropriée au contribuable. En ce qui concerne l'art. 7 de la *Charte*, les protections constitutionnelles contre l'auto-incrimination interdisent aux agents du fisc qui enquêtent sur des infractions d'avoir recours aux mécanismes d'inspection et de demande péremptoire établis par les par. 231.1(1) et 231.2(1). Les agents du fisc qui exercent ainsi leur pouvoir d'enquête doivent plutôt obtenir des mandats de perquisition en vertu des art. 231.3 de la Loi ou 487 du *Code criminel* pour mener leur enquête. Quant à l'art. 8 de la *Charte*, le droit au respect de la vie privée du contribuable est très restreint en ce qui concerne les documents qu'il doit tenir conformément à la Loi et produire au cours d'une vérification. Lorsqu'un vérificateur a examiné ou exigé un document en vertu des par. 231.1(1) et 231.2(1), on ne peut véritablement prétendre que le contribuable s'attendait raisonnablement à ce que le vérificateur en préserve la confidentialité. Par conséquent, aucune règle générale n'empêche les vérificateurs de transmettre à l'enquêteur des dossiers contenant des renseignements de vérification obtenus valablement. Rien n'empêche non plus l'ADRC de mener parallèlement une enquête criminelle et une vérification administrative. Toutefois, si l'ADRC mène simultanément une vérification administrative et une enquête criminelle, les enquêteurs ne peuvent utiliser que les renseignements obtenus conformément aux pouvoirs de vérification avant le début de l'enquête criminelle. Ils ne peuvent se servir de renseignements obtenus conformément à ces pouvoirs après le début de l'enquête sur la responsabilité pénale.

La question de savoir si un examen constitue une vérification ou une enquête pénale est une question mixte de fait et de droit et elle n'est pas à l'abri d'un examen en appel. Le dossier en l'espèce ne permet pas de conclure que la vérificatrice a eu recours à des tactiques trompeuses afin d'obtenir des renseignements du contribuable ou de son comptable au moyen des par. 231.1(1) et 231.2(1) dans le but prédominant d'établir la responsabilité pénale du contribuable sous le régime de l'art. 239. Aucune enquête sur la responsabilité pénale du contribuable n'a débuté avant le 4 mai 1994. Par conséquent, les



to a *Charter* violation was in fact validly gathered pursuant to the auditor's inspection and requirement powers. Since the searches were made pursuant to a valid warrant, the evidence obtained during these searches should be admissible in a new trial. The usage of the banking information obtained by the investigator pursuant to s. 231.2(1) requirement letters in early 1995, after the investigation was underway, violated the taxpayer's s. 7 rights and should be excluded.

### Cases Cited

**Referred to:** *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3; *R. v. Norway Insulation Inc.* (1995), 23 O.R. (3d) 432, aff'd [1995] 2 C.T.C. 451; *R. v. Araujo*, [2000] 2 S.C.R. 992, 2000 SCC 65; *Del Zotto v. Canada*, [1997] 3 F.C. 40, rev'd [1999] 1 S.C.R. 3; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *Knox Contracting Ltd. v. Canada*, [1990] 2 S.C.R. 338; *143471 Canada Inc. v. Quebec (Attorney General)*, [1994] 2 S.C.R. 339; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213; *Smerchanski v. M.N.R.*, [1977] 2 S.C.R. 23; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *Comité paritaire de l'industrie de la chemise v. Potash*, [1994] 2 S.C.R. 406; *R. v. Grimwood*, [1987] 2 S.C.R. 755; *R. v. Ling*, [2002] 3 S.C.R. 814, 2002 SCC 74; *Re Ramm*, [1958] O.R. 98; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1991] 3 S.C.R. 459; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229; *R. v. Fitzpatrick*, [1995] 4 S.C.R. 154; *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *Smith v. Canada (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R. 902, 2001 SCC 88; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *Canadian Bank of Commerce v. Canada (Attorney General)*, [1962] S.C.R. 729; *James Richardson & Sons, Ltd. v. M.N.R.*, [1984] 1

renseignements que le juge du procès a exclus de la Dénonciation en vue d'obtenir un mandat de perquisition, au motif qu'il y avait eu atteinte aux droits garantis par la *Charte*, avaient en fait été obtenus valablement dans l'exercice des pouvoirs d'inspection et de demande péremptoire de la vérificatrice. Les perquisitions ayant été effectuées conformément à un mandat valide, les éléments de preuve recueillis au cours de ces perquisitions devraient être admissibles au cours d'un nouveau procès. Les renseignements bancaires obtenus par l'enquêteur à la suite de demandes péremptoires présentées sous le régime du par. 231.2(1) au début de 1995, une fois l'enquête en cours, ont porté atteinte aux droits que l'art. 7 garantit au contribuable et devraient être écartés.

### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3; *R. c. Norway Insulation Inc.* (1995), 23 O.R. (3d) 432, conf. [1995] 2 C.T.C. 451; *R. c. Araujo*, [2000] 2 R.C.S. 992, 2000 CSC 65; *Del Zotto c. Canada*, [1997] 3 C.F. 40, inf. par [1999] 1 R.C.S. 3; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *Knox Contracting Ltd. c. Canada*, [1990] 2 R.C.S. 338; *143471 Canada Inc. c. Québec (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 339; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213; *Smerchanski c. M.N.R.*, [1977] 2 R.C.S. 23; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash*, [1994] 2 R.C.S. 406; *R. c. Grimwood*, [1987] 2 R.C.S. 755; *R. c. Ling*, [2002] 3 R.C.S. 814, 2002 CSC 74; *Re Ramm*, [1958] O.R. 98; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1991] 3 R.C.S. 459; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229; *R. c. Fitzpatrick*, [1995] 4 R.C.S. 154; *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *Smith c. Canada (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 902, 2001 CSC 88; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *Canadian Bank of Commerce c.*

S.C.R. 614; *R. v. Multiform Manufacturing Co.*, [1990] 2 S.C.R. 624; *R. v. Bjellebo*, [1999] O.J. No. 965 (QL); *R. v. Pheasant*, [2001] G.S.T.C. 8; *R. v. Chusid* (2001), 57 O.R. (3d) 20; *R. v. Roberts*, [1998] B.C.J. No. 3184 (QL); *R. v. Dial Drug Stores Ltd.* (2001), 52 O.R. (3d) 367; *Samson v. Canada*, [1995] 3 F.C. 306, leave to appeal refused, [1996] 1 S.C.R. ix (*sub nom. Samson v. Addy*); *R. v. Yip* (2000), 278 A.R. 124, 2000 ABQB 873; *R. v. Anderson* (2001), 209 Sask. R. 117, 2001 SKQB 334; *R. v. Seaside Chevrolet Oldsmobile Ltd.*, (2002), 248 N.B.R. (2d) 132, 2002 NBPC 5; *R. v. Warawa* (1997), 208 A.R. 81; *R. v. Coghlan*, [1994] 1 C.T.C. 164; *Gorenko v. La Reine*, [1997] R.J.Q. 2482, aff'd [1999] Q.J. No. 6268 (QL); *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Babcock v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 3, 2002 SCC 57; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748.

### Statutes and Regulations Cited

*Act to amend the Income War Tax Act*, S.C. 1944, c. 43, s. 11.  
*Business Profits War Tax Act, 1916*, S.C. 1916, c. 11.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 8, 24.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 487.  
*Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 2, 150(1), 151, 152(1), (4), 162, 163, 230(1), 231.1 [am. 1994, c. 21, s. 107], 231.2, 231.3 [*idem*, s. 108], 238(1), 239(1), (2), 241 [am. 1994, c. 7, Sched. VIII, s. 137(1)].  
*Income War Tax Act, 1917*, S.C. 1917, c. 28, s. 8.  
*Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 12.

### Authors Cited

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.  
 Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 6th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.  
*Oxford English Reference Dictionary*, 2nd ed. Edited by Judy Pearsall and Bill Trumble. Oxford: Oxford University Press, 1996, "enforce".

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (2000), 149 C.C.C. (3d) 498, 271 A.R. 263, 234 W.A.C. 263, 87 Alta. L.R. (3d) 52, 193 D.L.R. (4th) 656, [2001] 3 W.W.R. 271, [2000] A.J. No. 1347 (QL), 2000 ABCA 304, affirming a judgment of Lutz J. (1998), 225 A.R. 225, 63 Alta. L.R. (3d) 236, 98 D.T.C. 6308, [1999] 3 W.W.R. 393, [1998] 3 C.T.C. 252, [1998] A.J. No. 651 (QL), allowing the

*Canada (Attorney General)*, [1962] R.C.S. 729; *James Richardson & Sons, Ltd. c. M.R.N.*, [1984] 1 R.C.S. 614; *R. c. Multiform Manufacturing Co.*, [1990] 2 R.C.S. 624; *R. c. Bjellebo*, [1999] O.J. No. 965 (QL); *R. c. Pheasant*, [2001] G.S.T.C. 8; *R. c. Chusid* (2001), 57 O.R. (3d) 20; *R. c. Roberts*, [1998] B.C.J. No. 3184 (QL); *R. c. Dial Drug Stores Ltd.* (2001), 52 O.R. (3d) 367; *Samson c. Canada*, [1995] 3 C.F. 306, autorisation de pourvoi refusée, [1996] 1 R.C.S. ix (*sub nom. Samson c. Addy*); *R. c. Yip* (2000), 278 A.R. 124, 2000 ABQB 873; *R. c. Anderson* (2001), 209 Sask. R. 117, 2001 SKQB 334; *R. c. Seaside Chevrolet Oldsmobile Ltd.*, (2002), 248 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 132, 2002 NBPC 5; *R. c. Warawa* (1997), 208 A.R. 81; *R. c. Coghlan*, [1994] 1 C.T.C. 164; *Gorenko c. La Reine*, [1997] R.J.Q. 2482, conf. par [1999] J.Q. n° 6268 (QL); *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Babcock c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 3, 2002 CSC 57; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 8, 24.  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 487.  
*Loi de l'Impôt de Guerre sur le Revenu, 1917*, S.C. 1917, ch. 28, art. 8.  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), art. 2, 150(1), 151, 152(1), (4), 162, 163, 230(1), 231.1 [mod. 1994, ch. 21, art. 107], 231.2, 231.3 [*idem*, art. 108], 238(1), 239(1), (2), 241 [mod. 1994, ch. 7, ann. VIII, art. 137(1)].  
*Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 12.  
*Loi modifiant la Loi de l'impôt de guerre sur le revenu*, S.C. 1944, ch. 43, art. 11.  
*Loi taxant les Profits d'affaires pour la guerre, 1916*, S.C. 1916, ch. 11.

### Doctrine citée

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.  
 Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 6th ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2000.  
*Oxford English Reference Dictionary*, 2nd ed. Edited by Judy Pearsall and Bill Trumble. Oxford : Oxford University Press, 1996, « enforce ».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (2000), 149 C.C.C. (3d) 498, 271 A.R. 263, 234 W.A.C. 263, 87 Alta. L.R. (3d) 52, 193 D.L.R. (4th) 656, [2001] 3 W.W.R. 271, [2000] A.J. No. 1347 (QL), 2000 ABCA 304, confirmant un jugement du juge Lutz (1998), 225 A.R. 225, 63 Alta. L.R. (3d) 236, 98 D.T.C. 6308, [1999] 3 W.W.R. 393, [1998] 3 C.T.C. 252, [1998] A.J. No.

Crown's appeal from a judgment of the Provincial Court acquitting a taxpayer of tax offences and ordering a new trial. Appeal dismissed.

*Alan D. Macleod, Q.C., and Wendy K. McCallum*, for the appellant.

*S. David Frankel, Q.C., Bruce Harper and Janet Henchey*, for the respondent.

*Trevor Shaw*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

*Gilles Laporte and Monique Rousseau*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Scott K. Fenton*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

The judgment of the Court was delivered by

**IACOBUCCI AND MAJOR JJ.** — Is there a distinction between the Canada Customs and Revenue Agency's ("CCRA") audit and investigative functions under the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) ("ITA")? If it is indeed correct to draw such a distinction, when does the CCRA exercise its audit function and when does it exercise its investigative function? Finally, what are the legal consequences for the taxpayer when the CCRA exercises its investigative function?

Ultimately, we conclude that compliance audits and tax evasion investigations must be treated differently. While taxpayers are statutorily bound to co-operate with CCRA auditors for tax assessment purposes (which may result in the application of regulatory penalties), there is an adversarial relationship that crystallizes between the taxpayer and the tax officials when the predominant purpose of an official's inquiry is the determination of penal liability. When the officials exercise this authority, constitutional protections against self-incrimination prohibit CCRA officials who are investigating ITA offences from having recourse to the powerful

651 (QL), qui avait accueilli l'appel du ministère public à l'encontre d'un jugement de la Cour provinciale acquittant un contribuable d'infractions en matière fiscale et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

*Alan D. Macleod, c.r., et Wendy K. McCallum*, pour l'appellant.

*S. David Frankel, c.r., Bruce Harper et Janet Henchey*, pour l'intimée.

*Trevor Shaw*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Gilles Laporte et Monique Rousseau*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*Scott K. Fenton*, pour l'intervenant la Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES IACOBUCCI ET MAJOR — Existe-t-il une distinction entre les fonctions de vérification et d'enquête de l'Agence des douanes et du revenu du Canada (« ADRC ») sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.) (la « LIR » ou la « Loi »)? S'il est effectivement correct d'établir une telle distinction, quand l'ADRC exerce-t-elle ses fonctions de vérification et quand exerce-t-elle ses fonctions d'enquête? Enfin, quelles conséquences juridiques l'exercice des fonctions d'enquête de l'ADRC entraîne-t-il pour le contribuable?

En dernière analyse, nous concluons qu'il faut traiter différemment les vérifications de conformité et les enquêtes pour fraude fiscale. Bien qu'un contribuable soit tenu par la loi de coopérer avec les vérificateurs de l'ADRC aux fins d'évaluation de son obligation fiscale (et passible de peines réglementaires à cet égard), une relation de nature contradictoire se cristallise entre le contribuable et les agents du fisc dès qu'un examen effectué par l'un de ces agents a pour objet prédominant d'établir la responsabilité pénale du contribuable. À partir de ce moment, les garanties constitutionnelles contre l'auto-incrimination interdisent aux agents de



inspection and requirement tools in ss. 231.1(1) and 231.2(1). Rather, CCRA officials who exercise the authority to conduct such investigations must seek search warrants in furtherance of their investigation.

l'ADRC qui enquêtent sur des infractions à la LIR d'avoir recours aux puissants mécanismes d'inspection et de demande péremptoire établis par les par. 231.1(1) et 231.2(1). Lorsqu'ils exercent ainsi leur pouvoir d'enquête, les agents de l'ADRC doivent plutôt obtenir des mandats de perquisition pour mener leur enquête.

3 Here, the material that the trial judge excluded from the Information to Obtain A Search Warrant owing to a *Charter* violation was in fact validly gathered pursuant to the auditor's inspection and requirement powers. Accordingly, the searches ultimately carried out were authorized by warrant, and no s. 8 violation occurred. Therefore, we would dismiss the appeal and confirm the Court of Appeal of Alberta's order of a new trial.

En l'espèce, les renseignements que le juge du procès a exclus de la Dénonciation en vue d'obtenir un mandat de perquisition, au motif qu'il y avait eu atteinte aux droits garantis par la *Charte*, avaient en fait été obtenus valablement dans l'exercice des pouvoirs d'inspection et de demande péremptoire de la vérificatrice. En conséquence, les perquisitions effectuées par la suite étaient autorisées par un mandat et il ne s'est produit aucune violation de l'art. 8. Nous sommes donc d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance de nouveau procès rendue par la Cour d'appel de l'Alberta.

#### 4 I. Factual Background

The appellant, Warren Jarvis, is a farmer in Alberta. His wife, Georgia Jarvis, was, until the time of her death, an artist earning income from the sale of her works. Mrs. Jarvis reported this income on her annual individual tax returns.

#### I. Les faits

L'appelant, Warren Jarvis, est un agriculteur de l'Alberta. Son épouse, Georgia Jarvis, était, jusqu'au moment de son décès, une artiste tirant un revenu de la vente de ses œuvres. Madame Jarvis déclarait ce revenu dans sa déclaration de revenu annuelle.

5 Mrs. Jarvis died on October 22, 1990. A few of her original works and a number of limited edition prints remained unsold at the time; as well, it appears that the appellant may also have had some additional prints created subsequent to his wife's death. The appellant was therefore able to continue the sale of his late wife's art, which he did. In 1992, as art sales began to dissipate, the appellant, in an apparent attempt to put the past behind him, moved into a rural log cabin, roughly 80 kilometres northwest of Calgary.

Madame Jarvis est décédée le 22 octobre 1990. Quelques-unes de ses œuvres originales et un certain nombre de reproductions à tirage limité n'avaient alors pas encore été vendues; de plus, il semble que l'appelant ait peut-être fait faire des reproductions additionnelles après le décès de son épouse. Il était donc en mesure de continuer à vendre des œuvres de son épouse décédée, ce qu'il a fait. En 1992, comme les ventes d'œuvres d'art commençaient à diminuer, l'appelant, tentant apparemment de tourner la page, a déménagé dans une maison en bois rond, à la campagne, à environ 80 kilomètres au nord-ouest de Calgary.

6 Early in 1994, an anonymous informant addressed a typewritten letter ("the lead") to the Chief of Audit in the Calgary District Taxation Office of what was then Revenue Canada. For reasons of confidentiality, the lead is not in evidence in this case. We do

Au début de 1994, un dénonciateur anonyme a envoyé une lettre dactylographiée (« l'indice ») au chef de la vérification au bureau de district de Calgary de l'ancien ministère du Revenu national. Pour des raisons de confidentialité, l'indice n'a pas

know, however, that the lead alleged that the appellant had failed to report substantial income related to the 1990 and 1991 taxation years. Furthermore, the lead listed six Calgary art galleries that had purchased Mrs. Jarvis's art work from the appellant.

Although internal departmental policies identified all tax leads from informants as being the responsibility of the Special Investigations Section, the lead was in fact referred to the Business Audit Section. There, it was assigned to Donna Goy-Edwards, an experienced business auditor. Goy-Edwards took sole control over the file, reporting to her supervisor, John Moriarty.

On February 16, 1994, Goy-Edwards prepared an "Audit Plan," consisting of three separate tasks:

- 1) Clear lead.
- 2) Review disposition of all assets at date of death in Oct/90. Review all tax consequences.
- 3) Audit accordingly.

Not all leads received by the CCRA are substantiated; hence, "clearing" a lead refers to a process whereby the auditor reviews source documents for the purpose of determining the validity of the allegations contained in the lead. To this end, Goy-Edwards attempted on February 16 and 17 by telephone to reach the appellant and the accountant, Tom Burke, who had prepared the 1990 and 1991 tax returns. She was unable to reach either, but left two voice messages on the appellant's telephone answering machine.

Goy-Edwards then sent two letters to the appellant on February 17. The letters were addressed simply "General Delivery, Cremona, Alberta". One letter dealt with the appellant in his capacity as executor of his wife's estate, indicating that "[t]he file of the Late Georgia Jarvis has been selected for audit for the [1990] taxation year" and that "this letter will serve as a formal notice of the audit in

été produit en preuve. Cependant, nous savons que son auteur alléguait que l'appellant avait omis de déclarer des revenus substantiels pour les années d'imposition 1990 et 1991. Par ailleurs, cet indice énumérait six galeries d'art qui avaient acheté des œuvres de M<sup>me</sup> Jarvis à l'appellant.

Même si les politiques ministérielles internes pré-cisaient que tous les indices fiscaux fournis par des dénonciateurs relevaient de la Section des enquêtes spéciales, l'indice a été acheminé à la Section de la vérification des dossiers d'entreprises et confié à M<sup>me</sup> Donna Goy-Edwards, une vérificatrice d'entreprises d'expérience. Madame Goy-Edwards avait le contrôle exclusif du dossier, sous la supervision de John Moriarty.

Le 16 février 1994, M<sup>me</sup> Goy-Edwards a préparé un « Plan de vérification » comportant trois tâches distinctes :

[TRADUCTION]

- 1) Contrôler l'indice.
- 2) Analyser la disposition de tous les biens à la date du décès en octobre 1990 et toutes les conséquences fiscales en découlant.
- 3) Effectuer la vérification en conséquence.

Tous les indices reçus par l'ADRC ne sont pas corroborés; c'est pourquoi le « contrôle » d'un indice s'entend du processus par lequel le vérificateur examine les documents sources pour déterminer la validité des allégations contenues dans l'indice. À cette fin, les 16 et 17 février, M<sup>me</sup> Goy-Edwards a tenté de joindre par téléphone l'appellant et son comptable, Tom Burke, qui avait préparé les déclarations de revenu de 1990 et de 1991. Ne réussissant pas à les joindre, elle a laissé deux messages vocaux à l'appellant sur son répondeur.

Le 17 février, M<sup>me</sup> Goy-Edwards a également envoyé deux lettres à l'appellant. Ces lettres étaient tout simplement adressées à : [TRADUCTION] « Poste restante, Cremona, Alberta ». L'une d'elles concernait l'appellant à titre d'exécuteur de la succession de son épouse et indiquait que [TRADUCTION] « [l]e dossier de feu Georgia Jarvis a été sélectionné pour vérification pour l'année d'imposition

7

8

9

progress”. The other letter concerned the appellant in his personal capacity, and specified that his file had “been selected for audit for the taxation years 1990 & 1991”, adding again that the letter constituted formal notice of the audit. In each instance, the appellant was requested to make available certain enumerated books and records. Finally, the letters stated that the respective files would be held in abeyance for a 15-day period to allow the appellant “an opportunity to contact the writer and make arrangements to have the books and records made available for the audit”.

[1990] » et que [TRADUCTION] « la présente lettre tient lieu d’avis officiel de la vérification en cours ». L’autre lettre visait l’appelant personnellement et précisait que son dossier avait [TRADUCTION] « été sélectionné pour vérification pour les années d’imposition 1990 et 1991 », ajoutant également qu’il s’agissait d’un avis officiel de la vérification. Dans chaque cas, on demandait à l’appelant de permettre l’accès à certains livres et registres énumérés. Enfin, ces lettres précisait que chaque dossier visé serait laissé en suspens pendant une période de 15 jours pour donner à l’appelant [TRADUCTION] « la possibilité de communiquer avec l’auteur de la lettre et de prendre des dispositions afin de permettre l’accès aux livres et registres pour les besoins de la vérification ».

10 On March 7, 1994, shortly after the 15-day period elapsed without word from the appellant, Goy-Edwards commenced contact with third-party sources. She researched departmental library services for written information on Mrs. Jarvis’s art work, to obtain facts about her works and discover where they were being displayed. Through these efforts, she was able to locate three additional galleries, not listed in the lead, that had purchased art from the appellant. Goy-Edwards then personally contacted or visited all nine galleries. She identified herself as a Revenue Canada employee and requested that she be granted access to certain of their books and records pertaining to art sales.

Le 7 mars 1994, peu après la fin de cette période de 15 jours et voyant que l’appelant n’avait pas communiqué avec elle, M<sup>me</sup> Goy-Edwards a pris contact avec des tiers. Elle a effectué des recherches auprès des services de la bibliothèque du ministère pour trouver des renseignements écrits sur les œuvres d’art de M<sup>me</sup> Jarvis, obtenir des renseignements factuels sur ses œuvres et découvrir où elles étaient exposées. Grâce à ces efforts, elle a découvert trois autres galeries, dont l’indice ne faisait pas mention, mais qui avaient acheté des œuvres à l’appelant. Madame Goy-Edwards a ensuite joint ou visité elle-même les neuf galeries. Elle s’y est présentée comme une fonctionnaire de Revenu Canada et elle a demandé qu’on lui donne accès à certains des livres et registres relatifs aux ventes d’œuvres d’art.

11 Between March 7 and 16, Goy-Edwards was able to obtain information from each of the galleries regarding the sale of Mrs. Jarvis’s works. From the particulars contained in purchase invoices and cancelled cheques, the auditor determined that the appellant had grossed \$358,409 from sales to the nine galleries between October 23 and December 31, 1990. For the 1991 calendar year, the figure was \$221,366. Endorsements found on the reverse side of the cheques also disclosed information regarding the appellant’s banking arrangements. Independently, Goy-Edwards calculated that, for sales accruing to Mrs. Jarvis from January 1, 1990 until her death, the cost of sales was 29.5 percent of

Entre les 7 et 16 mars, M<sup>me</sup> Goy-Edwards a pu obtenir des renseignements de chacune des galeries au sujet de la vente des œuvres de M<sup>me</sup> Jarvis. D’après les renseignements figurant sur les factures d’achat et les chèques oblitérés, la vérificatrice a déterminé que l’appelant avait touché, entre le 23 octobre et le 31 décembre 1990, un revenu brut de 358 409 \$ au titre des ventes effectuées aux neuf galeries. Pour l’année civile 1991, ce revenu s’élevait à 221 366 \$. En outre, l’endossement figurant au verso des chèques fournissait des renseignements concernant les arrangements bancaires de l’appelant. De façon indépendante, pour les ventes imputées à M<sup>me</sup> Jarvis entre le 1<sup>er</sup> janvier 1990 et

gross. Based on all of this information, along with the appellant's tax returns for the 1990 and 1991 taxation years, Goy-Edwards determined that the lead had some validity.

Twice on March 8, the appellant attempted to reach Goy-Edwards by telephone, leaving messages that he had called. These calls were not immediately returned. On March 16, Jarvis's accountant, Burke, telephoned Goy-Edwards, who explained the audits that she was conducting, advised of the taxation years concerned, and made some enquiries as to the appellant's financial affairs. Burke informed the auditor that the file was likely to be in disarray, owing to the appellant's poor record-keeping skills and the general apathy towards financial and taxation matters that the appellant had exhibited since Mrs. Jarvis's death; in fact, Burke had seen no source documents, since the appellant was in the habit of providing only summaries of his income.

Burke explained that, for taxation purposes, after Mrs. Jarvis's death the income accruing from the sale of her art, net of expenses, was reported as part of the appellant's farming income. According to the accountant, the appellant netted somewhere in the vicinity of \$58,000 for art sold in the 1990 taxation year, and precisely \$43,061.79 for 1991. Goy-Edwards requested that Burke submit copies of the income summaries that the appellant had provided him. Burke replied that he would first have to speak to the appellant and obtain his authorization to release the information.

Later the same afternoon, Burke called back to advise Goy-Edwards that he had spoken to the appellant, and to pass on instructions for Goy-Edwards personally to call the appellant concerning the audit. The auditor immediately telephoned the appellant, confirmed that the latter was to gather the

la date de son décès, M<sup>me</sup> Goy-Edwards a calculé que les coûts afférents à ces ventes représentaient 29,5 p. 100 des revenus bruts. Armée de tous ces renseignements et des déclarations de revenu de l'appellant pour les années d'imposition 1990 et 1991, M<sup>me</sup> Goy-Edwards a jugé que l'indice avait une certaine valeur.

À deux reprises le 8 mars, l'appellant a tenté de joindre M<sup>me</sup> Goy-Edwards par téléphone, lui laissant des messages pour l'informer de son appel. Elle ne l'a pas rappelé immédiatement. Le 16 mars, M<sup>me</sup> Goy-Edwards a reçu un appel du comptable de M. Jarvis, M. Burke, et elle lui a alors expliqué les vérifications auxquelles elle procédait, lui a indiqué quelles étaient les années d'imposition visées et lui a demandé des renseignements au sujet de la situation financière de l'appellant. Monsieur Burke a dit à la vérificatrice qu'il serait probablement difficile de s'y retrouver dans le dossier, car l'appellant n'était pas très doué pour la tenue de livres et faisait preuve d'une indifférence générale à l'égard des questions financières et fiscales depuis le décès de M<sup>me</sup> Jarvis; en réalité, M. Burke n'avait vu aucun document source, car l'appellant avait l'habitude de lui fournir seulement des sommaires de ses revenus.

Selon les explications de M. Burke, après le décès de M<sup>me</sup> Jarvis, le revenu tiré de la vente de ses œuvres avait été inclus, déduction faite des dépenses, dans les revenus d'agriculture de l'appellant pour les besoins de l'impôt. Selon le comptable, pour l'année d'imposition 1990, l'appellant avait tiré un revenu net d'approximativement 58 000 \$ de la vente d'œuvres d'art; pour l'année 1991, ce revenu net s'élevait à 43 061,79 \$. Madame Goy-Edwards a demandé à M. Burke de lui remettre des copies des sommaires des revenus de l'appellant que ce dernier lui avait fournis. Monsieur Burke lui a répondu qu'il devait d'abord parler à l'appellant et obtenir son autorisation pour divulguer ces renseignements.

Plus tard au cours du même après-midi, M. Burke a rappelé M<sup>me</sup> Goy-Edwards pour l'informer qu'il avait parlé à l'appellant et pour lui transmettre la consigne d'appeler personnellement l'appellant au sujet de la vérification. La vérificatrice a immédiatement téléphoné à l'appellant. Elle lui a confirmé

12

13

14

documentation requested in the February 17 letters, and made arrangements to meet at the appellant's farm on April 11, 1994 to "commence a review of the books and records". The record indicates that the parties might have chosen this date in order to provide the appellant with sufficient time to amass the documentation, since many of his belongings were still packed up from his move.

qu'il devait rassembler les documents demandés dans les lettres du 17 février et elle a pris des dispositions pour le rencontrer à son exploitation agricole le 11 avril 1994 afin d'y [TRADUCTION] « commencer un examen des livres et registres ». D'après le dossier, les parties ont peut-être choisi cette date pour que l'appelant ait suffisamment de temps pour rassembler les documents, bon nombre de ses effets étant encore emballés en raison du déménagement.

15 Goy-Edwards made no mention of the fact that she had already contacted third party sources. In response to one of her questions, however, the appellant confirmed the \$58,000 figure relative to 1990 net art sales income. Finally, Goy-Edwards advised the appellant that she would be accompanied by an assistant during the audit. The appellant stated that he would not have any difficulties with this.

Madame Goy-Edwards n'a pas mentionné qu'elle avait déjà communiqué avec des tiers. Toutefois, en réponse à l'une de ses questions, l'appelant a confirmé qu'il avait touché un revenu net de 58 000 \$ au titre de la vente d'œuvres d'art pour l'année 1990. Enfin, M<sup>me</sup> Goy-Edwards a informé l'appelant qu'elle serait accompagnée d'un adjoint au cours de la vérification. L'appelant a affirmé que cela ne posait aucun problème.

16 On April 11, Goy-Edwards was in fact accompanied to the appellant's residence by her supervisor, Moriarty, whom she introduced on this occasion as her "team leader". The judge at first instance expressly disbelieved Goy-Edwards' explanation that Moriarty came along to provide navigational assistance because of her lack of familiarity with the area in which the appellant lived. The supervisor was present in an observational role.

Le 11 avril, M<sup>me</sup> Goy-Edwards s'est effectivement rendue à la résidence de l'appelant en compagnie de son superviseur, M. Moriarty, qu'elle a alors présenté comme son [TRADUCTION] « chef d'équipe ». Le juge du procès a dit expressément qu'il ne croyait pas l'explication de M<sup>me</sup> Goy-Edwards selon laquelle M. Moriarty l'avait accompagnée pour lui indiquer le chemin parce qu'elle ne connaissait pas très bien la région où habitait l'appelant. Le superviseur était présent à titre d'observateur.

17 During the interview, Moriarty did not actively take notes. Moreover, Goy-Edwards took the lead in all discussions, with Moriarty interjecting only occasionally to obtain clarification.

Au cours de l'entrevue, M. Moriarty n'a pas activement pris de notes. Par ailleurs, c'est M<sup>me</sup> Goy-Edwards qui a dirigé toutes les discussions, M. Moriarty intervenant seulement à l'occasion pour obtenir des précisions.

18 The appellant was not cautioned as to his rights. He answered all of the auditor's questions, which dealt primarily with the art sales but which also touched upon his farming operations. The appellant stated that all information pertaining to art sales was contained in the contracts and receipt books he kept. He provided information about his banking arrangements, and indicated that he would take steps to access the records pertaining thereto. In addition, the appellant signed a bank authorization for an account held with the Bank of Montreal, the existence of which he had not disclosed until

L'appelant n'a pas été informé de ses droits. Il a répondu à toutes les questions de la vérificatrice, qui portaient principalement sur les ventes d'œuvres d'art, mais aussi sur son entreprise agricole. L'appelant a déclaré que tous les renseignements se rapportant à la vente d'œuvres figuraient dans les contrats et les livrets de reçus qu'il conservait. Il a fourni des renseignements au sujet de ses arrangements bancaires et indiqué qu'il prendrait des mesures pour avoir accès aux registres s'y rapportant. L'appelant a de plus signé une autorisation bancaire relativement à un compte détenu auprès de



Goy-Edwards posed a question about it: the auditor knew of the account from her third-party source investigations. She agreed to hold the authorization in abeyance for a short while in order to give the appellant the opportunity personally to obtain the documentation.

Goy-Edwards enquired into the inventory of originals and prints at the date of Mrs. Jarvis's death, as well as the appellant's role in selling the art. Her purpose with these lines of questioning was to compare the responses given by the appellant to the information that she had previously obtained from the departmental library. Finally, the appellant provided the auditor with art sale-related materials, including the two receipt books tracking sales and a number of other receipts documenting expenses. Goy-Edwards removed these books and records for later examination.

A few days after the interview, on April 15, Burke telephoned Goy-Edwards for an updated report on the state of the file. Goy-Edwards briefed the accountant as to the April 11 meeting, and stated that she would keep him apprised of the audit's progress.

In late April 1994, Goy-Edwards obtained many of the records and much of the information requested from the appellant. Subsequently, she performed various calculations to determine whether all the income related to the art sales had been properly reported. As a result of these calculations, Goy-Edwards noted a discrepancy of approximately \$700,000 between the appellant's earned and reported income over the two taxation years in question. On this basis, the auditor concluded that the appellant had grossly omitted revenues, suggesting that fraud was a possibility, and that further action was warranted.

Therefore, rather than completing the audit, on May 4, 1994, Goy-Edwards prepared a "Form

la Banque de Montréal, dont il n'avait pas divulgué l'existence jusqu'à ce que M<sup>me</sup> Goy-Edwards lui pose une question à ce sujet; cette dernière était au courant de l'existence du compte en raison des renseignements qu'elle avait recueillis auprès de tiers. Elle a accepté d'attendre un peu avant de se servir de l'autorisation, afin de permettre à l'appellant d'obtenir lui-même les documents.

Madame Goy-Edwards a posé des questions sur l'inventaire des originaux et des reproductions à la date du décès de M<sup>me</sup> Jarvis ainsi que sur le rôle que l'appellant avait joué dans la vente des œuvres d'art. Par ces questions, elle visait à comparer les réponses données par l'appellant aux renseignements qu'elle avait obtenus auparavant de la bibliothèque du ministère. L'appellant a finalement fourni à la vérificatrice des documents relatifs à la vente des œuvres d'art, dont les deux livrets de reçus faisant état des ventes ainsi qu'un certain nombre d'autres reçus à l'appui de dépenses. Madame Goy-Edwards a emporté ces livres et registres pour examen ultérieur.

Quelques jours après l'entrevue, soit le 15 avril, M. Burke a téléphoné à M<sup>me</sup> Goy-Edwards pour obtenir une mise à jour sur l'état du dossier. Madame Goy-Edwards l'a mis au courant de ce qui s'était passé à la rencontre du 11 avril et lui a dit qu'elle le tiendrait au courant de l'avancement de la vérification.

À la fin d'avril 1994, M<sup>me</sup> Goy-Edwards a obtenu un grand nombre des registres et une bonne partie des renseignements demandés à l'appellant. Elle a par la suite procédé à divers calculs pour déterminer si tous les revenus au titre des ventes d'œuvres d'art avaient été correctement déclarés. À l'issue de ces calculs, M<sup>me</sup> Goy-Edwards a constaté un écart d'approximativement 700 000 \$ entre les revenus gagnés et déclarés de l'appellant au cours des deux années d'imposition en cause. Sur la base de cette constatation, la vérificatrice a conclu que l'appellant avait omis d'importants revenus, ce qui laissait croire à la possibilité d'une fraude et à l'opportunité de prendre d'autres mesures.

Plutôt que de terminer la vérification, M<sup>me</sup> Goy-Edwards a préparé un « Formulaire T134 », le

19

20

21

22

T134” to refer the matter — along with her entire file, which contained records of all contacts, conversations, and calculations made in respect of the matter — to the Special Investigations Section of Revenue Canada. This latter division was charged in the present case with determining whether further investigation with a view to possible prosecution for tax evasion was merited. The record indicates that, in general, not every referral from the Business Audit Section necessarily results in charges being laid, and that files are on occasion returned to the Business Audit Section after Special Investigations makes a decision not to proceed with a criminal investigation.

23 Goy-Edwards did not attempt to contact the appellant or Burke to advise them that the file was no longer under her control. Two days later, on May 6, the appellant’s son Jim left a telephone message with the auditor, indicating that he would be sending the requested Bank of Montreal statements on the following Monday. The statements were in fact delivered on that date, and were passed on to Special Investigations. Again, the appellant, his son and his accountant were not notified that the appellant’s file had been referred to the investigative section.

24 Inside Special Investigations, the appellant’s file was assigned to investigator Diane Chang. Chang met with Goy-Edwards for one to two hours towards the end of May 1994 in order to discuss the file. At some point shortly thereafter, Chang had to contact Goy-Edwards again in order to clarify certain of the notations contained in the auditor’s file. There may have been one or two conversations of this nature, but there is nothing in the record that would suggest that Chang, or any other investigator, ever instructed or requested Goy-Edwards, under the guise of an audit, to obtain further information from or about the appellant.

25 The investigator then reviewed Goy-Edwards’s files, performed her own calculations and analyses, and gathered some information from other internal sources in order to determine if there were

4 mai 1994, pour renvoyer l’affaire à la Section des enquêtes spéciales de Revenu Canada — avec tout le dossier dans lequel étaient consignés en totalité ses communications, conversations et calculs antérieurs. En l’espèce, cette section s’est vue confié le soin d’examiner s’il y avait lieu de pousser l’enquête en vue d’éventuelles poursuites pour fraude fiscale. Le dossier révèle que, de façon générale, tous les renvois par la Section de la vérification des dossiers d’entreprises ne mènent pas au dépôt d’accusations, et qu’il arrive à l’occasion que des dossiers soient retournés à la Section de la vérification des dossiers d’entreprises lorsque la Section des enquêtes spéciales décide de ne pas procéder à une enquête criminelle.

Madame Goy-Edwards n’a pas tenté de communiquer avec l’appelant ou avec M. Burke pour les informer que le dossier n’était plus sous son contrôle. Deux jours plus tard, le 6 mai, Jim, le fils de l’appelant, a laissé un message vocal à la vérificatrice, lui indiquant qu’il allait envoyer le lundi suivant les relevés demandés de la Banque de Montréal. Ces relevés furent livrés le jour en question et transmis aux Enquêtes spéciales. Encore une fois, l’appelant, son fils et son comptable n’ont pas été informés du renvoi du dossier de l’appelant à la section des enquêtes.

Aux Enquêtes spéciales, le dossier de l’appelant a été confié à l’enquêteur Diane Chang. Vers la fin de mai 1994, M<sup>me</sup> Chang a rencontré M<sup>me</sup> Goy-Edwards pendant une à deux heures afin d’examiner le dossier. Peu de temps après, M<sup>me</sup> Chang a de nouveau dû communiquer avec M<sup>me</sup> Goy-Edwards pour obtenir des précisions sur certaines des notes contenues dans le dossier de la vérificatrice. Une ou deux conversations de cette nature ont peut-être eu lieu, mais rien au dossier ne donne à croire que M<sup>me</sup> Chang, ou un autre enquêteur, aurait ordonné ou demandé à M<sup>me</sup> Goy-Edwards d’obtenir d’autres renseignements de l’appelant ou à son sujet sous le couvert d’une vérification.

L’enquêteur a ensuite examiné les dossiers de M<sup>me</sup> Goy-Edwards, procédé à ses propres calculs et analyses et recueilli certains renseignements auprès d’autres sources internes pour déterminer s’il



reasonable and probable grounds to obtain a search warrant to further an investigation into tax evasion. In June 1994, Chang determined that such reasonable and probable grounds did exist, and began preparing an Information to Obtain A Search Warrant. For the next several months, Chang worked on the Information to Obtain and sought approval from her supervisors in Special Investigations to attend before an issuing justice. Departmental approval was not granted until November 1994, despite the fact that very little new information was received in the intervening period.

Meanwhile, Burke had been attempting to reach Goy-Edwards to obtain updates on the audit. As a consequence, Goy-Edwards contacted Chang. Goy-Edwards asked what an appropriate response would be. Chang told the auditor “to stall”: she did not want the appellant to discover that his file had been referred to Special Investigation. Contrary to departmental policy, which specifies that all contacts about a file should be recorded on “Forms T2020”, Chang did not record this conversation with Goy-Edwards.

On September 8, Burke again phoned Goy-Edwards to inquire about the file. She told him that she had been unable to make progress with the audit because of an injury; Goy-Edwards later testified that, shortly before that time, she had tumbled hard off of her bicycle, sustaining injuries to her head, torso, and legs. Goy-Edwards did not mention to Burke that she had referred the file to Special Investigations back in May. Burke left the appellant a message on the same day, keeping him abreast of what news the auditor had provided.

Burke left another message for Goy-Edwards on October 21, 1994, while the auditor was out of her office. Upon returning at the beginning of November, Goy-Edwards informed Moriarty that

existait des motifs raisonnables et probables d’obtenir un mandat de perquisition pour mener une enquête relativement à une fraude fiscale. En juin 1994, M<sup>me</sup> Chang a conclu à l’existence de tels motifs et a commencé à préparer une Dénonciation en vue d’obtenir un mandat de perquisition. Au cours des mois suivants, M<sup>me</sup> Chang s’est consacrée à la préparation de la dénonciation et a demandé l’approbation de ses superviseurs aux Enquêtes spéciales afin de comparaître devant un juge habilité à décerner un mandat. Elle n’a obtenu cette approbation qu’au mois de novembre 1994, malgré le fait que très peu de nouveaux renseignements ont été reçus dans l’intervalle.

Entre-temps, M. Burke avait tenté de joindre M<sup>me</sup> Goy-Edwards pour obtenir des nouvelles de la vérification. Madame Goy-Edwards a donc communiqué avec M<sup>me</sup> Chang et lui a demandé quelle réponse donner. Madame Chang a dit à la vérificatrice de [TRADUCTION] « gagner du temps » : elle ne voulait pas que l’appelant découvre que son dossier avait été renvoyé aux Enquêtes spéciales. En contravention de la politique ministérielle, selon laquelle toutes les communications relatives à un dossier doivent être consignées sur les « Formulaires T2020 », M<sup>me</sup> Chang a omis de faire état de sa conversation avec M<sup>me</sup> Goy-Edwards.

Le 8 septembre, M. Burke a de nouveau téléphoné à M<sup>me</sup> Goy-Edwards pour se renseigner sur l’état du dossier. Elle lui a répondu qu’elle n’avait pas réussi à faire avancer la vérification en raison d’une blessure dont elle avait été victime; M<sup>me</sup> Goy-Edwards a ultérieurement témoigné que, peu de temps auparavant, elle avait fait une mauvaise chute à bicyclette, se blessant à la tête, au torse et aux jambes. Madame Goy-Edwards n’a pas mentionné à M. Burke qu’elle avait renvoyé le dossier aux Enquêtes spéciales au mois de mai précédent. Le même jour, M. Burke a laissé un message à l’appelant pour le tenir au courant des nouvelles que lui avait communiquées la vérificatrice.

Le 21 octobre 1994, M. Burke a laissé un autre message pour M<sup>me</sup> Goy-Edwards, qui était alors absente du bureau. Lorsqu’elle est revenue au début de novembre, M<sup>me</sup> Goy-Edwards a informé

26

27

28

Burke had called. Moriarty, in turn, spoke to the Chief of the Special Investigations Section early on November 2 about how best to handle the issue. They determined, based on departmental policy, that if Goy-Edwards was asked about the file, she would have to “inform the [taxpayer] that the issue has been referred” to Special Investigations.

29 Also on November 2, and very shortly after this discussion, Goy-Edwards returned Burke’s call. The auditor left a message with the accountant’s wife to the effect that she had been out of town and that she “ha[d] nothing to report on the file”. In addition, Goy-Edwards asked that Burke be informed that “the file has been in a holding pattern due to other work demands including other projects”; the auditor later acknowledged that it was a mistake to use these terms to describe the status of the file.

30 Goy-Edwards recorded the details of the November 2 call on a Form T2020, which she then delivered to Chang. Concerned about the message Goy-Edwards had left for Burke, and troubled by the fact that she had personally given Goy-Edwards the instructions to stall, Chang approached her section manager.

31 Chang, the section manager, and the Chief of Special Investigations all met on November 3 to discuss the policy regarding disclosure to the appellant. Departmental policy was confirmed to be that, if Goy-Edwards or any other Revenue Canada official were asked anything about the appellant’s file, that person should explain that the file was in Special Investigations. All parties were aware of the message that Goy-Edwards had left for Burke on the previous day, and the section manager and the chief expressed bewilderment as to why the auditor had spoken as she did. Still, subsequent to this meeting, no remedial steps were

M. Moriarty que M. Burke avait téléphoné. Tôt dans la journée du 2 novembre, M. Moriarty a parlé au chef de la Section des enquêtes spéciales pour lui demander quelle serait la meilleure façon d’agir dans les circonstances. Sur le fondement de la politique ministérielle, ils ont convenu que M<sup>me</sup> Goy-Edwards devrait, en réponse à une demande de renseignements au sujet du dossier, [TRADUCTION] « informer [le contribuable] que la question avait été renvoyée » aux Enquêtes spéciales.

Également le 2 novembre, très peu de temps après la discussion en question, M<sup>me</sup> Goy-Edwards a rappelé M. Burke. La vérificatrice a laissé un message à l’épouse du comptable, l’informant qu’elle s’était absentée de la ville et qu’elle [TRADUCTION] « n’a[vait] rien à signaler relativement au dossier ». En outre, M<sup>me</sup> Goy-Edwards a demandé à ce que M. Burke soit informé que [TRADUCTION] « le dossier était en suspens en raison d’autres contraintes de travail, y compris d’autres projets »; la vérificatrice a plus tard reconnu qu’elle avait fait une erreur en utilisant ces termes pour décrire l’état du dossier.

Madame Goy-Edwards a consigné les détails de la conversation téléphonique du 2 novembre sur un formulaire T2020 qu’elle a ensuite remis à M<sup>me</sup> Chang. Préoccupée par le message que M<sup>me</sup> Goy-Edwards avait laissé à M. Burke et troublée par le fait qu’elle avait personnellement donné à M<sup>me</sup> Goy-Edwards la directive de gagner du temps, M<sup>me</sup> Chang est allée voir son chef de section.

Madame Chang, le chef de section et le chef des Enquêtes spéciales se sont rencontrés le 3 novembre pour discuter de la politique applicable concernant la divulgation de renseignements à l’appellant. Il fut alors confirmé que la politique ministérielle exigeait que quiconque (M<sup>me</sup> Goy-Edwards ou tout autre fonctionnaire de Revenu Canada) recevrait une demande de renseignements au sujet du dossier de l’appellant explique que le dossier avait été confié aux Enquêtes spéciales. Toutes les personnes présentes étaient au courant du message que M<sup>me</sup> Goy-Edwards avait laissé à M. Burke la veille; le chef de section et le chef des Enquêtes spéciales se sont dit

taken to advise either Burke or the appellant of the file's transfer.

On November 23, 1994, Chang swore the Information to Obtain before Fradsham Prov. Ct. J. in Calgary. Chang based her grounds for belief that the appellant had committed offences, in part, upon analyses that she had conducted from the books and records that the appellant had provided to Goy-Edwards at the April 11 meeting.

A warrant was issued under s. 487 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, authorizing searches of the appellant's residence, Burke's residence (place of business), and the Calgary office of Revenue Canada (in order to seize the books and records that Goy-Edwards had borrowed from the appellant during the April 11 meeting). The warrant was executed at all three locations on November 29. The fruit of the searches ultimately served as a substantial portion of the respondent Crown's evidence at the appellant's trial.

In early 1995, Chang drew up requirement letters pursuant to s. 231.2(1) of the ITA. These were issued to the appellant's various banking institutions, which complied with the requirements and provided Chang with the documentation which she sought.

The appellant was brought to trial on three counts of making false or deceptive statements in an income tax return (s. 239(1)(a) of the ITA) and two counts of wilfully evading or attempting to evade payment of taxes (s. 239(1)(d) of the ITA). The respondent sought to tender documents seized pursuant to the warrant. The appellant objected, and two separate *voir dire*s were held to determine the admissibility of the documents.

Coincidentally, the issuing justice, Judge Fradsham, was also the trial judge. He felt that the audit had effectively become an investigation as

stupéfaits que la vérificatrice ait agi ainsi. Malgré tout, aucune mesure n'a été prise à la suite de cette rencontre pour informer M. Burke ou l'appelant du transfert du dossier.

Le 23 novembre 1994, M<sup>me</sup> Chang a présenté sous serment la Dénonciation en vue d'obtenir un mandat de perquisition au juge Fradsham de la Cour provinciale à Calgary. Ses motifs de croire que l'appelant avait commis des infractions s'appuyaient en partie sur des analyses auxquelles elle avait procédé à partir des livres et registres que l'appelant avait remis à M<sup>me</sup> Goy-Edwards lors de la rencontre du 11 avril.

Un mandat a été décerné en vertu de l'art. 487 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46; il autorisait des perquisitions à la résidence de l'appelant, à la résidence (lieu d'affaires) de M. Burke et au bureau de Revenu Canada à Calgary (afin d'y saisir les livres et registres que M<sup>me</sup> Goy-Edwards avait empruntés à l'appelant lors de la rencontre du 11 avril). Le mandat a été exécuté aux trois endroits le 29 novembre. Le produit de ces perquisitions constitue une partie importante de la preuve que le ministère public intimé a finalement produite au procès de l'appelant.

Au début de 1995, M<sup>me</sup> Chang a rédigé des demandes péremptoires en conformité avec le par. 231.2(1) de la LIR. Ces demandes ont été faites aux diverses institutions bancaires de l'appelant; ces dernières y ont obtempéré et ont fourni à M<sup>me</sup> Chang les documents qu'elle avait demandés.

L'appelant a subi son procès relativement à trois chefs l'accusant d'avoir fait des déclarations fausses ou trompeuses dans une déclaration de revenu (al. 239(1)(a) de la LIR) et à deux chefs alléguant qu'il avait volontairement éludé ou tenté d'éluder le paiement d'un impôt (al. 239(1)(d) de la LIR). L'intimée a voulu produire les documents saisis en exécution du mandat. L'appelant s'y est opposé; on a tenu deux *voir-dire* distincts pour déterminer l'admissibilité des documents.

Par coïncidence, le juge Fradsham, qui avait décerné le mandat, a également présidé le procès. Selon lui, la vérification était effectivement devenue

32

33

34

35

36

of March 16, 1994, and excluded all information obtained by ss. 231.1(1) and 231.2(1) from that day forward: (1997), 195 A.R. 251 (Prov. Ct.) and (1997), 204 A.R. 123 (Prov. Ct.). Judge Fradsham granted the appellant's motion for a directed verdict of acquittal on August 7, 1997. The respondent's appeal to the Court of Queen's Bench of Alberta was successful, and a new trial was ordered: (1998), 225 A.R. 225. The Court of Appeal of Alberta dismissed a further appeal, and affirmed the summary conviction appeal judge's order for a new trial: (2000), 271 A.R. 263. The appellant was granted leave to appeal to this Court on May 17, 2001: [2001] 1 S.C.R. xii.

## II. Relevant Statutory and Constitutional Provisions

37 *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.)

**231.1** (1) An authorized person may, at all reasonable times, for any purpose related to the administration or enforcement of this Act,

(a) inspect, audit or examine the books and records of a taxpayer and any document of the taxpayer or of any other person that relates or may relate to the information that is or should be in the books or records of the taxpayer or to any amount payable by the taxpayer under this Act, and

(b) examine property in an inventory of a taxpayer and any property or process of, or matter relating to, the taxpayer or any other person, an examination of which may assist the authorized person in determining the accuracy of the inventory of the taxpayer or in ascertaining the information that is or should be in the books or records of the taxpayer or any amount payable by the taxpayer under this Act,

and for those purposes the authorized person may

(c) subject to subsection (2), enter into any premises or place where any business is carried on, any property is kept, anything is done in connection with any business or any books or records are or should be kept, and

une enquête le 16 mars 1994 et il a exclu tous les renseignements obtenus à partir de cette date au moyen des par. 231.1(1) et 231.2(1) : (1997), 195 A.R. 251 (C. prov.) et (1997), 204 A.R. 123 (C. prov.). Le 7 août 1997, le juge Fradsham a accueilli la requête de l'appelant sollicitant un verdict imposé d'acquiescement. L'intimée a eu gain de cause en appel auprès de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, et cette dernière a ordonné la tenue d'un nouveau procès : (1998), 225 A.R. 225. La Cour d'appel de l'Alberta a rejeté l'appel de cette décision et confirmé l'ordonnance de nouveau procès rendue par le juge d'appel des poursuites sommaires : (2000), 271 A.R. 263. L'appelant a obtenu l'autorisation de former un pourvoi devant notre Cour le 17 mai 2001 : [2001] 1 R.C.S. xii.

## II. Les dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes

*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.)

**231.1** (1) Une personne autorisée peut, à tout moment raisonnable, pour l'application et l'exécution de la présente loi, à la fois :

a) inspecter, vérifier ou examiner les livres et registres d'un contribuable ainsi que tous documents du contribuable ou d'une autre personne qui se rapportent ou peuvent se rapporter soit aux renseignements qui figurent dans les livres ou registres du contribuable ou qui devraient y figurer, soit à tout montant payable par le contribuable en vertu de la présente loi;

b) examiner les biens à porter à l'inventaire d'un contribuable, ainsi que tout bien ou tout procédé du contribuable ou d'une autre personne ou toute matière concernant l'un ou l'autre, dont l'examen peut aider la personne autorisée à établir l'exactitude de l'inventaire du contribuable ou à contrôler soit les renseignements qui figurent dans les livres ou registres du contribuable ou qui devraient y figurer, soit tout montant payable par le contribuable en vertu de la présente loi;

à ces fins, la personne autorisée peut :

c) sous réserve du paragraphe (2), pénétrer dans un lieu où est exploitée une entreprise, est gardé un bien, est faite une chose en rapport avec une entreprise ou sont tenus ou devraient l'être des livres ou registres;

(d) require the owner or manager of the property or business and any other person on the premises or place to give the authorized person all reasonable assistance and to answer all proper questions relating to the administration or enforcement of this Act and, for that purpose, require the owner or manager to attend at the premises or place with the authorized person.

(2) Where any premises or place referred to in paragraph (1)(c) is a dwelling-house, an authorized person may not enter that dwelling-house without the consent of the occupant except under the authority of a warrant under subsection (3).

(3) Where, on *ex parte* application by the Minister, a judge is satisfied by information on oath that

(a) there are reasonable grounds to believe that a dwelling-house is a premises or place referred to in paragraph (1)(c),

(b) entry into the dwelling-house is necessary for any purpose relating to the administration or enforcement of this Act, and

(c) entry into the dwelling-house has been, or there are reasonable grounds to believe that entry will be, refused,

the judge may issue a warrant authorizing an authorized person to enter the dwelling-house subject to such conditions as are specified in the warrant but, where the judge is not satisfied that entry into the dwelling-house is necessary for any purpose relating to the administration or enforcement of this Act, the judge may

(d) order the occupant of the dwelling-house to provide to an authorized person reasonable access to any document or property that is or should be kept in the dwelling-house, and

(e) make such other order as is appropriate in the circumstances to carry out the purposes of this Act,

to the extent that access was or may be expected to be refused and that the document or property is or may be expected to be kept in the dwelling-house.

**231.2** (1) Notwithstanding any other provision of this Act, the Minister may, subject to subsection (2), for any purpose related to the administration or enforcement of this Act, by notice served personally or by registered or certified mail, require that any person provide, within such reasonable time as is stipulated in the notice,

d) requérir le propriétaire, ou la personne ayant la gestion, du bien ou de l'entreprise ainsi que toute autre personne présente sur les lieux de lui fournir toute l'aide raisonnable et de répondre à toutes les questions pertinentes à l'application et l'exécution de la présente loi et, à cette fin, requérir le propriétaire, ou la personne ayant la gestion, de l'accompagner sur les lieux.

(2) Lorsque le lieu mentionné à l'alinéa (1)c) est une maison d'habitation, une personne autorisée ne peut y pénétrer sans la permission de l'occupant, à moins d'y être autorisée par un mandat décerné en vertu du paragraphe (3).

(3) Sur requête *ex parte* du ministre, le juge saisi peut décerner un mandat qui autorise une personne autorisée à pénétrer dans une maison d'habitation aux conditions précisées dans le mandat, s'il est convaincu, sur dénonciation sous serment, de ce qui suit :

a) il existe des motifs raisonnables de croire que la maison d'habitation est un lieu mentionné à l'alinéa (1)c);

b) il est nécessaire d'y pénétrer pour l'application ou l'exécution de la présente loi;

c) un refus d'y pénétrer a été opposé, ou il existe des motifs raisonnables de croire qu'un tel refus sera opposé.

Dans la mesure où un refus de pénétrer dans la maison d'habitation a été opposé ou pourrait l'être et où des documents ou biens sont gardés dans la maison d'habitation ou pourraient l'être, le juge qui n'est pas convaincu qu'il est nécessaire de pénétrer dans la maison d'habitation pour l'application ou l'exécution de la présente loi peut ordonner à l'occupant de la maison d'habitation de permettre à une personne autorisée d'avoir raisonnablement accès à tous documents ou biens qui sont gardés dans la maison d'habitation ou devraient y être gardés et rendre toute autre ordonnance indiquée en l'espèce pour l'application de la présente loi.

**231.2** (1) Malgré les autres dispositions de la présente loi, le ministre peut, sous réserve du paragraphe (2) et, pour l'application et l'exécution de la présente loi, par avis signifié à personne ou envoyé par courrier recommandé ou certifié, exiger d'une personne, dans le délai raisonnable que précise l'avis :



(a) any information or additional information, including a return of income or a supplementary return; or

(b) any document.

. . .

**231.3** (1) A judge may, on *ex parte* application by the Minister, issue a warrant in writing authorizing any person named therein to enter and search any building, receptacle or place for any document or thing that may afford evidence as to the commission of an offence under this Act and to seize the document or thing and, as soon as practicable, bring it before, or make a report in respect of it to, the judge or, where the judge is unable to act, another judge of the same court to be dealt with by the judge in accordance with this section.

(2) An application under subsection (1) shall be supported by information on oath establishing the facts on which the application is based.

(3) A judge may issue the warrant referred to in subsection (1) where the judge is satisfied that there are reasonable grounds to believe that

(a) an offence under this Act was committed;

(b) a document or thing that may afford evidence of the commission of the offence is likely to be found; and

(c) the building, receptacle or place specified in the application is likely to contain such a document or thing.

(4) A warrant issued under subsection (1) shall refer to the offence for which it is issued, identify the building, receptacle or place to be searched and the person alleged to have committed the offence and it shall be reasonably specific as to any document or thing to be searched for and seized.

(5) Any person who executes a warrant under subsection (1) may seize, in addition to the document or thing referred to in that subsection, any other document or thing that the person believes on reasonable grounds affords evidence of the commission of an offence under this Act and shall as soon as practicable bring the document or thing before, or make a report in respect thereof to, the judge who issued the warrant or, where the judge is unable to act, another judge of the same court to be dealt with by the judge in accordance with this section.

a) qu'elle fournisse tout renseignement ou tout renseignement supplémentaire, y compris une déclaration de revenu ou une déclaration supplémentaire;

b) qu'elle produise des documents.

. . .

**231.3** (1) Sur requête *ex parte* du ministre, un juge peut décerner un mandat écrit qui autorise toute personne qui y est nommée à pénétrer dans tout bâtiment, contenant ou endroit et y perquisitionner pour y chercher des documents ou choses qui peuvent constituer des éléments de preuve de la perpétration d'une infraction à la présente loi, à saisir ces documents ou choses et, dès que matériellement possible, soit à les apporter au juge ou, en cas d'incapacité de celui-ci, à un autre juge du même tribunal, soit à lui en faire rapport, pour que le juge en dispose conformément au présent article.

(2) La requête visée au paragraphe (1) doit être appuyée par une dénonciation sous serment qui expose les faits au soutien de la requête.

(3) Le juge saisi de la requête peut décerner le mandat mentionné au paragraphe (1) s'il est convaincu qu'il existe des motifs raisonnables de croire ce qui suit :

a) une infraction prévue par la présente loi a été commise;

b) des documents ou choses qui peuvent constituer des éléments de preuve de la perpétration de l'infraction seront vraisemblablement trouvés;

c) le bâtiment, contenant ou endroit précisé dans la requête contient vraisemblablement de tels documents ou choses.

(4) Un mandat décerné en vertu du paragraphe (1) doit indiquer l'infraction pour laquelle il est décerné, dans quel bâtiment, contenant ou endroit perquisitionner ainsi que la personne à qui l'infraction est imputée. Il doit donner suffisamment de précisions sur les documents ou choses à chercher et à saisir.

(5) Quiconque exécute un mandat décerné en vertu du paragraphe (1) peut saisir, outre les documents ou choses mentionnés à ce paragraphe, tous autres documents ou choses qu'il croit, pour des motifs raisonnables, constituer des éléments de preuve de la perpétration d'une infraction à la présente loi. Il doit, dès que matériellement possible, soit apporter ces documents ou choses au juge qui a décerné le mandat ou, en cas d'incapacité de celui-ci, à un autre juge du même tribunal, soit lui en faire rapport, pour que le juge en dispose conformément au présent article.



(6) Subject to subsection (7), where any document or thing seized under subsection (1) or (5) is brought before a judge or a report in respect thereof is made to a judge, the judge shall, unless the Minister waives retention, order that it be retained by the Minister, who shall take reasonable care to ensure that it is preserved until the conclusion of any investigation into the offence in relation to which the document or thing was seized or until it is required to be produced for the purposes of a criminal proceeding.

(7) Where any document or thing seized under subsection (1) or (5) is brought before a judge or a report in respect thereof is made to a judge, the judge may, of the judge's own motion or on summary application by a person with an interest in the document or thing on three clear days notice of application to the Deputy Attorney General of Canada, order that the document or thing be returned to the person from whom it was seized or the person who is otherwise legally entitled thereto if the judge is satisfied that the document or thing

(a) will not be required for an investigation or a criminal proceeding; or

(b) was not seized in accordance with the warrant or this section.

(8) The person from whom any document or thing is seized pursuant to this section is entitled, at all reasonable times and subject to such reasonable conditions as may be imposed by the Minister, to inspect the document or thing and to obtain one copy of the document at the expense of the Minister.

**239. (1) Every person who has**

(a) made, or participated in, assented to or acquiesced in the making of, false or deceptive statements in a return, certificate, statement or answer filed or made as required by or under this Act or a regulation,

(b) to evade payment of a tax imposed by this Act, destroyed, altered, mutilated, secreted or otherwise disposed of the records or books of account of a taxpayer,

(c) made, or assented to or acquiesced in the making of, false or deceptive entries, or omitted, or assented to or acquiesced in the omission, to enter a material particular, in records or books of account of a taxpayer,

(d) wilfully, in any manner, evaded or attempted to evade compliance with this Act or payment of taxes imposed by this Act, or

(6) Sous réserve du paragraphe (7), lorsque des documents ou choses saisis en vertu du paragraphe (1) ou (5) sont apportés à un juge ou qu'il en est fait rapport à un juge, ce juge ordonne que le ministre les retienne sauf si celui-ci y renonce. Le ministre qui retient des documents ou choses doit en prendre raisonnablement soin pour s'assurer de leur conservation jusqu'à la fin de toute enquête sur l'infraction en rapport avec laquelle les documents ou choses ont été saisis ou jusqu'à ce que leur production soit exigée dans le cadre d'une procédure criminelle.

(7) Le juge à qui des documents ou choses saisis en vertu du paragraphe (1) ou (5) sont apportés ou à qui il en est fait rapport peut, d'office ou sur requête sommaire d'une personne ayant un droit sur ces documents ou choses avec avis au sous-procureur général du Canada trois jours francs avant qu'il y soit procédé, ordonner que ces documents ou choses soient restitués au saisi ou à la personne qui y a légalement droit par ailleurs, s'il est convaincu que ces documents ou choses :

a) soit ne seront pas nécessaires à une enquête ou à une procédure criminelle;

b) soit n'ont pas été saisis conformément au mandat ou au présent article.

(8) Le saisi a le droit, à tout moment raisonnable et aux conditions raisonnables que peut imposer le ministre, d'examiner les documents ou choses saisis conformément au présent article et d'obtenir reproduction des documents aux frais du ministre en une seule copie.

**239. (1) Toute personne qui, selon le cas :**

a) a fait des déclarations fausses ou trompeuses, ou a participé, consenti ou acquiescé à leur énonciation dans une déclaration, un certificat, un état ou une réponse produits, présentés ou faits en vertu de la présente loi ou de son règlement;

b) a, pour éluder le paiement d'un impôt établi par la présente loi, détruit, altéré, mutilé, caché les registres ou livres de comptes d'un contribuable ou en a disposé autrement;

c) a fait des inscriptions fausses ou trompeuses, ou a consenti ou acquiescé à leur accomplissement, ou a omis, ou a consenti ou acquiescé à l'omission d'inscrire un détail important dans les registres ou livres de comptes d'un contribuable;

d) a, volontairement, de quelque manière, éludé ou tenté d'éluder l'observation de la présente loi ou le paiement d'un impôt établi en vertu de cette loi;

(e) conspired with any person to commit an offence described in paragraphs (a) to (d),

is guilty of an offence and, in addition to any penalty otherwise provided, is liable on summary conviction to

(f) a fine of not less than 50%, and not more than 200%, of the amount of the tax that was sought to be evaded, or

(g) both the fine described in paragraph (f) and imprisonment for a term not exceeding 2 years.

(2) Every person who is charged with an offence described in subsection (1) may, at the election of the Attorney General of Canada, be prosecuted on indictment and, if convicted, is, in addition to any penalty otherwise provided, liable to

(a) a fine of not less than 100%, and not more than 200%, of the amount of the tax that was sought to be evaded; and

(b) imprisonment for a term not exceeding 5 years.

. . .

**241.** (1) Except as authorized by this section, no official shall

(a) knowingly provide, or knowingly allow to be provided, to any person any taxpayer information;

(b) knowingly allow any person to have access to any taxpayer information; or

(c) knowingly use any taxpayer information otherwise than in the course of the administration or enforcement of this Act, the *Canada Pension Plan* or the *Unemployment Insurance Act* or for the purpose for which it was provided under this section.

(2) Notwithstanding any other Act of Parliament or other law, no official shall be required, in connection with any legal proceedings, to give or produce evidence relating to any taxpayer information.

(3) Subsections (1) and (2) do not apply in respect of

(a) criminal proceedings, either by indictment or on summary conviction, that have been commenced by the laying of an information or the preferring of an indictment, under an Act of Parliament; or

e) a conspiré avec une personne pour commettre une infraction visée aux alinéas a) à d),

commet une infraction et, en plus de toute autre pénalité prévue par ailleurs, encourt, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire :

f) soit une amende de 50 % à 200 % de l'impôt que cette personne a tenté d'éluder;

g) soit à la fois l'amende prévue à l'alinéa f) et un emprisonnement d'au plus 2 ans.

(2) Toute personne accusée d'une infraction visée au paragraphe (1) peut, au choix du procureur général du Canada, être poursuivie par voie de mise en accusation et, si elle est déclarée coupable, encourt, outre toute pénalité prévue par ailleurs :

a) d'une part, une amende de 100 % à 200 % de l'impôt que cette personne a tenté d'éluder;

b) d'autre part, un emprisonnement maximal de cinq ans.

. . .

**241.** (1) Sauf autorisation prévue au présent article, il est interdit à un fonctionnaire :

a) de fournir sciemment à quiconque un renseignement confidentiel ou d'en permettre sciemment la prestation;

b) de permettre sciemment à quiconque d'avoir accès à un renseignement confidentiel;

c) d'utiliser sciemment un renseignement confidentiel autrement que dans le cadre de l'application ou de l'exécution de la présente loi, du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l'assurance-chômage*, ou à une autre fin que celle pour laquelle il a été fourni en application du présent article.

(2) Malgré toute autre loi ou règle de droit, nul fonctionnaire ne peut être requis, dans le cadre d'une procédure judiciaire, de témoigner, ou de produire quoi que ce soit, relativement à un renseignement confidentiel.

(3) Les paragraphes (1) et (2) ne s'appliquent :

a) ni aux poursuites criminelles, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire ou sur acte d'accusation, engagées par le dépôt d'une dénonciation ou d'un acte d'accusation, en vertu d'une loi fédérale;

(b) any legal proceedings relating to the administration or enforcement of this Act, the *Canada Pension Plan* or the *Unemployment Insurance Act* or any other Act of Parliament or law of a province that provides for the imposition or collection of a tax or duty.

. . .

(4) An official may

(a) provide to any person taxpayer information that can reasonably be regarded as necessary for the purposes of the administration or enforcement of this Act, the *Canada Pension Plan* or the *Unemployment Insurance Act*, solely for that purpose;

(b) provide to any person taxpayer information that can reasonably be regarded as necessary for the purposes of determining any tax, interest, penalty or other amount that is or may become payable by the person, or any refund or tax credit to which the person is or may become entitled, under this Act or any other amount that is relevant for the purposes of that determination;

. . .

(5) An official may provide taxpayer information relating to a taxpayer

(a) to the taxpayer; and

(b) with the consent of the taxpayer, to any other person.

#### *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

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

b) ni aux procédures judiciaires ayant trait à l'application ou à l'exécution de la présente loi, du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l'assurance-chômage* ou de toute autre loi fédérale ou provinciale qui prévoit l'imposition ou la perception d'un impôt, d'une taxe ou d'un droit.

. . .

(4) Un fonctionnaire peut :

a) fournir à une personne un renseignement confidentiel qu'il est raisonnable de considérer comme nécessaire à l'application ou à l'exécution de la présente loi, du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l'assurance-chômage*, mais uniquement à cette fin;

b) fournir à une personne un renseignement confidentiel qu'il est raisonnable de considérer comme nécessaire à la détermination de quelque impôt, intérêt, pénalité ou autre montant payable par la personne, ou pouvant le devenir, ou de quelque crédit d'impôt ou remboursement auquel elle a droit, ou pourrait avoir droit, en vertu de la présente loi, ou de tout autre montant à prendre en compte dans une telle détermination;

. . .

(5) Un fonctionnaire peut fournir un renseignement confidentiel :

a) au contribuable en cause;

b) à toute autre personne, avec le consentement du contribuable en cause.

#### *Charte canadienne des droits et libertés*

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

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

is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

### III. Judicial History

A. *Provincial Court of Alberta — Criminal Division* (1997), 195 A.R. 251 (First voir dire)

38

Judge Fradsham's extensive reasons were issued on February 25, 1997. Applying the "predominant purpose" test enunciated in *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3, he concluded at para. 50 that, during the April 11 meeting, Goy-Edwards was "seeking out confirmatory proof of her opinion that this was a matter of serious underreporting of income which should be prosecutorially [*sic*] pursued by Special Investigations". In his view, she was conducting an investigation, and not a mere audit.

39

Following *R. v. Norway Insulation Inc.* (1995), 23 O.R. (3d) 432 (Gen. Div.), Judge Fradsham held that s. 8 of the *Charter* precludes the use of s. 231.1(1) powers to further an investigation, in contradistinction to an audit. When an investigation of s. 239 offences is underway, the taxpayer who is the object of the investigation is entitled to exercise his or her right to silence. In this case, the appellant had been told that an audit was underway, and Judge Fradsham therefore took him to have been labouring under the presumption that he was obliged to co-operate. The failure to caution the appellant on that occasion violated his rights under s. 7 of the *Charter*. The statements and documents obtained at the meeting were therefore "tainted", and reference to them in the Information to Obtain had to be removed. Judge Fradsham also excised certain paragraphs from the Information to Obtain on the basis of the fact that they were erroneous. What remained, in Judge Fradsham's opinion, did not provide "reasonable grounds to believe that in the place sought to be searched there are things that will afford evidence of the commission of an offence" (para. 106). As a result, the execution of the search and seizure violated the appellant's s. 8

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.

### III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour provinciale de l'Alberta — Division criminelle* (1997), 195 A.R. 251 (premier voir-dire)

Le 25 février 1997, le juge Fradsham a déposé des motifs étoffés. Appliquant le critère de l'« objet prédominant » formulé dans l'arrêt *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3, le juge a conclu, au par. 50, qu'au cours de la rencontre du 11 avril, M<sup>me</sup> Goy-Edwards [TRADUCTION] « cherchait à obtenir la confirmation de ce qui, selon elle, constituait un grave manque à déclarer relativement auquel les Enquêtes spéciales devraient engager des poursuites ». De l'avis du juge, M<sup>me</sup> Goy-Edwards procédait alors à une enquête et non à une simple vérification.

Appliquant la décision *R. c. Norway Insulation Inc.* (1995), 23 O.R. (3d) 432 (Div. gén.), le juge Fradsham a affirmé que l'art. 8 de la *Charte* empêche l'exercice des pouvoirs prévus au par. 231.1(1) pour effectuer une enquête par opposition à une vérification. Lorsque se déroule une enquête relativement à des infractions prévues à l'art. 239, le contribuable visé peut exercer son droit de garder le silence. En l'espèce, on avait dit à l'appellant que l'on procédait à une vérification et le juge Fradsham a donc tenu pour acquis que l'appellant avait présumé qu'il était tenu de coopérer. L'omission de mettre l'appellant en garde lors de cette rencontre portait atteinte aux droits que lui garantit l'art. 7 de la *Charte*. Les déclarations et les documents obtenus lors de la rencontre étaient donc « viciés » et il fallait en exclure toute mention dans la Dénonciation en vue d'obtenir un mandat de perquisition. Le juge Fradsham a de plus retranché certains paragraphes de la Dénonciation en vue d'obtenir un mandat de perquisition parce qu'ils comportaient des erreurs. De l'avis du juge Fradsham, ce qui restait ne donnait pas [TRADUCTION] « des motifs raisonnables de croire que dans le lieu où l'on veut perquisitionner se trouvent des choses qui constitueront des éléments

*Charter* rights. Judge Fradsham excluded the evidence under s. 24(2) of the *Charter*.

B. *Provincial Court of Alberta — Criminal Division* (1997), 204 A.R. 123 (Second *voir dire*)

A second *voir dire* was held in June 1997, to determine the admissibility of the banking records obtained by the requirement letters. On this occasion, Judge Fradsham held that the audit had effectively become an investigation as of March 16, 1994, since by that date, “Ms. Goy-Edwards had already arranged for her supervisor to attend the April 11 meeting” (para. 5). In his view, Revenue Canada was unable to rely upon its “audit tools” from that day forward. Judge Fradsham found that all banking information obtained by way of s. 231.2(1) after March 16 should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

C. *Court of Queen’s Bench of Alberta* (1998), 225 A.R. 225

Subsequent to Judge Fradsham’s granting a directed verdict of acquittal, the respondent sought to appeal this ruling, along with the earlier evidentiary rulings, to the Court of Queen’s Bench. In an oral judgment, the summary conviction appeal judge held that only the appellant’s utterances from the April 11 meeting should have been excluded from the Information to Obtain. Lutz J. found, at para. 12, that the other evidence (i.e., the banking documents, sales books, etc.), was “to a great extent already in the possession of the [respondent].” Excising the tainted allegations from the Information to Obtain, he found that the search warrant was still validly issued; therefore, no s. 8 breach occurred.

de preuve de la perpétration d’une infraction » (par. 106). C’est pourquoi l’exécution de la perquisition et de la saisie allait à l’encontre des droits que l’art. 8 garantit à l’appelant. Le juge Fradsham a écarté les éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*.

B. *Cour provinciale de l’Alberta — Division criminelle* (1997), 204 A.R. 123 (deuxième *voir dire*)

En juin 1997, on a tenu un deuxième *voir-dire* pour établir l’admissibilité des registres bancaires obtenus à la suite des demandes péremptoires. Le juge Fradsham a alors décidé que la vérification était effectivement devenue une enquête le 16 mars 1994 puisqu’à ce moment, [TRADUCTION] « M<sup>me</sup> Goy-Edwards avait déjà pris des dispositions pour que son superviseur puisse assister à la rencontre du 11 avril » (par. 5). De l’avis du juge, à partir de ce moment-là, Revenu Canada ne pouvait plus avoir recours à ses [TRADUCTION] « mécanismes de vérification ». Le juge Fradsham a conclu que tous les renseignements bancaires obtenus au moyen du par. 231.2(1) après le 16 mars devaient être écartés en application du par. 24(2) de la *Charte*.

C. *Cour du Banc de la Reine de l’Alberta* (1998), 225 A.R. 225

L’intimée a formé un appel à la Cour du Banc de la Reine contre la décision du juge Fradsham d’accorder un verdict imposé d’acquiescement et ses décisions antérieures concernant la preuve. Dans un jugement rendu oralement, le juge d’appel des poursuites sommaires a conclu que seules les déclarations faites lors de la rencontre du 11 avril devaient être exclues de la Dénonciation en vue d’obtenir un mandat de perquisition. Au paragraphe 12 de ses motifs, le juge Lutz a précisé que les autres éléments de preuve (les documents bancaires, les registres de ventes, etc.) se trouvaient [TRADUCTION] « déjà en grande partie en possession de [l’intimée] ». Même après avoir retranché les allégations viciées de la Dénonciation en vue d’obtenir un mandat de perquisition, le juge a conclu que le mandat de perquisition avait été validement décerné; il n’y avait donc pas eu violation de l’art. 8.

42 Lutz J. did, however, uphold Judge Fradsham's ruling on the bank statements obtained pursuant to the requirements, as well as his ruling on the application of s. 24(2) of the *Charter*.

D. *Court of Appeal of Alberta* (2000), 271 A.R. 263

43 Berger J.A., for the court, affirmed the summary conviction appeal judge's order for a new trial. He held that only the appellant's statements ought to have been excluded from the Information to Obtain, pursuant to s. 7 of the *Charter*. The other documents and records were not "derivative evidence", and were admissible. Berger J.A. also upheld the warrant on amplification and found no s. 8 breach. He declined to find that the s. 7 breach was so egregious as to warrant excluding the evidence obtained by the searches under s. 24(2) of the *Charter*.

#### IV. Issues

44 This appeal raises the following specific issues:

1. Did the Court of Appeal of Alberta err in ruling the April 11, 1994 oral statements inadmissible?
2. Did the Court of Appeal of Alberta err in admitting the documents given to the auditors on April 11, 1994?
3. Did the Court of Appeal of Alberta err in finding that amplification saved the search warrant?
4. Should the banking records obtained under s. 231.2 of the ITA be excluded?

The respondent concedes the third issue, in light of *R. v. Araujo*, [2000] 2 S.C.R. 992, 2000 SCC 65. And in our analysis, we have melded the others for the purposes of discussion.

Toutefois, le juge Lutz a confirmé la décision du juge Fradsham quant aux relevés bancaires obtenus en exécution des demandes péremptoires ainsi que celle portant sur l'application du par. 24(2) de la *Charte*.

D. *Cour d'appel de l'Alberta* (2000), 271 A.R. 263

Le juge Berger, s'exprimant au nom de la cour, a confirmé l'ordonnance de nouveau procès rendue par le juge d'appel des poursuites sommaires. À son avis, seules les déclarations de l'appelant auraient dû être exclues de la Dénonciation en vue d'obtenir un mandat de perquisition, en conformité avec l'art. 7 de la *Charte*. Les autres documents et registres ne constituaient pas une [TRADUCTION] « preuve dérivée » et étaient admissibles. Le juge Berger a également confirmé le mandat sur amplification et conclu à l'absence de violation de l'art. 8. Il a refusé de statuer que la gravité de la contravention à l'art. 7 justifiait d'écarter, en application du par. 24(2) de la *Charte*, les éléments de preuve obtenus lors des perquisitions.

#### IV. Les questions en litige

Le présent pourvoi soulève les questions suivantes :

1. La Cour d'appel de l'Alberta a-t-elle commis une erreur en statuant que les déclarations orales du 11 avril 1994 étaient inadmissibles?
2. La Cour d'appel de l'Alberta a-t-elle commis une erreur en admettant les documents remis aux vérificateurs le 11 avril 1994?
3. La Cour d'appel de l'Alberta a-t-elle commis une erreur en affirmant que le mandat de perquisition avait été validé par l'amplification?
4. Y a-t-il lieu d'exclure les registres bancaires obtenus en vertu de l'art. 231.2 de la LIR?

À la lumière de l'arrêt *R. c. Araujo*, [2000] 2 R.C.S. 992, 2000 CSC 65, l'intimée concède la troisième question. Dans notre analyse, nous avons fusionné les autres questions pour fins d'examen.



V. Analysis

The determination of this appeal will turn on the overarching questions set out in the first paragraph of these reasons. Is there an audit/investigation distinction under the ITA? Where is the line between the two functions drawn? To what extent do taxpayers under investigation for ITA offences benefit from the principle against self-incrimination under s. 7 of the *Charter*? Is a s. 8 violation made out where documents are obtained under colour of the ITA's "audit powers" after a prosecutorial investigation has commenced?

By way of introduction to these issues, it is useful to discuss the statutory context of the ITA, and whether s. 239 offences are properly considered regulatory or criminal for the purposes of *Charter* analysis. Second, we will turn to the *Charter* provisions at issue, and the manner in which they receive application. Third, we shall consider whether an audit/investigation distinction exists under the ITA, and whether ss. 231.1(1) and 231.2(1) can be employed for the investigation of a s. 239 offence. After answering that question, we will set out a test to determine those circumstances in which the predominant purpose of an inquiry is the determination of penal liability. Finally, we will discuss the consequences under the *Charter* of an audit's having become a criminal investigation.

A. *Overview of the Statutory Context*(1) The Income Tax Act

The ITA legislative scheme has received ample attention from this Court. While it is not necessary in this appeal to engage in a detailed review of ITA jurisprudence, in the interest of situating the statutory provisions at issue in their proper context, we shall commence our analysis with a brief overview of some important features of the Canadian income tax system and the manner in which it is administered.

V. Analyse

L'issue du présent pourvoi dépend de la réponse aux questions primordiales formulées au premier paragraphe des présents motifs. Existe-t-il une distinction entre une vérification et une enquête sous le régime de la LIR? Où se situe la ligne de démarcation entre ces deux fonctions? Dans quelle mesure les contribuables visés par une enquête relative à des infractions à la LIR sont-ils protégés par le principe interdisant l'auto-incrimination par application de l'art. 7 de la *Charte*? Y a-t-il violation de l'art. 8 lorsque des documents sont obtenus sous le couvert des « pouvoirs de vérification » conférés par la LIR après le début d'une enquête criminelle?

En guise d'introduction à l'examen de ces questions, il s'avère utile d'examiner le contexte législatif de la LIR et de déterminer si les infractions créées par l'art. 239 sont à bon droit considérées comme de nature réglementaire ou criminelle pour fins d'analyse fondée sur la *Charte*. Deuxièmement, nous examinerons les dispositions en cause de la *Charte* et la façon dont elles sont appliquées. Troisièmement, nous déterminerons s'il existe une distinction entre une vérification et une enquête sous le régime de la LIR et si les par. 231.1(1) et 231.2(1) peuvent être employés pour les besoins d'une enquête sur une infraction visée par l'art. 239. Après avoir répondu à cette question, nous formulerons un critère visant à établir dans quelles circonstances l'examen a pour objet prédominant d'établir la responsabilité pénale du contribuable. Enfin, nous examinerons les conséquences, au regard à la *Charte*, de la transformation d'une vérification en enquête criminelle.

A. *Vue d'ensemble du contexte législatif*(1) La Loi de l'impôt sur le revenu

Notre Cour s'est prononcée abondamment sur le régime législatif établi par la LIR. Bien qu'il ne soit pas nécessaire dans le présent pourvoi de procéder à un examen détaillé de la jurisprudence touchant la LIR, nous commencerons notre analyse par un bref examen de certains aspects importants du régime fiscal canadien et de son processus d'application afin de situer les dispositions législatives en cause dans leur juste contexte.

45

46

47

48

Governments, indisputably, require revenue in order to finance their operations and to implement social programmes. Currently, the collection of federal income tax — a measure first introduced at that level during the First World War by *The Business Profits War Tax Act, 1916*, S.C. 1916, c. 11, and *The Income War Tax Act, 1917*, S.C. 1917, c. 28, and thought to be temporary — comprises a crucial source of federal revenue, not to mention a crucial source of revenue for a good number of provincial governments (see *Del Zotto v. Canada*, [1997] 3 F.C. 40 (C.A.), at para. 19, *per* Strayer J.A., whose dissenting reasons were affirmed by a unanimous panel of this Court: [1999] 1 S.C.R. 3). In this connection, because the ITA controls the manner in which federal income tax is calculated and collected, this Court has recognized it as being “essentially a regulatory statute”: *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, at p. 641, *per* Wilson J. (See also: La Forest J., concurring in the same case, at p. 650, where he described the ITA as “essentially of an administrative nature”; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at p. 506, *per* La Forest J.; *Knox Contracting Ltd. v. Canada*, [1990] 2 S.C.R. 338, at p. 354, *per* Cory J.; *143471 Canada Inc. v. Quebec (Attorney General)*, [1994] 2 S.C.R. 339, at p. 378, *per* Cory J.; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213, at para. 46, *per* Lamer C.J. and Iacobucci J.) The ITA is both detailed and complex.

49

Every person resident in Canada during a given taxation year is obligated to pay tax on his or her taxable income, as computed under rules prescribed by the Act (ITA, s. 2; *Smerchanski v. M.N.R.*, [1977] 2 S.C.R. 23, at p. 32, *per* Laskin C.J.). The process of tax collection relies primarily upon taxpayer self-assessment and self-reporting: taxpayers are obliged to estimate their annual income tax payable (s. 151), and to disclose this estimate to the CCRA in the income return that they are required to file (s. 150(1)). (See also in this regard: *McKinlay Transport*, *supra*, at pp. 636 and 648; V. Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax* (6th ed.

Les gouvernements ont indiscutablement besoin de revenus pour financer leurs activités et la mise en œuvre des programmes sociaux. À l’heure actuelle, la perception de l’impôt fédéral sur le revenu — mesure établie initialement à cet échelon au cours de la Première Guerre mondiale par la *Loi taxant les Profits d’affaires pour la guerre, 1916*, S.C. 1916, ch. 11, et par la *Loi de l’Impôt de Guerre sur le Revenu, 1917*, S.C. 1917, ch. 28, et perçue comme provisoire — constitue non seulement une source fondamentale de revenus fédéraux, mais aussi une source fondamentale de revenus pour un grand nombre de gouvernements provinciaux (voir *Del Zotto c. Canada*, [1997] 3 C.F. 40 (C.A.), par. 19, le juge Strayer, dont les motifs dissidents ont été confirmés par notre Cour à l’unanimité : [1999] 1 R.C.S. 3). Dans cet ordre d’idées, du fait que la LIR contrôle la façon dont l’impôt fédéral est calculé et perçu, notre Cour a reconnu que cette loi est « essentiellement une mesure de réglementation » : *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, p. 641, le juge Wilson. (Voir aussi à la p. 650 les motifs concordants du juge La Forest qui affirme que la LIR est « essentiellement de nature administrative »; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, p. 506, le juge La Forest; *Knox Contracting Ltd. c. Canada*, [1990] 2 R.C.S. 338, p. 354, le juge Cory; *143471 Canada Inc. c. Québec (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 339, p. 378, le juge Cory; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213, par. 46, le juge en chef Lamer et le juge Iacobucci.) La LIR est à la fois détaillée et complexe.

Toute personne résidant au Canada au cours d’une année d’imposition donnée est tenue de payer un impôt sur son revenu imposable, calculé selon les règles prescrites par la Loi (LIR, art. 2; *Smerchanski c. M.R.N.*, [1977] 2 R.C.S. 23, p. 32, le juge en chef Laskin). Le processus de perception des impôts repose principalement sur l’autocotisation et l’auto-déclaration : tous les contribuables sont tenus d’estimer le montant de leur impôt annuel payable (art. 151) et d’en informer l’ADRC dans la déclaration de revenu qu’ils sont tenus de produire (par. 150(1)). (Voir aussi à ce sujet l’arrêt *McKinlay Transport*, précité, p. 636 et 648; V. Krishna, *The Fundamentals*

2000), at p. 22.) Upon receipt of a taxpayer's return, the Minister is directed, "with all due dispatch", to conduct an examination and original assessment of the amount of tax to be paid or refunded, and to remit a notice of assessment to this effect (ss. 152(1) and 152(2)). Subject to certain time limitations, the Minister may subsequently reassess or make an additional assessment of a taxpayer's yearly tax liability (s. 152(4)).

While voluntary compliance and self-assessment comprise the essence of the ITA's regulatory structure, the tax system is equipped with "persuasive inducements to encourage taxpayers to disclose their income": Krishna, *supra*, at p. 767. In this connection, Krishna writes at p. 772, the "system is 'voluntary' only in the sense that a taxpayer must file income tax returns without being called upon to do so by the Minister". For example, in promotion of the scheme's self-reporting aspect, s. 162 of the ITA creates monetary penalties for persons who fail to file their income returns. Likewise, to encourage care and accuracy in the self-assessment task, s. 163 of the Act sets up penalties of the same sort for persons who repeatedly fail to report required amounts, or who are complicit or grossly negligent in the making of false statements or omissions.

It follows from the tax scheme's basic self-assessment and self-reporting characteristics that the success of its administration depends primarily upon taxpayer forthrightness. As Cory J. stated in *Knox Contracting*, *supra*, at p. 350: "The entire system of levying and collecting income tax is dependent upon the integrity of the taxpayer in reporting and assessing income. If the system is to work, the returns must be honestly completed." It is therefore not surprising that the Act exhibits a concern to limit the possibility that a taxpayer may attempt "to take advantage of the self-reporting system in order to avoid paying his or her full share of the tax burden by violating the rules set forth in the Act" (*McKinlay Transport*, *supra*, at p. 637). The nature of the tax

of *Canadian Income Tax* (6<sup>e</sup> éd. 2000), p. 22.) Dès qu'il reçoit la déclaration de revenu d'un contribuable, le ministre l'examine « avec diligence », fixe le montant de l'impôt à payer ou celui du remboursement et envoie au contribuable un avis de cotisation à cet effet (par. 152(1) et (2)). Sous réserve de certaines restrictions, le ministre peut par la suite établir une nouvelle cotisation ou une cotisation supplémentaire concernant l'impôt du contribuable pour une année d'imposition (par. 152(4)).

Bien que l'observation volontaire de la loi et l'autocotisation constituent les éléments essentiels du régime réglementaire de la LIR, le système fiscal est doté de [TRADUCTION] « mécanismes de persuasion visant à inciter les contribuables à déclarer leurs revenus » : Krishna, *op. cit.*, p. 767. À cet égard, Krishna affirme à la p. 772 que [TRADUCTION] « le système est "volontaire" seulement en ce sens que le contribuable doit produire une déclaration de revenu sans que le ministre ne l'invite à le faire ». Par exemple, pour favoriser l'aspect d'autodéclaration du régime, l'art. 162 de la LIR établit des peines pécuniaires pour les personnes qui omettent de produire leur déclaration de revenu. De même, pour inciter le contribuable à faire preuve de minutie et d'exactitude dans le cadre de l'autocotisation, l'art. 163 de la Loi prévoit le même type de pénalités pour les personnes qui omettent de façon répétée de déclarer un montant à inclure, qui sont complices d'un faux énoncé ou d'une omission ou qui commettent une faute lourde à cet égard.

Il découle des caractéristiques fondamentales de l'autocotisation et de l'autodéclaration que le succès de l'application du régime fiscal repose avant tout sur la franchise du contribuable. Comme le juge Cory l'a affirmé dans l'arrêt *Knox Contracting*, précité, p. 350 : « Le système d'imposition dépend entièrement de l'intégrité du contribuable qui déclare et évalue son revenu. Pour que le système fonctionne, les déclarations doivent être remplies honnêtement ». Il n'est donc pas étonnant que la Loi tente de restreindre le risque qu'un contribuable essaie de « tirer profit du régime d'autodéclaration pour tenter d'éviter de payer sa pleine part du fardeau fiscal en violant les règles énoncées dans la Loi » (*McKinlay Transport*, précité, p. 637).

collection scheme, however, creates an obstacle in this regard:

Often it will be impossible to determine from the face of the return whether any impropriety has occurred in its preparation. A spot check or a system of random monitoring may be the only way in which the integrity of the tax system may be maintained.

(*McKinlay Transport, supra*, at p. 648)

Accordingly, “the Minister of National Revenue must be given broad powers in supervising this regulatory scheme to audit taxpayers’ returns and inspect all records which may be relevant to the preparation of these returns” (*ibid.*).

52

The sections within Part XV of the ITA provide the Minister with “Administration and Enforcement” powers. They also impose reciprocal obligations upon taxpayers: for example, in furtherance of the overall reporting and verification scheme, s. 230(1) of the ITA requires all taxpayers, for various specified periods of time, to maintain books and records of account at their place of business or residence in Canada. These documents must be kept “in such form and containing such information as will enable the taxes payable under [the ITA] or the taxes or other amounts that should have been deducted, withheld or collected to be determined”.

53

The provisions that are central to the instant appeal vest the Minister with extensive powers that may be used “for any purpose related to the administration or enforcement” of the ITA. Section 231.1(1) continues the inspection power that was introduced in *An Act to amend the Income War Tax Act*, S.C. 1944, c. 43, s. 11. Paragraph (a) allows a person authorized by the Minister to “inspect, audit or examine” a wide array of documents, reaching beyond those that the ITA otherwise requires the taxpayer to prepare and maintain. In the course of the inspection, audit or examination, para. (c) provides that the authorized person may enter into any premises or place that is not a dwelling-house; furthermore, para. (d) imposes a correlative duty upon persons at the premises or place to provide

Toutefois, la nature du régime de perception de l’impôt crée un obstacle à cet égard :

Il est souvent impossible de dire, à première vue, si une déclaration a été préparée de façon irrégulière. Les contrôles ponctuels ou un système de vérification au hasard peuvent constituer le seul moyen de préserver l’intégrité du régime fiscal.

(*McKinlay Transport*, précité, p. 648)

Par conséquent, « le ministre du Revenu national doit disposer, dans la surveillance de ce régime de réglementation, de larges pouvoirs de vérification des déclarations des contribuables et d’examen de tous les documents qui peuvent être utiles pour préparer ces déclarations » (*ibid.*).

Les dispositions de la partie XV de la LIR confèrent au ministre des pouvoirs « [d’a]pplication et [d’e]xécution ». Elles imposent également aux contribuables des obligations réciproques : par exemple, pour le bon fonctionnement général du régime de déclaration et de vérification, le par. 230(1) de la LIR exige de tout contribuable qu’il tienne, pendant diverses périodes prescrites, des registres et des livres de comptes à son lieu d’affaires ou de résidence au Canada. Ces documents doivent être tenus « dans la forme et renferm[er] les renseignements qui permettent d’établir le montant des impôts payables en vertu de la [LIR], ou des impôts ou autres sommes qui auraient dû être déduites, retenues ou perçues ».

Les dispositions au cœur du présent pourvoi confèrent au ministre de vastes pouvoirs « pour l’application et l’exécution » de la LIR. Le paragraphe 231.1(1) confirme le pouvoir d’inspection établi dans la *Loi modifiant la Loi de l’impôt de guerre sur le revenu*, S.C. 1944, ch. 43, art. 11. Aux termes de l’al. a), une personne autorisée par le ministre peut « inspecter, vérifier ou examiner » une vaste gamme de documents qui va au-delà de ceux que la LIR oblige par ailleurs le contribuable à préparer et à conserver. L’alinéa c) prévoit qu’au cours de l’inspection, de la vérification ou de l’examen, la personne autorisée peut pénétrer dans un lieu qui n’est pas une maison d’habitation; par ailleurs, l’al. d) impose l’obligation corrélatrice à toute personne présente sur les lieux de fournir « toute l’aide

“all reasonable assistance and to answer all proper questions relating to the administration or enforcement of this Act”. (Section 231.1(2) requires that, absent the occupant’s consent, a judicial warrant be obtained for entry into a dwelling-house.)

The requirement power in s. 231.2(1) boasts an even longer pedigree: its origins are found in s. 8 of the original *Income War Tax Act, 1917*. By this power, the Minister may compel any person to produce any information or any document. Again, the scope of this power “reaches beyond the strict filing and maintenance requirements of the Act” (*McKinlay Transport, supra*, at p. 642, *per* Wilson J.).

To be effective, self-enforcing regulatory schemes require not only resort to adequate investigation, but also the existence of effective penalties: *Thomson Newspapers, supra*, at p. 528; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, at p. 250, *per* Cory J.; *Comité paritaire de l’industrie de la chemise v. Potash*, [1994] 2 S.C.R. 406, at p. 421, *per* La Forest J. In the ITA context, see *Hydro-Québec, supra*, at para. 46, and *Knox Contracting, supra*, at p. 355. To this end, s. 238(1) sets out a summary conviction offence that is triggered by non-compliance with the filing requirements or with other of the Act’s provisions — including ss. 231.1(1) and 231.2(1), and the documentary retention rules imposed by s. 230(1). Section 238’s purpose is inherently pragmatic or instrumental: the offence exists “not to penalize criminal conduct but to enforce compliance with the Act” (*R. v. Grimwood*, [1987] 2 S.C.R. 755, at p. 756; *McKinlay Transport, supra*, at p. 641; *143471 Canada, supra*, at p. 378).

Section 239(1) creates a number of additional offences. It speaks of false or deceptive statements, destruction or alteration of documents, false or deceptive documents, wilful evasion of income tax, and conspiracy to engage in prohibited activities. In Cory J.’s words from *Knox Contracting, supra*, at

raisonnable et de répondre à toutes les questions pertinentes à l’application et l’exécution de la présente loi ». (Le paragraphe 231.1(2) prévoit que l’on ne peut pénétrer dans une maison d’habitation sans la permission de l’occupant, à moins d’y être autorisé par un mandat décerné par un juge.)

Le pouvoir de demande péremptoire conféré par le par. 231.2(1) a des origines encore plus anciennes : il remonte à l’art. 8 de la *Loi de l’Impôt de Guerre sur le Revenu, 1917*. Le ministre peut exercer ce pouvoir pour contraindre toute personne à produire des renseignements ou des documents, quels qu’ils soient. Encore une fois, l’étendue de ce pouvoir « va au-delà des exigences strictes de la Loi en matière de dépôt et de tenue de documents » (*McKinlay Transport*, précité, p. 642, le juge Wilson).

L’efficacité d’un régime réglementaire dont l’existence même suffit à le faire observer exige non seulement la tenue d’enquêtes appropriées, mais aussi l’existence de sanctions efficaces : *Thomson Newspapers*, précité, p. 528; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, p. 250, le juge Cory; *Comité paritaire de l’industrie de la chemise c. Potash*, [1994] 2 R.C.S. 406, p. 421, le juge La Forest. Dans le contexte de la LIR, voir *Hydro-Québec*, précité, par. 46, et *Knox Contracting*, précité, p. 355. À cette fin, le par. 238(1) prévoit que le non-respect des exigences de production ou d’autres dispositions de la Loi — dont les par. 231.1(1) et 231.2(1) ainsi que les règles de conservation des documents imposées par le par. 230(1) — constitue une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire. L’objet de l’art. 238 est fondamentalement pragmatique ou instrumental : la raison d’être de ces infractions « n’est pas de sanctionner une conduite criminelle mais d’imposer le respect de la Loi » (*R. c. Grimwood*, [1987] 2 R.C.S. 755, p. 756; *McKinlay Transport*, précité, p. 641; *143471 Canada*, précité, p. 378).

Le paragraphe 239(1) crée plusieurs infractions additionnelles. Il vise quiconque fait des déclarations fausses ou trompeuses, détruit ou altère des documents, fait des documents faux ou trompeurs, élude volontairement le paiement d’un impôt ou conspire avec une personne pour accomplir des

54

55

56



pp. 349-50: “Those who do evade the payment of income tax not only cheat the State of what is owing to it, but inevitably increase the burden placed upon the honest taxpayers.” As a consequence, the s. 239(1) offences carry rather significant penalties. They may be proceeded on by way of summary conviction or by way of indictment at the election of the Attorney General (s. 239(2)).

57

As with the s. 238 offence, this Court has recognized the centrality of s. 239 to the income tax régime: see Strayer J.A.’s reasons, endorsed on appeal to this Court, in *Del Zotto, supra*, at para. 23, where he described s. 239 as being “designed to ensure compliance with the self-reporting requirements of the *Income Tax Act*”. Moreover, the presence in the ITA of s. 239 does nothing to alter the regulatory or administrative nature of the inspection and requirement powers, even though s. 239 “relate[s] to conduct that might well be discovered by the[ir] exercise” (*Thomson Newspapers, supra*, at p. 516, *per* La Forest J. See also *Comité paritaire, supra*, at p. 421). As already mentioned, it is under ss. 239(1)(a) and (d) that the appellant in the present case was ultimately charged.

58

Having discussed the general statutory context, we will now deal specifically with the important distinction between regulatory and criminal statutory provisions.

## (2) The Regulatory vs. Criminal Distinction

59

The parties have engaged in a spirited debate over the proper contextualization of the ITA offences for the purposes of *Charter* analysis. The respondent defines the ITA as comprising an “integrated regulatory scheme”, the implication being that a person accused of offences thereunder attracts little *Charter* protection. Meanwhile, the appellants in both the present case and its companion, *R. v. Ling*, [2002] 3 S.C.R. 814, 2002 SCC 74, as well as the intervener,

actes interdits. Selon le juge Cory dans l’arrêt *Knox Contracting*, précité, p. 349-350 : « Ceux qui éludent le paiement de l’impôt sur le revenu frustreront non seulement l’État de ce qu’ils lui doivent, mais ils augmentent inévitablement le fardeau des contribuables honnêtes ». C’est pourquoi les infractions prévues au par. 239(1) sont assorties de peines assez lourdes. Tout contrevenant peut, au choix du procureur général, être poursuivi par voie de procédure sommaire ou de mise en accusation (par. 239(2)).

Comme elle l’a fait dans le cas de l’infraction prévue à l’art. 238, notre Cour a reconnu l’importance de l’art. 239 dans le régime fiscal : voir les motifs du juge Strayer, adoptés par notre Cour, dans *Del Zotto*, précité, par. 23, dans lesquels il affirme que la règle énoncée à l’art. 239 est « conçue pour garantir le respect des exigences d’auto-déclaration de la *Loi de l’impôt sur le revenu* ». De plus, la présence de l’art. 239 dans la LIR ne modifie en rien le caractère réglementaire ou administratif des pouvoirs d’inspection et de demande péremptoire même si l’art. 239 « se rapport[e] à une conduite qui pourrait fort bien être découverte par [leur] exercice » (*Thomson Newspapers*, précité, p. 516, le juge La Forest. Voir aussi l’arrêt *Comité paritaire*, précité, p. 421). Comme je l’ai déjà mentionné, l’appelant a finalement été inculpé des infractions prévues aux al. 239(1)a) et d).

Ayant abordé l’ensemble du contexte législatif, nous examinerons maintenant plus particulièrement l’importante distinction qui existe entre les dispositions de nature réglementaire et les dispositions de nature criminelle.

## (2) La distinction entre les dispositions de nature réglementaire et les dispositions de nature criminelle

Les parties ont eu un débat animé sur la contextualisation appropriée des infractions à la LIR pour fins d’analyse fondée sur la *Charte*. L’intimée définit la LIR comme une loi comportant [TRADUCTION] « un régime de réglementation intégré », ce qui implique qu’une personne accusée d’infractions sous le régime de la Loi bénéficie d’une protection bien tenue en vertu de la *Charte*. Par ailleurs, les appelants, tant en l’espèce que dans l’affaire



the Criminal Lawyers' Association (Ontario), submit that the Act is essentially a "dual-purpose statute" and that the s. 239 offences constitute "quintessential criminal law". It follows in the appellant Jarvis's submission that, where tax avoidance or evasion is being investigated, "the taxpayer must be afforded the Charter protection that is the right of any Canadian suspected or accused of a crime" (appellant's factum, at para. 33). It is plain that the s. 239 offences are no trifling matter as this provision bears at least the formal hallmarks of criminal legislation, namely, prohibitions coupled with penalties (see *Hydro-Québec*, *supra*, at para. 35). They may be prosecuted upon indictment, and conviction can carry up to five years' incarceration. It is because of these factors that the penal sanctions in s. 239 are, in certain contexts, referred to as "criminal".

That is not to say, however, that they are "purely" or "quintessentially" criminal for Charter purposes. The cases cited in support of the appellant's favoured characterization are of limited relevance. The present case does not consider a number of issues such as: whether the ITA offences are constitutionally supportable under the federal criminal law power (*Hydro-Québec*, *supra*); the characterization of s. 239 offences for the purpose of determining the appeal procedure from the issuance of a s. 231.3 search warrant (*Knox Contracting*, *supra*); or whether making false statements on an income tax return constitutes a "criminal offence" under provincial legislation, so as to render revocable a person's licence to practice as a public accountant (*Re Ramm*, [1958] O.R. 98 (C.A.)). In any case, the contextual approach to *Charter* application is not a mere exercise in taxonomy.

connexe *R. c. Ling*, [2002] 3 R.C.S. 814, 2002 CSC 74, et la Criminal Lawyers' Association (Ontario), intervenante, font valoir que la Loi est essentiellement une [TRADUCTION] « loi à double objet » et que les infractions prévues à l'art. 239 constituent [TRADUCTION] « du droit criminel sous sa forme la plus pure ». Suivant la thèse de l'appelant, M. Jarvis, il s'ensuit que dans le cas où il y a enquête sur une question d'évitement ou de fraude en matière fiscale, [TRADUCTION] « le contribuable doit bénéficier de la protection accordée par la Charte à tout Canadien soupçonné ou accusé d'un crime » (mémoire de l'appelant, par. 33). De toute évidence, les infractions prévues à l'art. 239 ne sont pas sans importance puisque cette disposition présente au moins les caractéristiques formelles de la législation criminelle, savoir des interdictions assorties de peines (voir *Hydro-Québec*, précité, par. 35). Ces infractions peuvent faire l'objet de poursuites par voie de mise en accusation et entraîner un emprisonnement maximal de cinq ans advenant une déclaration de culpabilité. C'est à cause de ces facteurs que les sanctions pénales prévues à l'art. 239 sont, dans certains contextes, qualifiées de sanctions « criminelles ».

Toutefois, cela ne signifie pas que pour l'application de la Charte ces infractions sont « purement » de nature criminelle ou qu'elles constituent du droit criminel dans « sa forme la plus pure ». Les arrêts cités à l'appui de la qualification que privilégie l'appelant présentent une pertinence limitée. Le présent pourvoi ne touche pas certaines questions, dont celles de savoir si les infractions créées par la LIR sont constitutionnellement justifiables en vertu de la compétence fédérale en matière de droit criminel (*Hydro-Québec*, précité), comment il faut qualifier les infractions prévues à l'art. 239 afin de déterminer la procédure d'appel applicable contre la délivrance d'un mandat de perquisition en application de l'art. 231.3 (*Knox Contracting*, précité) ou, enfin, si de fausses déclarations dans une déclaration de revenu constituent une « infraction criminelle » au sens de la loi provinciale, emportant la révocabilité du permis d'exercice de la profession d'expert-comptable de la personne qui en est l'auteur. (*Re Ramm*, [1958] O.R. 98 (C.A.)). Quoi qu'il en soit, l'approche contextuelle à l'égard de l'application de la *Charte* ne se résume pas à un simple exercice de taxinomie.

61

As La Forest J. stated in *Wholesale Travel*, *supra*, at p. 209, “what is ultimately important are not labels (though these are undoubtedly useful), but the values at stake in the particular context”. In this connection, differing levels of *Charter* protection may obtain under the same statute, depending on the circumstances. Compare *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, and *Thomson Newspapers*, *supra*: each dealt with the former *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, which, although it created penal offences, was recognized on the whole to embody “a complex scheme of economic regulation” (see *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, at p. 676, *per* Dickson C.J.; *Thomson Newspapers*, *supra*; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at pp. 648-49). The provisions impugned in *Hunter v. Southam* authorized entry onto private premises and hence attracted a much greater expectation of privacy than the provision ordering the production of documents in *Thomson Newspapers*.

Comme le juge La Forest l’a mentionné dans l’arrêt *Wholesale Travel*, précité, p. 209, « ce qui importe en fin de compte, ce ne sont pas les étiquettes (bien qu’elles soient sans doute utiles), mais les valeurs en jeu dans le contexte particulier ». À cet égard, la même loi peut, selon les circonstances, emporter des niveaux différents de protection sous le régime de la *Charte*. Comparer *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, avec *Thomson Newspapers*, précité : chacun de ces arrêts portait sur l’application de l’ancienne *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, qui, même si elle créait des infractions pénales, était reconnue dans l’ensemble comme comportant « un système de réglementation économique complexe » (voir *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, p. 676, le juge en chef Dickson; *Thomson Newspapers*, précité; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, p. 648-649). Dans l’arrêt *Hunter c. Southam*, les dispositions attaquées autorisaient l’entrée dans des lieux privés, de sorte que l’attente en matière de respect de la vie privée était plus grande que dans le cas de la disposition ordonnant la production de documents en cause dans l’arrêt *Thomson Newspapers*.

62

In this measure, the ITA presents no different consideration. Wilson J. acknowledged as much in *McKinlay Transport*, *supra*, at p. 649, where she suggested that greater s. 8 protection would obtain under the ITA if tax officials were to enter onto private property in order to conduct a search or seizure for the purposes of the Act, rather than to compel the same documentation by way of requirement letters (see para. 53 of these reasons re: s. 231.1(2); see also *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416, at pp. 443-44; *Del Zotto*, *supra*, at paras. 12-13, *per* Strayer J.A. (dissenting)). In sum, the ITA is a regulatory statute, but non-compliance with its mandatory provisions can in some cases lead to criminal charges being laid. In prosecution thereof, the state is pitted against the individual in an attempt to establish culpability. Stiff jail terms can result from a conviction. To conduct an appropriately contextual *Charter* analysis in these cases, the various regulatory and

À ce point de vue, la LIR ne présente pas de considération différente. C’est ce qu’a reconnu le juge Wilson dans *McKinlay Transport*, précité, p. 649, où elle a laissé entendre que la LIR ferait entrer en jeu une plus grande protection en vertu de l’art. 8 si les agents du fisc devaient pénétrer dans la propriété d’un particulier pour y faire une fouille, une perquisition ou une saisie pour l’application de la Loi, plutôt que forcer la production de ces mêmes documents au moyen de demandes péremptoires (voir le par. 53 des présents motifs concernant le par. 231.1(2); voir aussi *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416, p. 443-444; *Del Zotto*, précité, par. 12-13, le juge Strayer, dissident). Bref, la LIR est une loi de nature réglementaire, mais le non-respect de ses dispositions impératives peut dans certains cas donner lieu à des accusations criminelles. Au cours de la poursuite, le ministère public a comme adversaire le particulier dont il tente de prouver la culpabilité. Une déclaration de culpabilité peut donner

penal considerations must all exert some influence.

#### B. Contextual Approach to Charter Rights

At this stage, it is a firmly established principle that the *Charter* must receive contextual application. The scope of a particular *Charter* right or freedom may vary according to the circumstances: *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at pp. 1355-56, *per* Wilson J.; *McKinlay Transport*, *supra*, at p. 644; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, at p. 793, *per* L'Heureux-Dubé J. (dissenting); *143471 Canada*, *supra*, at p. 347 (*per* Lamer C.J.) and at pp. 361-62 (*per* La Forest J., dissenting); *Comité paritaire*, *supra*, at p. 420, *per* La Forest J.

For present purposes, where ss. 7 and 8 of the *Charter* are at issue, it is instructive to note both that the requirements of fundamental justice relevant to the former section “are not immutable; rather, they vary according to the context in which they are invoked” (*R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 361, *per* La Forest J.) and that context will determine the expectation of privacy that one can reasonably expect the latter section to protect (*Thomson Newspapers*, *supra*, at pp. 495-96, *per* Wilson J., dissenting, and at p. 506, *per* La Forest J.; *McKinlay Transport*, *supra*, at pp. 645 and 647; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1991] 3 S.C.R. 459, at p. 478, *per* Cory J.; *Baron*, *supra*, at p. 436, *per* Sopinka J.; *British Columbia Securities Commission v. Branch*, *supra*, at para. 51, *per* Sopinka and Iacobucci JJ.).

It is worth repeating that the appellant does not attack the constitutionality of ss. 231.1(1) and 231.2(1). Rather, his argument is that the admission into evidence in tax evasion proceedings of statements and documents that were compelled by Revenue Canada officials under these sections was a violation of his rights under ss. 7 and 8 of the *Charter*. He thus argues that the evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. In *McKinlay*

lieu à des peines d'emprisonnement sévères. Une analyse contextuelle fondée sur la *Charte* ne saurait être convenablement réalisée, dans ces cas, sans l'attribution d'un certain poids à chacune des diverses considérations d'ordre réglementaire et pénal.

#### B. L'approche contextuelle à l'égard des droits garantis par la Charte

Il est maintenant solidement établi que la *Charte* doit être interprétée suivant une approche contextuelle. L'étendue d'un droit ou d'une liberté garanti par la *Charte* peut varier selon les circonstances : *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, p. 1355-1356, le juge Wilson; *McKinlay Transport*, précité, p. 644; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, p. 793, le juge L'Heureux-Dubé (dissidente); *143471 Canada*, précité, p. 347 (le juge en chef Lamer) ainsi que p. 361-362 (le juge La Forest, dissident); *Comité paritaire*, précité, p. 420, le juge La Forest.

Il est intéressant de noter, pour les besoins de notre analyse, que lorsque les art. 7 et 8 de la *Charte* sont en cause, les exigences de la justice fondamentale propres à l'art. 7 « ne sont pas immuables; elles varient selon le contexte dans lequel on les invoque » (*R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, p. 361, le juge La Forest) et que le contexte déterminera le degré de respect de la vie privée auquel une personne peut raisonnablement s'attendre en application de l'art. 8 (*Thomson Newspapers*, précité, p. 495-496, le juge Wilson, dissidente, et p. 506, le juge La Forest; *McKinlay Transport*, précité, p. 645 et 647; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1991] 3 R.C.S. 459, p. 478, le juge Cory; *Baron*, précité, p. 436, le juge Sopinka; *British Columbia Securities Commission c. Branch*, précité, par. 51, les juges Sopinka et Iacobucci).

Il vaut la peine de rappeler que l'appelant ne conteste pas la constitutionnalité des par. 231.1(1) et 231.2(1). Il plaide plutôt que l'admission en preuve, dans une poursuite pour fraude fiscale, de déclarations et documents que les agents de Revenu Canada ont obtenu par la contrainte au moyen de ces dispositions a porté atteinte aux droits que lui garantissent les art. 7 et 8 de la *Charte*. Il soutient donc que ces éléments de preuve doivent être

63

64

65

*Transport*, *supra*, this Court considered whether the predecessor provision to s. 231.2, employed in conjunction with an income tax audit, infringed s. 8 of the *Charter*. Wilson J. held that, although the provision authorized a “seizure” for *Charter* purposes, it provided “the least intrusive means by which effective monitoring of compliance with the *Income Tax Act* can be effected” (p. 649). Wilson J. noted that the taxpayer’s privacy interest in the compelling records was also relatively weak, and ruled that the provision was constitutional. Faced with the *McKinlay Transport* decision, the appellant did not raise the constitutionality of ss. 231.1(1) and 231.2(1) at his trial, but instead invoked s. 24(2) of the *Charter* in order to “deprive from the Crown (for prosecution purposes) the fruits of their [*sic*] deception” (appellant’s factum, at para. 45).

écartés par application du par. 24(2) de la *Charte*. Dans l’arrêt *McKinlay Transport*, précité, notre Cour s’est demandé si la disposition qui a précédé l’art. 231.2, appliquée dans le cadre d’une vérification fiscale, contrevenait à l’art. 8 de la *Charte*. Selon le juge Wilson, même si la disposition en question autorisait une « saisie » visée par la *Charte*, elle était « la méthode la moins envahissante pour contrôler efficacement le respect de la *Loi de l’impôt sur le revenu* » (p. 649). Le juge Wilson a également précisé que le droit du contribuable au respect de sa vie privée à l’égard de documents dont la production peut être exigée est relativement faible et elle a conclu à la constitutionnalité de la disposition. Compte tenu de l’arrêt *McKinlay Transport*, l’appelant n’a pas soulevé la constitutionnalité des par. 231.1(1) et 231.2(1) lors du procès, mais il a plutôt invoqué le par. 24(2) de la *Charte* afin de [TRADUCTION] « priver le ministère public (pour les besoins de la poursuite) des fruits de sa tromperie » (mémoire de l’appelant, par. 45).

#### (1) Section 7

66

Section 7 of the *Charter* reads as follows:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

A court conducting an analysis under s. 7 must first determine whether there exists a real or imminent deprivation of life, liberty, security of the person, or a combination thereof. Next, the court must identify the relevant principle or principles of fundamental justice and, finally, determine whether the deprivation is in accordance with this principle or principles.

67

It is beyond doubt that the appellant’s s. 7 liberty interest is engaged by the introduction of statutorily compelled information at his trial for the s. 239 offences, owing to the threat of imprisonment on conviction: see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 515, *per* Lamer J. (as he then was); *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123. The relevant principle of fundamental justice in the present case is the principle against self-incrimination, an elemental canon of the Canadian criminal justice system,

#### (1) L’article 7

L’article 7 de la *Charte* prévoit :

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu’en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Lorsqu’il procède à une analyse fondée sur l’art. 7, le tribunal doit tout d’abord déterminer s’il y a atteinte réelle ou imminente à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne ou à une combinaison de ces trois droits. Il doit ensuite identifier le ou les principes de justice fondamentale applicables et, enfin, déterminer si l’atteinte est portée en conformité avec ce ou ces principes.

L’appelant risquant l’emprisonnement en cas de déclaration de culpabilité, il est indubitable que son droit à la liberté garanti par l’art. 7 entre en jeu lorsqu’on dépose, à son procès sur des infractions prévues à l’art. 239, des renseignements obtenus par la contrainte dans l’exercice de pouvoirs légaux : *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 515, le juge Lamer (plus tard Juge en chef); *Renvoi relatif à l’art. 193 et à l’al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123. Le principe de justice fondamentale applicable en

standing for the notion that individuals should not be conscripted by the state to promote a self-defeating purpose: *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, at para. 81, *per* Iacobucci J. This Court has clearly established that the principle against self-incrimination finds residual expression under s. 7: *Thomson Newspapers*, *supra*; *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555, at p. 577, *per* Lamer C.J.; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229, at p. 256, *per* Lamer C.J.; *S. (R.J.)*, *supra*; *Branch*, *supra*; *R. v. Fitzpatrick*, [1995] 4 S.C.R. 154; *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417.

In giving expression to this principle, however, s. 7 does not envelop an abstract and absolute rule that would prevent the use of information in all contexts in which it is statutorily compelled: *Jones*, *supra*, at p. 257; *S. (R.J.)*, *supra*, at paras. 96-100; *Fitzpatrick*, *supra*, at paras. 21 and 24; *White*, *supra*, at para. 45. A court must begin “on the ground”, with a concrete and contextual analysis of all the circumstances, in order to determine whether or not the principle against self-incrimination is actually engaged: *Fitzpatrick*, at para. 25; *White*, at para. 46. This analysis necessarily involves a balancing of principles. One must, in assessing the limits on compellability demanded by the principle against self-incrimination, consider the opposing principle of fundamental justice suggesting that relevant evidence should be available to the trier of fact in a search for truth: *S. (R.J.)*, at para. 108, *per* Iacobucci J. These competing interests will often be brought to the foreground in regulatory contexts, where the procedures being challenged have generally been designed (and are employed) as part of an administrative scheme in the public interest: *Fitzpatrick*, at para. 27. As the Court stated in *White*, at para. 48:

In some contexts, the factors that favour the importance of the search for truth will outweigh the factors that favour protecting the individual against undue compulsion by the state. This was the case, for example, in *Fitzpatrick*, *supra*, where the Court emphasized the relative absence of true state coercion, and the necessity of acquiring

l'espèce est celui interdisant l'auto-incrimination, règle essentielle du système de justice criminelle au Canada, selon lequel un particulier ne doit pas être obligé par l'État de promouvoir une fin susceptible de causer sa propre défaite : *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, par. 81, le juge Iacobucci. Notre Cour a clairement établi que le principe interdisant l'auto-incrimination confère une teneur résiduelle à l'art. 7 : *Thomson Newspapers*, précité; *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555, p. 577, le juge en chef Lamer; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229, p. 256, le juge en chef Lamer; *S. (R.J.)*, précité; *Branch*, précité; *R. c. Fitzpatrick*, [1995] 4 R.C.S. 154; *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417.

Toutefois, dans l'expression de ce principe, l'art. 7 n'établit pas une règle abstraite et absolue qui empêche l'utilisation de renseignements dans tous les contextes où leur production a été obtenue par la contrainte en vertu de la loi : *Jones*, précité, p. 257; *S. (R.J.)*, précité, par. 96-100; *Fitzpatrick*, précité, par. 21 et 24; *White*, précité, par. 45. Le tribunal doit adopter une « approche pragmatique » en commençant par une analyse concrète et contextuelle de la situation pour déterminer si l'application du principe interdisant l'auto-incrimination est déclenchée : *Fitzpatrick*, par. 25; *White*, par. 46. Cette analyse comporte nécessairement une pondération des principes. Pour déterminer quelles restrictions à la contraignabilité découlent du principe interdisant l'auto-incrimination, il faut examiner le principe opposé de justice fondamentale, selon lequel le juge des faits devrait avoir accès aux éléments de preuve pertinents dans sa recherche de la vérité : *S. (R.J.)*, par. 108, le juge Iacobucci. Ces intérêts opposés joueront souvent un rôle de premier plan dans un contexte de réglementation où les procédures contestées ont généralement été conçues (et sont utilisées) dans le cadre d'un régime administratif et dans l'intérêt du public : *Fitzpatrick*, par. 27. Comme notre Cour l'a expliqué dans l'arrêt *White*, par. 48 :

Dans certains cas, les facteurs tenant à l'importance de la recherche de la vérité l'emporteront sur les facteurs tenant à la protection de la personne contre la contrainte induite de l'État. C'est ce qui s'est produit par exemple dans *Fitzpatrick*, précité, où notre Cour a souligné l'absence relative de véritable contrainte de la part de l'État



statements in order to maintain the integrity of an entire regulatory regime. In other contexts, a reverse situation will arise, as was the case, for example, in *Thomson Newspapers, supra, S. (R.J.), supra*, and *Branch, supra*. In every case, the facts must be closely examined to determine whether the principle against self-incrimination has truly been brought into play by the production or use of the declarant's statement.

## (2) Section 8

69

Section 8 of the *Charter* provides that:

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

For the application of s. 8, there must first be a search or seizure. Subsequently, it must be determined whether the search or seizure was unreasonable. Like the Fourth Amendment of the U.S. Constitution, s. 8 protects a reasonable expectation of privacy: *Hunter v. Southam, supra*, at p. 159, *per* Dickson J. (as he then was). What is reasonable, however, is context-specific. In the application of s. 8, "an assessment must be made as to whether in a particular situation the public's interest in being left alone by government must give way to the government's interest in intruding on the individual's privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement" (*id.*, at pp. 159-60).

70

In *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, at p. 293, Sopinka J. listed several factors that will determine the parameters of the protection afforded by s. 8 with respect to informational privacy:

Consideration of such factors as the nature of the information itself, the nature of the relationship between the party releasing the information and the party claiming its confidentiality, the place where the information was obtained, the manner in which it was obtained and the seriousness of the crime being investigated allows for a balancing of the societal interests in protecting individual dignity, integrity and autonomy with effective law enforcement.

71

The context-specific approach to s. 8 inevitably means, as Wilson J. noted in *Thomson Newspapers, supra*, at p. 495, that "[a]t some point the

ainsi que la nécessité d'obtenir les déclarations en cause afin de préserver l'intégrité de tout un régime de réglementation. Dans d'autres cas, c'est l'inverse qui se produit, comme cela est arrivé, par exemple, dans *Thomson Newspapers, S. (R.J.), et Branch*, précités. Dans tous les cas, il faut analyser les faits en profondeur pour déterminer si le principe interdisant l'auto-incrimination est vraiment soulevé par la production ou l'utilisation de la déclaration.

## (2) L'article 8

L'article 8 de la *Charte* prévoit :

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

Pour que l'art. 8 reçoive application, il doit y avoir eu fouille, perquisition ou saisie. Il faut ensuite déterminer si la fouille, perquisition ou saisie était abusive. À l'instar du Quatrième amendement de la Constitution des États-Unis, l'art. 8 protège une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée : *Hunter c. Southam*, précité, p. 159, le juge Dickson (plus tard Juge en chef). Cependant, ce qui est raisonnable est propre au contexte. Dans l'application de l'art. 8, « il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s'immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d'assurer l'application de la loi » (*id.*, p. 159-160).

Dans l'arrêt *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, p. 293, le juge Sopinka a dressé une liste de plusieurs facteurs qui détermineront les paramètres de la protection offerte par l'art. 8 en ce qui concerne les aspects informationnels de la vie privée :

L'examen de facteurs tels la nature des renseignements, celle des relations entre la partie divulguant les renseignements et la partie en réclamant la confidentialité, l'endroit où ils ont été recueillis, les conditions dans lesquelles ils ont été obtenus et la gravité du crime faisant l'objet de l'enquête, permet de pondérer les droits sociétaux à la protection de la dignité, de l'intégrité et de l'autonomie de la personne et l'application efficace de la loi.

L'approche propre au contexte à l'égard de l'art. 8 signifie inévitablement, comme le juge Wilson l'a fait remarquer dans l'arrêt *Thomson Newspapers*,



individual's interest in privacy must give way to the broader state interest in having the information or document disclosed". Naturally, if a person has but a minimal expectation with respect to informational privacy, this may tip the balance in the favour of the state interest: *Plant, supra*; *Smith v. Canada (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R. 902, 2001 SCC 88.

Generally, an individual has a diminished expectation of privacy in respect of records and documents that he or she produces during the ordinary course of regulated activities: see, e.g., *Thomson Newspapers, supra*, at p. 507, *per* La Forest J.; *143471 Canada, supra*, at p. 378, *per* Cory J.; *Comité paritaire, supra*, at pp. 420-21; *Fitzpatrick, supra*, at para. 49. In the particular context of the self-assessment and self-reporting income tax regime, a taxpayer's privacy interest in records that may be relevant to the filing of his or her tax return is relatively low: *McKinlay Transport, supra*, at pp. 649-50.

### C. Audit vs. Investigation

As mentioned above, the *Charter* issues in this appeal touch upon the admission into evidence in a s. 239 prosecution of documents and utterances compelled by ss. 231.1(1) and 231.2(1). This problem did not arise in *McKinlay Transport*, where the appellants were charged under s. 238 for failing to comply with requirement letters, but there was no allegation that the requirements were themselves being used to further the investigation of an offence. In brief, this Court has yet to consider the extent to which the use of ss. 231.1(1) and 231.2(1) to build a prosecutorial case infringes a taxpayer's constitutional rights.

#### (1) Submissions of the Parties

The submissions of the parties in this regard stand in stark opposition. The parties seeking to

précité, p. 495, que « vient [. . .] un moment où le droit de l'individu au respect de sa vie privée doit céder le pas à l'intérêt plus grand qu'a l'État à ce que soient communiqués des renseignements ou un document ». De toute évidence, si une personne n'a qu'une attente minimale pour ce qui est des aspects informationnels de sa vie privée, cela pourrait faire pencher la balance en faveur de l'intérêt de l'État : *Plant*, précité; *Smith c. Canada (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 902, 2001 CSC 88.

Généralement, un particulier possède une attente réduite quant au respect de sa vie privée dans le cas de registres et documents qu'il produit dans le cours normal d'activités réglementées : voir par ex. *Thomson Newspapers*, précité, p. 507, le juge La Forest; *143471 Canada*, précité, p. 378, le juge Cory; *Comité paritaire*, précité, p. 420-421; *Fitzpatrick*, précité, par. 49. Dans le contexte particulier du régime fiscal d'autocotisation et d'autodéclaration, le droit d'un contribuable à la protection de sa vie privée à l'égard des registres qui peuvent être utiles au dépôt de sa déclaration de revenu est relativement faible : *McKinlay Transport*, précité, p. 649-650.

### C. Vérification et enquête

Comme je l'ai mentionné, les questions relatives à la *Charte* en l'espèce se rapportent à l'admission en preuve, dans une poursuite relative à l'art. 239, de documents et déclarations obtenus par la contrainte sous le régime des par. 231.1(1) et 231.2(1). Ce problème ne s'est pas présenté dans l'affaire *McKinlay Transport*, où les appelants avaient été inculpés sous le régime de l'art. 238 de ne pas avoir obtempéré à des demandes péremptoires, mais où il n'était pas allégué que ces demandes mêmes avaient été utilisées pour les besoins de l'enquête relative à une infraction. En résumé, notre Cour n'a pas encore eu à déterminer dans quelle mesure l'utilisation des par. 231.1(1) et 231.2(1) pour fins de constitution d'un dossier de poursuite porte atteinte aux droits constitutionnels du contribuable.

#### (1) Les prétentions des parties

Les prétentions des parties sur ce point sont diamétralement opposées. Les parties qui s'appuient

72

2002 SCC 73 (CanLII)

73

74

rely upon the distinction describe ss. 231.1(1) and 231.2(1) as “audit” functions, i.e., fundamentally directed towards compliance and civil reassessment concerns. The appellant submits that the Crown can no longer use the ss. 231.1(1) and 231.2(1) “audit powers” from the point at which its predominant purpose is to investigate a s. 239 offence. The Criminal Lawyers’ Association (Ontario) and the appellant in the companion case, *Ling*, submit that the inspection and requirement powers may be used at any time, but that a person accused of a s. 239 offence must benefit from use and derivative use immunity relative to any information that is compelled from him during the audit process.

sur la distinction décrivent les fonctions énumérées aux par. 231.1(1) et 231.2(1) comme des fonctions de « vérification », c.-à-d. des fonctions visant fondamentalement l’observation de la Loi et l’établissement d’une nouvelle cotisation, qui est une matière civile. L’appelant prétend que le ministère public ne peut plus se servir des « pouvoirs de vérification » conférés par les par. 231.1(1) et 231.2(1) à partir du moment où son objet prédominant consiste à enquêter sur une infraction prévue à l’art. 239. La Criminal Lawyers’ Association (Ontario) et l’appelant dans l’affaire connexe, *Ling*, font valoir que les pouvoirs d’inspection et de demande péremptoire peuvent être utilisés en tout temps, mais qu’une personne accusée d’une infraction prévue à l’art. 239 doit bénéficier d’une immunité contre l’utilisation de la preuve et contre l’utilisation de la preuve dérivée relativement à tout renseignement qu’elle a été contrainte de fournir au cours du processus de vérification.

75

On the other hand, the respondent submits that there is no rigid audit/investigation distinction. It reiterates that the ITA is an integrated regulatory scheme, and argues that all of the powers are assigned to a single person, the Minister, whose function under the Act does not change: the fact that the Minister delegates the use of these powers to various CCRA functionaries is irrelevant, as is the internal organizational structure of the department. According to the respondent, the ss. 231.1(1) and 231.2(1) powers are available in all circumstances, save two: where charges have been laid under s. 239 and the sole purpose for their exercise is to obtain prosecutorial evidence, and where the laying of charges is deliberately delayed in order for prosecutors to use the powers to build their case. The respondent concedes, as well, that s. 231.1(1)(d) does not countenance queries into the mental state, or *mens rea*, required to prove the ITA offences; the definition of “proper questions” in that paragraph does not extend that far, and answers to such questions should therefore be excluded under s. 24(2).

Par contre, l’intimée avance qu’il n’existe pas de distinction nette entre une vérification et une enquête. Elle rappelle que la LIR est un régime réglementaire intégré et soutient que tous les pouvoirs sont attribués à une seule personne, le ministre, auquel la Loi attribue une fonction qui ne change pas : le fait que le ministre délègue l’utilisation de ces pouvoirs à divers fonctionnaires de l’ADRC n’est pas pertinent, pas plus d’ailleurs que l’organigramme interne du ministère. Selon l’intimée, les pouvoirs prévus aux par. 231.1(1) et 231.2(1) peuvent être utilisés dans toutes les circonstances, sauf dans les deux cas suivants : premièrement, lorsque des accusations ont été portées en vertu de l’art. 239 et que le seul but de l’exercice de ces pouvoirs est de recueillir une preuve à charge et, deuxièmement, lorsque les poursuivants retardent délibérément le dépôt des accusations afin d’utiliser ces pouvoirs pour étayer leur preuve. L’intimée concède également que l’al. 231.1(1)d) n’autorise pas de questions relativement à l’état d’esprit, ou *mens rea*, requis pour faire la preuve des infractions à la LIR; dans cet alinéa, la définition de l’expression « questions pertinentes » ne va pas aussi loin et les réponses à de telles questions devraient être écartées par application du par. 24(2).

The intervening Attorneys General for Ontario and Quebec support the respondent's position. With respect to the proper use of ss. 231.1(1) and 231.2(1), the Attorney General of Quebec adopts a "sole purpose" approach, similar to the respondent's. For its part, the Attorney General for Ontario submits that there is no reasonable expectation of privacy in incriminatory information gathered pursuant to regulatory powers; however, the abuse of process doctrine and s. 7 of the *Charter* might find application in situations of improper conduct, such as "where there is no legitimate interest left in an audit and the auditors have become mere agents of an enforcement objective" (Attorney General for Ontario's factum, at para. 49).

## (2) Our View

Analysis must begin with the words of the Act, and the proper construction of ss. 231.1(1) and 231.2(1). The approach to statutory interpretation can be easily stated: one is to seek the intent of Parliament by reading the words of the provision in context and according to their grammatical and ordinary sense, harmoniously with the scheme and the object of the statute (*Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 12; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87).

By their express terms, both ss. 231.1(1) and 231.2(1) are available "for any purpose related to the administration or enforcement" or, in French, "*pour l'application et l'exécution*" of the ITA. Although these terms are, at first glance, extremely broad, we ultimately come to the conclusion that, in the entire context, they do not include the prosecution of s. 239 offences.

As several of this Court's recent cases have illustrated, the words employed in the English and French versions of a federal statute are equally

Les procureurs généraux de l'Ontario et du Québec, intervenants, appuient la position de l'intimée. En ce qui concerne l'utilisation appropriée des par. 231.1(1) et 231.2(1), le procureur général du Québec adopte une approche fondée sur un [TRADUCTION] « objet unique » semblable à celle que préconise l'intimée. Quant au procureur général de l'Ontario, il allègue qu'il n'existe pas d'attente raisonnable en matière de respect de la vie privée dans le cas de renseignements incriminants recueillis conformément aux pouvoirs réglementaires; cependant, la doctrine de l'abus de procédure et l'art. 7 de la *Charte* pourraient s'appliquer dans des cas de conduite irrégulière, notamment [TRADUCTION] « lorsqu'il n'existe plus d'intérêt légitime à effectuer une vérification et que les vérificateurs sont devenus de simples agents d'application de la loi » (mémoire du procureur général de l'Ontario, par. 49).

## (2) Notre point de vue

Notre analyse doit commencer par celle des termes de la Loi et par l'interprétation juste des par. 231.1(1) et 231.2(1). Il est facile de décrire la méthode d'interprétation des lois : il faut déterminer l'intention du législateur et, à cette fin, lire les termes de la loi dans leur contexte, en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit et l'objet de la loi (*Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 12; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), p. 87).

Comme ils le prévoient expressément, les par. 231.1(1) et 231.2(1) sont destinés à être utilisés « pour l'application et l'exécution » ou, en anglais, « *for any purpose related to the administration or enforcement* » de la LIR. Bien que ces expressions soient à première vue extrêmement générales, nous concluons en dernière analyse que, compte tenu de l'ensemble du contexte, elles n'incluent pas la poursuite des infractions prévues à l'art. 239.

Comme plusieurs des arrêts récents de notre Cour l'ont illustré, les termes employés dans les versions anglaise et française d'une loi fédérale

76

2002 SCC 73 (CanLII)

77

78

79

authoritative and should be read together in order to ascertain the proper meaning of the terms. The meaning of “administration” is clear. On the other hand, the ordinary sense of the term “enforcement” could conceivably encompass both assessment of tax liability and prosecution of offences (the *Oxford English Reference Dictionary* (2nd ed. 1996) defines “enforce” as “compel observance of (a law etc.)”). As for the French version, it provides negligible assistance here, since the two terms are rendered in equally wide scope, as “*l’application et l’exécution*”. Hence, the question remains: does “enforcement” of the ITA include the prosecution of the s. 239 criminal offences?

font pareillement autorité et il faut les lire conjointement pour dégager l’interprétation qu’il convient de leur attribuer. En anglais, le sens du terme « *administration* » est clair. Par contre, le sens ordinaire du terme « *enforcement* » pourrait théoriquement comprendre à la fois l’évaluation d’une obligation fiscale et la poursuite des infractions (l’*Oxford English Reference Dictionary* (2<sup>e</sup> éd. 1996), définit le terme « *enforce* » comme [TRADUCTION] « le fait de contraindre à l’observation (notamment d’une loi) ». Quant à elle, la version française n’est pas d’un grand secours en l’espèce, car les termes « *application* » et « *exécution* » ont une portée aussi vaste l’un que l’autre. La question demeure donc de savoir si le terme « *enforcement* » figurant dans la LIR inclut la poursuite des infractions criminelles visées à l’art. 239.

80

This Court considered the scope of the requirement power in *Canadian Bank of Commerce v. Canada (Attorney General)*, [1962] S.C.R. 729, and *James Richardson & Sons, Ltd. v. M.N.R.*, [1984] 1 S.C.R. 614. At p. 625 of the *Richardson* case, Wilson J. held that the provision could not be employed for a “fishing expedition”, and that it was “only available to the Minister to obtain information relevant to the tax liability of some specific person or persons if the tax liability of such person or persons is the subject of a genuine and serious inquiry”.

Notre Cour a examiné l’étendue du pouvoir de demande péremptoire dans les arrêts *Canadian Bank of Commerce c. Canada (Attorney General)*, [1962] R.C.S. 729, et *James Richardson & Sons, Ltd. c. M.R.N.*, [1984] 1 R.C.S. 614. À la page 625 de l’arrêt *Richardson*, le juge Wilson conclut que cette disposition ne peut servir pour faire une « recherche à l’aveuglette » et que « le Ministre ne peut [y] recourir [. . .] pour obtenir des renseignements sur l’assujettissement à l’impôt d’une seule ou de plusieurs personnes déterminées que si leur assujettissement fait l’objet d’une enquête véritable est sérieuse ».

81

The respondent’s interpretation of “proper questions” for the purposes of s. 231.1(1)(d) implies that the words “administration or enforcement”, as they are used in the context of s. 231.1(1), do not extend to the investigation of ITA offences. Additionally and, in our view, more significantly, it is useful to contrast the language of ss. 231.1(1) and 231.2(1) with that of s. 231.3(1), which sets out an *ex parte* application process for a warrant to search “for any document or thing that may afford evidence [of] the commission of [the] offence under this Act” (emphasis added). The existence of a prior authorization procedure where the commission of an offence is suspected creates a strong inference that the separate statutory inspection and

L’interprétation que l’intimée propose de l’expression « questions pertinentes » pour l’application de l’al. 231.1(1)d) laisse entendre que les termes « application et [. . .] exécution », tels qu’ils sont utilisés dans le contexte du par. 231.1(1), ne visent pas les enquêtes relatives aux infractions à la LIR. Il est aussi utile et, selon nous, encore plus révélateur, de comparer le libellé des par. 231.1(1) et 231.2(1) à celui du par. 231.3(1), qui prévoit un processus de requête *ex parte* en vue d’obtenir un mandat de perquisition permettant de chercher « des documents ou choses qui peuvent constituer des éléments de preuve de la perpétration d’une infraction à la présente loi » (je souligne). L’existence d’une procédure d’autorisation préalable lorsque l’on

requirement powers are unavailable to further a prosecutorial investigation.

In response to a question put to him during the appeal, counsel for the respondent submitted that the s. 231.3(1) warrant power was “residual”, in the sense that it was intended to provide protection against the eventuality that a taxpayer, informed of an audit against him or her, would destroy his or her records in order to be charged with non-compliance under s. 238 rather than evasion under s. 239; the theory advanced being that the warrant, because of its being issued *ex parte*, would allow the authorities to act before the taxpayer were even aware of the audit.

We cannot accept that argument. First, we find it difficult to imagine why Parliament, if it truly desired to create such a safeguard for tax assessment purposes, would attach three such onerous pre-requisites to its issuance. The s. 231.3 warrant issues only in circumstances where the judge is satisfied that there are reasonable grounds to believe: that an ITA offence was committed (s. 231.3(3)(a)); that a document or thing affording evidence of the offence is likely to be found (s. 231.3(3)(b)); and that the place specified in the application for the warrant is likely to contain the document or thing (s. 231.3(3)(c)). Plainly, s. 231.3 is concerned with offences against the Act, and not with auditorial verifications. It follows that the s. 231.3 warrant covers generally the same ground as does the *Criminal Code*’s s. 487 warrant (see *R. v. Multiform Manufacturing Co.*, [1990] 2 S.C.R. 624), which was in fact the route chosen by Revenue Canada to obtain evidence of the offences in the present case. According to one expert, it is now the CCRA’s standard practice to use s. 487 of the *Criminal Code* rather than s. 231.3 of the ITA: see Krishna, *supra*, at p. 810. Second, and perhaps more fundamentally, Parliament made it an offence under s. 239(1)(b) to destroy records or books of account; substituting a charge under

soupçonne qu’une infraction a été commise crée une forte inférence selon laquelle il n’est pas possible d’exercer les pouvoirs distincts d’inspection et de demande péremptoire pour mener une enquête criminelle.

En réponse à une question qui lui a été posée au cours de l’audition, le procureur de l’intimée a avancé que le pouvoir d’un juge de décerner un mandat en vertu du par. 231.3(1) constituait un pouvoir [TRADUCTION] « résiduel » en ce sens qu’il vise à écarter la possibilité qu’un contribuable, informé de la tenue d’une vérification à son sujet, détruise ses registres de façon à pouvoir être inculpé d’inobservation de la loi en application de l’art. 238, plutôt que de fraude fiscale sous le régime de l’art. 239; selon l’hypothèse avancée, la délivrance *ex parte* du mandat permettrait aux autorités d’agir avant que le contribuable soit même au courant de la vérification.

Nous ne pouvons retenir cet argument. Premièrement, nous pouvons difficilement imaginer pourquoi le législateur, s’il désirait réellement créer une telle mesure de protection pour fins d’évaluation de l’obligation fiscale, aurait établi trois conditions préalables aussi sévères à la délivrance d’un mandat de perquisition. En effet, le juge ne décerne le mandat de perquisition visé à l’art. 231.3 que s’il est convaincu qu’il existe des motifs raisonnables de croire ce qui suit : une infraction prévue par la LIR a été commise (al. 231.3(3)a)); des documents ou choses qui peuvent constituer des éléments de preuve de la perpétration de l’infraction seront vraisemblablement trouvés (al. 231.3(3)b)); l’endroit précisé dans la requête contient vraisemblablement de tels documents ou choses (al. 231.3(3)c)). De toute évidence, l’art. 231.3 vise les infractions à la Loi, et non les vérifications. Il s’ensuit que le mandat prévu par l’art. 231.3 s’applique généralement à des situations couvertes par le mandat de perquisition décerné en vertu de l’art. 487 du *Code criminel* (voir l’arrêt *R. c. Multiform Manufacturing Co.*, [1990] 2 R.C.S. 624), voie qu’a effectivement privilégiée Revenu Canada en l’espèce pour recueillir des éléments de preuve relativement aux infractions. Selon un expert, l’ADRC a maintenant pour pratique de recourir habituellement à l’art. 487

82

2002 SCC 73 (CanLII)

83



one paragraph of s. 239(1) for another would be a Pyrrhic victory for the miscreant taxpayer.

du *Code criminel* plutôt qu'à l'art. 231.3 de la LIR : voir Krishna, *op. cit.*, p. 810. Deuxièmement, et ceci nous semble peut-être plus fondamental, le législateur fédéral a criminalisé à l'al. 239(1)*b*) le fait de détruire des registres ou des livres de comptes; substituer une accusation visée à un alinéa du par. 239(1) par une autre constituerait une victoire à la Pyrrhus pour le contribuable sans foi ni loi.

84 Although the taxpayer and the CCRA are in opposing positions during an audit, when the CCRA exercises its investigative function they are in a more traditional adversarial relationship because of the liberty interest that is at stake. In these reasons, we refer to the latter as the adversarial relationship. It follows that there must be some measure of separation between the audit and investigative functions within the CCRA. Of course, having determined this, it remains for us to determine the bounds between the ITA audit and investigation and then to discuss the legal consequences. To this, we now turn.

Le contribuable et l'ADRC ont des intérêts opposés à l'étape de la vérification, mais lorsque l'ADRC exerce sa fonction d'enquête, ils se trouvent dans une relation de nature contradictoire plus traditionnelle en raison du droit à la liberté qui est alors en jeu. Dans les présents motifs, c'est ce dernier type de relation que nous appelons la relation de nature contradictoire. Il s'ensuit qu'il doit exister une certaine séparation entre les fonctions de vérification et d'enquête au sein de l'ADRC. Ayant statué sur ce point, il nous reste bien entendu à délimiter la frontière entre la vérification et l'enquête sous le régime de la LIR et à en examiner les conséquences juridiques. C'est ce que nous ferons maintenant.

D. *Delineating the Bounds Between Audit and Investigation: Nature of the Inquiry*

D. *La délimitation de la frontière entre une vérification et une enquête : la nature de l'examen*

85 We have been directed to a plethora of cases that have attempted to draw the line between audit and investigation for income tax purposes. There is a lack of consensus on the matter. Some courts have stated that the investigation begins at the time when there are reasonable and probable grounds to believe that an offence has occurred: see *R. v. Bjellebo*, [1999] O.J. No. 965 (QL) (Gen. Div.), at para. 171; *R. v. Pheasant*, [2001] G.S.T.C. 8 (Ont. C.J.), at para. 68; *R. v. Chusid* (2001), 57 O.R. (3d) 20 (S.C.J.), at para. 61.

On a porté à notre attention une pléthore de décisions dans lesquelles les tribunaux ont tenté de tracer la ligne de démarcation entre une vérification et une enquête pour les besoins de l'impôt sur le revenu. Il n'existe pas de consensus sur cette question. Certains tribunaux ont affirmé que l'enquête commence au moment où il existe des motifs raisonnables et probables de croire qu'il y a eu perpétration d'une infraction : voir *R. c. Bjellebo*, [1999] O.J. No. 965 (QL) (Div. gén.), par. 171; *R. c. Pheasant*, [2001] G.S.T.C. 8 (C.J. Ont.), par. 68; *R. c. Chusid* (2001), 57 O.R. (3d) 20 (C.S.J.), par. 61.

86 Some cases have referred to "reasonable suspicions" of an offence as engaging the audit/investigation tripwire: *R. v. Roberts*, [1998] B.C.J. No. 3184 (QL) (Prov. Ct.), at paras. 39-40; *R. v. Dial Drug Stores Ltd.* (2001), 52 O.R. (3d) 367 (C.J.), at p. 387. Still other cases have held that the test is one of "predominant purpose": see the lower court judgments in the case at bar; *Samson v. Canada*, [1995] 3 F.C. 306 (C.A.), leave to appeal refused,

Dans certaines décisions, les tribunaux affirment que c'est l'existence de [TRADUCTION] « soupçons raisonnables » quant à la perpétration d'une infraction qui déclenche la transformation d'une vérification en enquête : *R. c. Roberts*, [1998] B.C.J. No. 3184 (QL) (C. prov.), par. 39-40; *R. c. Dial Drug Stores Ltd.* (2001), 52 O.R. (3d) 367 (C.J.), p. 387. Cependant, d'autres ont statué que le critère est celui de [TRADUCTION] « l'objet prédominant » :



[1996] 1 S.C.R. ix (*sub nom. Samson v. Addy*); *R. v. Yip* (2000), 278 A.R. 124, 2000 ABQB 873, at para. 34; *R. v. Anderson* (2001), 209 Sask. R. 117, 2001 SKQB 334, at para. 36; *R. v. Seaside Chevrolet Oldsmobile Ltd.* (2002), 248 N.B.R. (2d) 132, 2002 NBPC 5, at para. 51. Another has purported to have applied the same test, only to find that the predominant purpose will always be investigatory when “matters are placed in the hands of” Special Investigations Section: see *R. v. Warawa* (1997), 208 A.R. 81 (Q.B.), at paras. 11-12 and 134.

In *Norway Insulation*, *supra*, LaForme J. held, at p. 437, that the regulatory nature of an inquiry “changed after Special Investigations became involved and directed the subsequent work”. He also agreed with the trial judge (reasons at [1995] 2 C.T.C. 451 (Ont. Ct. (Prov. Div.)) that it was when the first auditor developed the opinion, ultimately erroneous, that there was “sufficient evidence” of an offence, that the inquiry changed hue. Finally, in *R. v. Coghlan*, [1994] 1 C.T.C. 164 (Ont. Ct. (Prov. Div.)), at p. 172, Judge Ratushny opined that it was only when “Revenue Canada decides to lay criminal charges” that the criminal investigation begins. Otherwise, “the searches or seizures are for the bona fide purpose of determining compliance with the *Income Tax Act*, whether or not Revenue Canada suspects a criminal offence during that time” (*ibid.*). *Coghlan* was followed in *Gorenko v. La Reine*, [1997] R.J.Q. 2482 (Sup. Ct.), at p. 2500 (aff’d [1999] Q.J. No. 6268 (QL) (C.A.)), leave to appeal to S.C.C. granted and appeal discontinued, [2000] 2 S.C.R. ix).

In our view, where the predominant purpose of a particular inquiry is the determination of penal liability, CCRA officials must relinquish the

voir les décisions des tribunaux d’instance inférieure en l’espèce; *Samson c. Canada*, [1995] 3 C.F. 306 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée, [1996] 1 R.C.S. ix (*sub nom. Samson c. Addy*); *R. c. Yip* (2000), 278 A.R. 124, 2000 ABQB 873, par. 34; *R. c. Anderson* (2001), 209 Sask. R. 117, 2001 SKQB 334, par. 36; *R. c. Seaside Chevrolet Oldsmobile Ltd.* (2002), 248 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 132, 2002 NBPC 5, par. 51. Un autre tribunal a expressément voulu appliquer le même critère pour enfin conclure que l’objet prédominant consiste toujours à mener une enquête lorsque [TRADUCTION] « l’examen des questions » sera confié à la Section des enquêtes spéciales : voir l’arrêt *R. c. Warawa* (1997), 208 A.R. 81 (B.R.), par. 11-12 et 134.

Dans l’affaire *Norway Insulation*, précitée, le juge LaForme a conclu à la p. 437, que le caractère réglementaire d’un examen [TRADUCTION] « avait changé au moment où les Enquêtes spéciales étaient intervenues et avaient dirigé le travail accompli par la suite ». Il a également souscrit à l’opinion du juge de première instance (motifs publiés à [1995] 2 C.T.C. 451 (C. Ont. (Div. prov.)) selon laquelle c’était au moment où le premier vérificateur avait formé l’opinion, erronée en dernière analyse, qu’il existait une [TRADUCTION] « preuve suffisante » de la perpétration d’une infraction que l’examen avait changé d’orientation. Enfin, dans l’affaire *R. c. Coghlan*, [1994] 1 C.T.C. 164 (C. Ont. (Div. prov.)), p. 172, le juge Ratushny a exprimé l’avis que c’est seulement lorsque [TRADUCTION] « Revenu Canada décide de porter des accusations criminelles » que commence l’enquête criminelle. Sinon, [TRADUCTION] « l’objet véritable des fouilles, perquisitions ou saisies est de vérifier la conformité avec la *Loi de l’impôt sur le revenu*, que Revenu Canada ait ou non alors des soupçons relativement à la perpétration d’une infraction criminelle » (*ibid.*). La décision *Coghlan* a été suivie dans *Gorenko c. La Reine*, [1997] R.J.Q. 2482 (C.S.), p. 2500 (conf. par [1999] J.Q. n° 6268 (QL) (C.A.)), autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée, suivie d’un désistement : [2000] 2 R.C.S. ix).

À notre avis, lorsqu’un examen dans un cas particulier a pour objet prédominant d’établir la responsabilité pénale du contribuable, les fonctionnaires

authority to use the inspection and requirement powers under ss. 231.1(1) and 231.2(1). In essence, officials “cross the Rubicon” when the inquiry in question engages the adversarial relationship between the taxpayer and the state. There is no clear formula that can answer whether or not this is the case. Rather, to determine whether the predominant purpose of the inquiry in question is the determination of penal liability, one must look to all factors that bear upon the nature of that inquiry.

89

To begin with, the mere existence of reasonable grounds that an offence may have occurred is by itself insufficient to support the conclusion that the predominant purpose of an inquiry is the determination of penal liability. Even where reasonable grounds to suspect an offence exist, it will not always be true that the predominant purpose of an inquiry is the determination of penal liability. In this regard, courts must guard against creating procedural shackles on regulatory officials; it would be undesirable to “force the regulatory hand” by removing the possibility of seeking the lesser administrative penalties on every occasion in which reasonable grounds existed of more culpable conduct. This point was clearly stated in *McKinlay Transport, supra*, at p. 648, where Wilson J. wrote: “The Minister must be capable of exercising these [broad supervisory] powers whether or not he has reasonable grounds for believing that a particular taxpayer has breached the Act.” While reasonable grounds indeed constitute a necessary condition for the issuance of a search warrant to further a criminal investigation (s. 231.3 of the ITA; *Criminal Code*, s. 487), and might in certain cases serve to indicate that the audit powers were misused, their existence is not a sufficient indicator that the CCRA is conducting a *de facto* investigation. In most cases, if all ingredients of an offence are reasonably thought to have occurred, it is likely that the investigation function is triggered.

de l’ADRC doivent renoncer à leur faculté d’utiliser les pouvoirs d’inspection et de demande péremptoire que leur confèrent les par. 231.1(1) et 231.2(1). Essentiellement, les fonctionnaires [TRADUCTION] « franchissent le Rubicon » lorsque l’examen crée la relation contradictoire entre le contribuable et l’État. Il n’existe pas de méthode claire pour décider si tel est le cas. Pour déterminer si l’objet prédominant d’un examen consiste à établir la responsabilité pénale du contribuable, il faut plutôt examiner l’ensemble des facteurs qui ont une incidence sur la nature de cet examen.

D’abord, la simple existence de motifs raisonnables de croire qu’il peut y avoir eu perpétration d’une infraction est insuffisante en soi pour conclure que l’objet prédominant d’un examen consiste à établir la responsabilité pénale du contribuable. Même lorsqu’il existe des motifs raisonnables de soupçonner la perpétration d’une infraction, il ne sera pas toujours exact de dire que l’objet prédominant de l’examen est d’établir la responsabilité pénale du contribuable. À cet égard, les tribunaux doivent se garder d’imposer des entraves de nature procédurale aux fonctionnaires; il ne serait pas souhaitable de [TRADUCTION] « forcer la main des autorités réglementaires » en les privant de la possibilité de recourir à des peines administratives moindres chaque fois qu’il existe des motifs raisonnables de croire à l’existence d’une conduite plus coupable. Ce point a été exprimé clairement dans l’arrêt *McKinlay Transport*, précité, p. 648, où le juge Wilson affirme : « Le Ministre doit être capable d’exercer ces [larges] pouvoirs [de surveillance], qu’il ait ou non des motifs raisonnables de croire qu’un certain contribuable a violé la Loi ». Bien que l’existence de motifs raisonnables constitue en fait une condition nécessaire à la délivrance d’un mandat de perquisition pour mener une enquête criminelle (art. 231.3 de la LIR et 487 du *Code criminel*) et pourrait, dans certains cas, indiquer que les pouvoirs de vérification ont été utilisés à mauvais escient, cet élément ne suffit pas pour établir que l’ADRC mène une enquête *de facto*. Dans la plupart des cas, si l’on croit raisonnablement à la présence de tous les éléments d’une infraction, il est probable que le processus d’enquête sera enclenché.

All the more, the test cannot be set at the level of mere suspicion that an offence has occurred. Auditors may, during the course of their inspections, suspect all manner of taxpayer wrongdoing, but it certainly cannot be the case that, from the moment such suspicion is formed, an investigation has begun. On what evidence could investigators ever obtain a search warrant if the whiff of suspicion were enough to freeze auditorial fact-finding? The state interest in prosecuting those who wilfully evade their taxes is of great importance, and we should be careful to avoid rendering nugatory the state's ability to investigate and obtain evidence of these offences.

The other pole of the continuum is no more attractive. It would be a fiction to say that the adversarial relationship only comes into being when charges are laid. Logically, this will only happen once the investigators believe that they have obtained evidence that indicates wrongdoing. Because the s. 239 offences contain an element of mental culpability, the state will, one must presume, usually have some evidence that the accused satisfied the *mens rea* requirements before laying an information or preferring an indictment. The active collection of such evidence indicates that the adversarial relationship has been engaged, since it is irrelevant to the determination of tax liability. Moreover, although there are judicial controls on the unauthorized exercise of power (*Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Babcock v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 3, 2002 SCC 57, at para. 25), we believe that allowing CCRA officials to employ ss. 231.1(1) and 231.2(1) until the point where charges are laid, might promote bad faith on the part of the prosecutors. Quite conceivably, situations may arise in which charges are delayed in order to compel the taxpayer to provide evidence against himself or herself for the purposes of a s. 239 prosecution. Although the respondent argued that such situations could be remedied by the courts, we view it as preferable that such situations be avoided rather than

On peut encore moins retenir comme critère le simple soupçon qu'une infraction a été commise. Au cours de sa vérification, le vérificateur peut soupçonner toutes sortes de conduites répréhensibles, mais on ne peut certainement pas affirmer qu'une enquête est enclenchée dès l'apparition d'un soupçon. Sur le fondement de quels éléments de preuve un enquêteur pourrait-il obtenir un mandat de perquisition si un vague soupçon était suffisant pour bloquer le processus de vérification qui permet d'établir les faits? L'intérêt qu'a l'État à poursuivre ceux qui éludent volontairement le paiement d'un impôt revêt une grande importance, et nous devons nous garder de neutraliser la capacité de l'État d'enquêter et de recueillir des éléments de preuve de la perpétration de ces infractions.

L'autre extrême ne semble pas mieux convenir. Ce serait une fiction de dire que la relation de nature contradictoire ne prend naissance qu'au moment du dépôt des accusations. En toute logique, cela ne se produira qu'une fois que les enquêteurs croiront avoir obtenu la preuve de l'existence d'une conduite répréhensible. Puisque les infractions visées à l'art. 239 comportent un élément de culpabilité morale, il faut présumer que l'État disposera habituellement d'une preuve que l'accusé avait la *mens rea* requise avant de déposer une dénonciation ou de présenter un acte d'accusation. La collecte active de ces éléments de preuve indique que la relation de nature contradictoire a pris naissance puisqu'il s'agit là d'un aspect non pertinent pour l'évaluation de l'obligation fiscale. Par ailleurs, bien qu'il existe des mécanismes de contrôle judiciaire de l'exercice non autorisé d'un pouvoir (*Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Babcock c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 3, 2002 CSC 57, par. 25), nous sommes d'avis que permettre aux fonctionnaires de l'ADRC d'avoir recours à l'application des par. 231.1(1) et 231.2(1) jusqu'au dépôt des accusations pourrait favoriser la mauvaise foi chez les poursuivants. Il est tout à fait concevable qu'il puisse survenir des situations où le dépôt des accusations sera retardé afin de contraindre le contribuable à fournir des éléments de preuve contre lui-même pour les besoins d'une poursuite sous le régime de l'art. 239. Bien que l'intimée ait soutenu

remedied. It is for this reason that the test is as set out above.

92 Whether a matter has been sent to the investigations section is another factor in determining whether the adversarial relationship exists. Again, though, this, by itself, is not determinative. An auditor's recommendation that investigators look at a file might result in nothing in the way of a criminal investigation since there is always the possibility that the file will be sent back. Still, if, in an auditor's judgment, a matter should be sent to the investigators, a court must examine the following behaviour very closely. If the file is sent back, does it appear that the investigators have actually declined to take up the case and have returned the matter so that the audit can be completed? Or, does it appear, rather, that they have sent the file back as a matter of expediency, so that the auditor may use ss. 231.1(1) and 231.2(1) to obtain evidence for a prosecution (as was found to be the case in *Norway Insulation*, *supra*)?

93 To reiterate, the determination of when the relationship between the state and the individual has reached the point where it is effectively adversarial is a contextual one, which takes account of all relevant factors. In our opinion, the following list of factors will assist in ascertaining whether the predominant purpose of an inquiry is the determination of penal liability. Apart from a clear decision to pursue a criminal investigation, no one factor is necessarily determinative in and of itself, but courts must assess the totality of the circumstances, and make a determination as to whether the inquiry or question in issue engages the adversarial relationship between the state and the individual.

94 In this connection, the trial judge will look at all factors, including but not limited to such questions as:

(a) Did the authorities have reasonable grounds to lay charges? Does it appear from the record that

que les tribunaux pourraient remédier à de telles situations, nous estimons préférable de les éviter plutôt que d'y remédier. C'est pourquoi le critère applicable est celui exposé précédemment.

Le fait que le dossier a été ou non transmis à la section des enquêtes constitue un autre facteur à prendre en compte pour déterminer s'il existe une relation de nature contradictoire. Encore une fois, ce facteur n'est pas déterminant en soi. Même lorsqu'un vérificateur recommande que les enquêteurs examinent un dossier, il se peut qu'aucune enquête criminelle ne soit engagée, car il est toujours possible que le dossier soit retourné à la vérification. Cependant, si un vérificateur est d'avis qu'un dossier devrait être envoyé aux enquêteurs, le tribunal doit examiner très attentivement ce qui se passe ensuite. Si le dossier est retourné à la vérification, les enquêteurs ont-ils réellement décidé de ne pas examiner le dossier et l'ont-ils retourné aux vérificateurs pour que ceux-ci terminent la vérification? L'ont-ils plutôt retourné pour des raisons de commodité afin que le vérificateur puisse utiliser les par. 231.1(1) et 231.2(1) pour obtenir des éléments de preuve pour les besoins d'une poursuite (comme le tribunal l'a constaté dans l'affaire *Norway Insulation*, précitée)?

Rappelons que, pour déterminer à quel moment la relation entre l'État et le particulier est effectivement devenue une relation de nature contradictoire, il faut tenir compte du contexte, en examinant tous les facteurs pertinents. À notre avis, la liste suivante de facteurs sera utile pour déterminer si un examen a pour objet prédominant d'établir la responsabilité pénale du contribuable. À l'exception de la décision claire de procéder à une enquête criminelle, aucun facteur n'est nécessairement déterminant en soi. Les tribunaux doivent plutôt apprécier l'ensemble des circonstances et déterminer si l'examen ou la question en cause crée une relation de nature contradictoire entre l'État et le particulier.

À cet égard, le juge de première instance examinera tous les facteurs, y compris les suivants :

a) Les autorités avaient-elles des motifs raisonnables de porter des accusations? Semble-t-il,

a decision to proceed with a criminal investigation could have been made?

- (b) Was the general conduct of the authorities such that it was consistent with the pursuit of a criminal investigation?
- (c) Had the auditor transferred his or her files and materials to the investigators?
- (d) Was the conduct of the auditor such that he or she was effectively acting as an agent for the investigators?
- (e) Does it appear that the investigators intended to use the auditor as their agent in the collection of evidence?
- (f) Is the evidence sought relevant to taxpayer liability generally? Or, as is the case with evidence as to the taxpayer's *mens rea*, is the evidence relevant only to the taxpayer's penal liability?
- (g) Are there any other circumstances or factors that can lead the trial judge to the conclusion that the compliance audit had in reality become a criminal investigation?

It should also be noted that in this case we are dealing with the CCRA. However, there may well be other provincial or federal governmental departments or agencies that have different organizational settings which in turn may mean that the above factors, as well as others, will have to be applied in those particular contexts.

#### E. *Charter Consequences*

With respect to the consequences related to s. 8 of the *Charter*, *McKinlay Transport*, *supra*, makes it clear that taxpayers have very little privacy interest in the materials and records that they are obliged to keep under the ITA, and that they are obliged to produce during an audit. Moreover, once an auditor has inspected or required a given document under ss. 231.1(1) and 231.2(1), the taxpayer cannot truly be said to have a reasonable expectation that

au vu du dossier, que l'on aurait pu prendre la décision de procéder à une enquête criminelle?

- b) L'ensemble de la conduite des autorités donnait-elle à croire que celles-ci procédaient à une enquête criminelle?
- c) Le vérificateur avait-il transféré son dossier et ses documents aux enquêteurs?
- d) La conduite du vérificateur donnait-elle à croire qu'il agissait en fait comme un mandataire des enquêteurs?
- e) Semble-t-il que les enquêteurs aient eu l'intention d'utiliser le vérificateur comme leur mandataire pour recueillir des éléments de preuve?
- f) La preuve recherchée est-elle pertinente quant à la responsabilité générale du contribuable ou, au contraire, uniquement quant à sa responsabilité pénale, comme dans le cas de la preuve de la *mens rea*?
- g) Existe-t-il d'autres circonstances ou facteurs susceptibles d'amener le juge de première instance à conclure que la vérification de la conformité à la loi était en réalité devenue une enquête criminelle?

Il faut aussi souligner que le présent pourvoi concerne l'ADRC. Il se pourrait toutefois que d'autres ministères ou organismes gouvernementaux fédéraux ou provinciaux aient des structures organisationnelles différentes. Il pourrait alors être nécessaire, pour cette raison, d'appliquer certains facteurs, dont les facteurs qui précèdent, en tenant compte de leur contexte particulier.

#### E. *Conséquences sur l'application de la Charte*

En ce qui concerne l'application de l'art. 8 de la *Charte*, l'arrêt *McKinlay Transport*, précité, établit clairement que le droit au respect de la vie privée du contribuable est très restreint en ce qui concerne les documents et registres qu'il doit tenir conformément à la LIR et produire au cours d'une vérification. En outre, lorsque le vérificateur a examiné ou exigé un document en vertu des par. 231.1(1) et 231.2(1), on ne peut véritablement prétendre que le contribuable



the auditor will guard its confidentiality. It is well known, as Laskin C.J. stated in *Smerchanski*, *supra*, at p. 32, that “[t]he threat of prosecution underlies every tax return if a false statement is knowingly made in it”. It follows that there is nothing preventing auditors from passing to investigators their files containing validly obtained audit materials. That is, there is no principle of use immunity that prevents the investigators, in the exercise of their investigative function, from making use of evidence obtained through the proper exercise of the CCRA’s audit function. Nor, in respect of validly obtained audit information, is there any principle of derivative use immunity that would require the trial judge to apply the “but for” test from *S. (R.J.)*, *supra*. If a particular piece of evidence comes to light as a result of the information validly contained in the auditor’s file, then investigators may make use of it.

s’attendait raisonnablement à ce que le vérificateur en préserve la confidentialité. Comme le juge en chef Laskin l’a affirmé dans l’arrêt *Smerchanski*, précité, p. 32, il est bien établi qu’« [a]ucune déclaration d’impôt n’échappe à la menace de poursuites en cas de déclaration frauduleuse délibérée ». Il s’ensuit donc que rien n’empêche les vérificateurs de transmettre leurs dossiers, qui renferment des documents de vérification validement obtenus, aux enquêteurs. Ainsi, aucun principe d’immunité contre l’utilisation n’empêche les enquêteurs, dans l’exercice de leur fonction d’enquête, d’utiliser des éléments de preuve obtenus dans l’exercice régulier de la fonction de vérification de l’ADRC. En ce qui concerne les renseignements validement obtenus au cours d’une vérification, il n’existe pas non plus de principe d’immunité contre l’utilisation de la preuve dérivée qui exigerait du juge de première instance qu’il applique le critère « n’eût été » formulé dans *S. (R.J.)*, précité. Lorsque des renseignements validement contenus dans le dossier du vérificateur révèlent un élément de preuve particulier, les enquêteurs peuvent l’utiliser.

96

On the other hand, with respect to s. 7 of the *Charter*, when the predominant purpose of a question or inquiry is the determination of penal liability, the “full panoply” of *Charter* rights are engaged for the taxpayer’s protection. There are a number of consequences that flow from this. First, no further statements may be compelled from the taxpayer by way of s. 231.1(1)(d) for the purpose of advancing the criminal investigation. Likewise, no written documents may be inspected or examined, except by way of judicial warrant under s. 231.3 of the ITA or s. 487 of the *Criminal Code*, and no documents may be required, from the taxpayer or any third party for the purpose of advancing the criminal investigation. CCRA officials conducting inquiries, the predominant purpose of which is the determination of penal liability, do not have the benefit of the ss. 231.1(1) and 231.2(1) requirement powers.

Par contre, en ce qui concerne l’application de l’art. 7 de la *Charte*, lorsqu’un examen ou une question a pour objet prédominant d’établir la responsabilité pénale du contribuable, « toute la panoplie » des droits garantis par la *Charte* entrent en jeu pour le protéger. Il en résulte certaines conséquences. Premièrement, le contribuable ne peut être contraint de faire aucune nouvelle déclaration sous le régime de l’al. 231.1(1)d) pour faire progresser l’enquête criminelle. De même, aucun document écrit ne peut être inspecté ni examiné, sauf sur obtention d’un mandat judiciaire sous le régime des art. 231.3 de la LIR ou 487 du *Code criminel*, et ni le contribuable, ni les tiers ne peuvent être contraints à produire des documents pour les besoins de l’enquête criminelle. Les fonctionnaires de l’ADRC qui procèdent à un examen ayant pour objet prédominant d’établir la responsabilité pénale du contribuable ne peuvent exercer les pouvoirs de contrainte conférés par les par. 231.1(1) et 231.2(1).

97

The predominant purpose test does not thereby prevent the CCRA from conducting parallel criminal investigations and administrative audits. The fact

Le critère de l’objet prédominant n’empêche pas l’ADRC de mener parallèlement une enquête criminelle et une vérification administrative. Le fait

that the CCRA is investigating a taxpayer's penal liability, does not preclude the possibility of a simultaneous investigation, the predominant purpose of which is a determination of the same taxpayer's tax liability. However, if an investigation into penal liability is subsequently commenced, the investigators can avail themselves of that information obtained pursuant to the audit powers prior to the commencement of the criminal investigation, but not with respect to information obtained pursuant to such powers subsequent to the commencement of the investigation into penal liability. This is no less true where the investigations into penal liability and tax liability are in respect of the same tax period. So long as the predominant purpose of the parallel investigation actually is the determination of tax liability, the auditors may continue to resort to ss. 231.1(1) and 231.2(1). It may well be that there will be circumstances in which the CCRA officials conducting the tax liability inquiry will desire to inform the taxpayer that a criminal investigation also is under way and that the taxpayer is not obliged to comply with the requirement powers of ss. 231.1(1) and 231.2(1) for the purposes of the criminal investigation. On the other hand, the authorities may wish to avail themselves of the search warrant procedures under ss. 231.3 of the ITA or 487 of the *Criminal Code* to access the documents necessary to advance the criminal investigation. Put another way, the requirement powers of ss. 231.1(1) and 231.2(1) cannot be used to compel oral statements or written production for the purpose of advancing the criminal investigation.

In summary, wherever the predominant purpose of an inquiry or question is the determination of penal liability, criminal investigatory techniques must be used. As a corollary, all *Charter* protections that are relevant in the criminal context must apply.

#### F. Summary

By way of summary, the following points emerge:

1. Although the ITA is a regulatory statute, a distinction can be drawn between the audit

que l'ADRC enquête sur la responsabilité pénale d'un contribuable n'écarte pas la possibilité que soit menée simultanément une enquête dont l'objet prédominant consiste à évaluer l'obligation fiscale du même contribuable. Toutefois, si une enquête sur la responsabilité pénale est engagée postérieurement, les enquêteurs peuvent utiliser les renseignements obtenus conformément aux pouvoirs de vérification avant le début de l'enquête criminelle, mais non les renseignements obtenus conformément à ces pouvoirs après le début de l'enquête sur la responsabilité pénale. Cela vaut tout autant lorsque les enquêtes touchant la responsabilité pénale et l'obligation fiscale visent la même période d'imposition. Tant que l'enquête parallèle a effectivement pour objet prédominant d'évaluer l'obligation fiscale du contribuable, les vérificateurs peuvent continuer d'avoir recours aux par. 231.1(1) et 231.2(1). Il pourrait bien survenir des circonstances dans lesquelles les fonctionnaires de l'ARDC qui évaluent l'obligation fiscale du contribuable voudront l'informer qu'une enquête criminelle est également en cours et qu'il n'est pas tenu de se soumettre aux pouvoirs de contrainte prévus par les par. 231.1(1) et 231.2(1) pour les besoins de l'enquête criminelle. Par contre, les autorités pourraient décider d'avoir recours à la procédure de délivrance d'un mandat de perquisition prévue aux art. 231.3 de la LIR ou 487 du *Code criminel* pour avoir accès aux documents nécessaires à l'enquête criminelle. En d'autres termes, les pouvoirs de contrainte conférés par les par. 231.1(1) et 231.2(1) ne peuvent être exercés pour obtenir des déclarations verbales ou la production de documents écrits dans le but de faire progresser une enquête criminelle.

En bref, dès qu'un examen ou une question a pour objet prédominant d'établir la responsabilité pénale du contribuable, il faut utiliser les techniques d'enquête criminelle. À titre corollaire, toutes les garanties prévues par la *Charte*, pertinentes dans le contexte criminel, s'appliquent obligatoirement.

#### F. Résumé

Voici, en résumé, les points qui se dégagent :

1. Bien que la LIR soit une loi de nature réglementaire, il est possible d'établir une

and investigative powers that it grants to the Minister.

2. When, in light of all relevant circumstances, it is apparent that CCRA officials are not engaged in the verification of tax liability, but are engaged in the determination of penal liability under s. 239, the adversarial relationship between the state and the individual exists. As a result, *Charter* protections are engaged.
3. When this is the case, investigators must provide the taxpayer with a proper warning. The powers of compulsion in ss. 231.1(1) and 231.2(1) are not available, and search warrants are required in order to further the investigation.

#### VI. Application to the Facts of the Jarvis Case

Whether or not a given inquiry is auditorial or investigatory in nature is a question of mixed fact and law. It involves subjecting the facts of a case to a multi-factored legal standard (*Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at para. 35) and, accordingly, Judge Fradsham's finding is not immune from appellate review.

In our view, although Goy-Edwards's conduct throughout her dealings with the appellant and his accountant was not praiseworthy — and at points appears deceptive — we do not think that the record rises to support a finding that she obtained information under ss. 231.1(1) and 231.2(1) while conducting an investigation, the predominant purpose of which was a determination of Jarvis's penal liability. While Goy-Edwards did on several occasions mislead the appellant and his accountant as to the status of the file, she did not use misleading tactics in order to obtain information under ss. 231.1(1) and 231.2(1) for the purpose of advancing an investigation into penal liability. Moreover, there seems to have been but minor contact between Goy-Edwards and Chang from the moment when the file

distinction entre les pouvoirs de vérification et les pouvoirs d'enquête conférés au ministre.

2. Dans le cas où il est évident, à la lumière de toutes les circonstances pertinentes, que les fonctionnaires de l'ADRC ne procèdent plus à la vérification de l'obligation fiscale, mais essaient d'établir la responsabilité pénale du contribuable sous le régime de l'art. 239, il existe une relation de nature contradictoire entre l'État et le particulier. En conséquence, les protections garanties par la *Charte* s'appliquent.
3. Dans ce cas, les enquêteurs doivent donner une mise en garde appropriée au contribuable. Les pouvoirs de contrainte visés aux par. 231.1(1) et 231.2(1) ne peuvent plus être utilisés et il faut obtenir la délivrance de mandats de perquisition pour poursuivre l'enquête.

#### VI. Application aux faits de l'affaire Jarvis

La question de savoir si un examen constitue une vérification ou une enquête est une question mixte de fait et de droit. Elle commande l'examen des faits au regard d'un critère juridique comportant de multiples facteurs (*Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 35); en conséquence, la décision du juge Fradsham n'est pas à l'abri d'un examen en appel.

À notre avis, bien que la conduite de M<sup>me</sup> Goy-Edwards envers l'appellant et son comptable ne soit pas digne d'éloges, et semble avoir été parfois trompeuse, nous ne croyons pas que le dossier permet de conclure qu'elle a obtenu des renseignements au moyen des par. 231.1(1) et 231.2(1) dans le cadre d'un examen dont l'objet prédominant était d'établir la responsabilité pénale de M. Jarvis. Certes, M<sup>me</sup> Goy-Edwards a induit l'appellant et son comptable en erreur à plusieurs reprises quant à l'état du dossier, mais elle n'a pas eu recours à des tactiques trompeuses afin d'obtenir des renseignements au moyen des par. 231.1(1) et 231.2(1) dans le but de faire progresser une enquête sur la responsabilité pénale du contribuable. En outre, il semble que les communications entre M<sup>me</sup> Goy-Edwards et M<sup>me</sup>

was transferred to Special Investigations on May 4, 1994. In brief, Goy-Edwards should undoubtedly have been truthful when asked about the status of the appellant's file, but there is no evidence to show that she used her audit powers to obtain information for prosecutorial purposes.

We do not think it was improper for Goy-Edwards to have brought her supervisor to the April 11 meeting in order to provide a "second opinion" as to whether the file should be sent to the investigative section. The auditor should not have asked if the appellant felt comfortable with the attendance of an "assistant" when that person was in fact a supervisor, but this did not change the fact that the referral to Special Investigations was the auditor's determination. So long as there has been no crystallization of the adversarial relationship, there is, in our view, nothing wrong with an auditor seeking the counsel of another before completing the transfer paperwork.

The record indicates that very little new information came to light as a result of the April 11 meeting. Goy-Edwards was seeking confirmation of a suspicion that she held that tax evasion may have occurred, but her goal in this was to determine whether to refer the file. There is no suggestion that she was seeking information to be used in an eventual prosecution, which fact is borne out by the conclusions of the Court of Queen's Bench and the Court of Appeal: much of the material that was relied upon in the Information to Obtain was already in Revenue Canada's possession. In this respect, as previously stated, it is clear that, although an investigation has been commenced, the audit powers may continue to be used, though the results of the audit cannot be used in pursuance of the investigation or prosecution.

We conclude that, on the facts of this case, the April 11 meeting did not constitute an investigation

Chang aient été très limitées à partir du moment où le dossier a été transféré aux Enquêtes spéciales le 4 mai 1994. Bref, M<sup>me</sup> Goy-Edwards aurait certainement dû dire la vérité lorsqu'on lui a posé des questions sur l'état du dossier de l'appelant, mais rien ne prouve qu'elle ait cherché à utiliser ses pouvoirs de vérification pour obtenir des renseignements aux fins d'une poursuite.

À notre avis, il n'était pas irrégulier pour M<sup>me</sup> Goy-Edwards de se faire accompagner par son superviseur à la rencontre du 11 avril afin d'obtenir une [TRADUCTION] « deuxième opinion » quant à savoir si le dossier devait être acheminé à la section des enquêtes. La vérificatrice n'aurait pas dû demander à l'appelant si la présence d'un « adjoint » l'incommodait, alors que cette personne était en réalité son superviseur; cependant, cela ne change rien au fait que c'est la vérificatrice qui a décidé d'acheminer le dossier aux Enquêtes spéciales. Dans la mesure où il n'y a pas eu cristallisation de la relation de nature contradictoire, à notre avis, il n'y avait rien de mal à ce que la vérificatrice obtienne conseil d'une autre personne avant de remplir les documents de transfert du dossier.

Au vu du dossier, la rencontre du 11 avril a révélé très peu de nouveaux renseignements. Madame Goy-Edwards cherchait une confirmation de ses soupçons quant à la possibilité qu'une fraude fiscale ait été commise, mais le but qu'elle visait alors était de déterminer si le dossier devait être renvoyé. Rien n'indique qu'elle cherchait à obtenir des renseignements qui seraient utilisés dans une poursuite éventuelle, ce que confirment les conclusions de la Cour du Banc de la Reine et de la Cour d'appel : la majorité des documents invoqués à l'appui de la Dénonciation en vue d'obtenir un mandat de perquisition étaient déjà en possession de Revenu Canada. À cet égard, comme nous l'avons déjà précisé, il est évident que l'on peut continuer d'avoir recours aux pouvoirs de vérification, même après le commencement d'une enquête, quoique les résultats de cette vérification ne puissent pas servir pour les besoins de l'enquête ou de la poursuite.

Sur le fondement des faits en l'espèce, nous concluons que la rencontre du 11 avril ne

102

103

104

into Jarvis's penal liability under s. 239 of the ITA. It follows that, other than the paragraphs struck from the Information by the trial judge as being erroneous, nothing should have been omitted from the application for the search warrant, and the warrant was therefore validly issued. Based on the application of the relevant factors as discussed above, we differ with the courts below and find that there was no investigation into penal liability prior to May 4, 1994, when Goy-Edwards filled out the Form T134 and referred her file to Special Investigations. The record establishes that Chang's efforts to determine whether reasonable grounds to obtain a search warrant commenced upon her receipt of the file, and that she concluded shortly thereafter that such grounds existed.

constituait pas une enquête sur la responsabilité pénale de M. Jarvis sous le régime de l'art. 239 de la LIR. Il s'ensuit qu'aucun renseignement, à l'exception des paragraphes que le juge du procès a retranchés de la dénonciation à cause des erreurs qu'ils comportaient, n'aurait dû être omis de la requête visant l'obtention du mandat de perquisition, et que ce mandat a donc été validement décerné. Compte tenu des facteurs pertinents examinés précédemment, nous ne partageons pas l'opinion des tribunaux d'instance inférieure et sommes d'avis qu'aucune enquête sur la responsabilité pénale n'était en cours avant le 4 mai 1994, au moment où M<sup>me</sup> Goy-Edwards a rempli le formulaire T134 et a renvoyé le dossier aux Enquêtes spéciales. Au vu de la preuve, dès qu'elle a reçu le dossier, M<sup>me</sup> Chang s'est efforcée de déterminer s'il existait des motifs raisonnables d'obtenir un mandat de perquisition et elle a conclu peu après à l'existence de tels motifs.

105 The searches of the appellant's residence, his accountant's residence, and Revenue Canada's Calgary office were therefore conducted pursuant to a valid warrant. The evidence obtained therefrom should be admissible in a new trial, if one is held. We point out, however, that some banking information was obtained pursuant to s. 231.2(1) requirement letters in early 1995. On the above analysis, this usage violated the appellant's s. 7 rights, since the investigation was at that point well underway. The respondent did not argue that the trial judge had erred in his application of s. 24(2) of the *Charter*, and we would therefore order that the banking records be excluded from any subsequent criminal proceedings against the appellant.

Les perquisitions effectuées à la résidence de l'appelant, à la résidence de son comptable et au bureau de Revenu Canada à Calgary ont donc été effectuées conformément à un mandat valide. Les éléments de preuve alors obtenus devraient être admissibles au cours d'un nouveau procès, le cas échéant. Cependant, nous tenons à souligner que certains renseignements bancaires ont été obtenus au début de 1995 à la suite de demandes péremptoires présentées sous le régime du par. 231.2(1). Selon l'analyse qui précède, cette façon de faire a porté atteinte aux droits garantis à l'appelant par l'art. 7 puisque l'enquête était alors bien en cours. L'intimée n'a pas soutenu que le juge du procès avait commis une erreur dans l'application du par. 24(2) de la *Charte*, et nous sommes donc d'avis d'ordonner que les registres bancaires soient exclus de toute procédure criminelle ultérieure engagée contre l'appelant.

## VII. Disposition

106 Accordingly, we would dismiss the appeal, and uphold the Alberta Court of Appeal's judgment and order for a new trial.

*Appeal dismissed.*

## VII. Dispositif

En conséquence, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer le jugement de la Cour d'appel de l'Alberta et l'ordonnance de nouveau procès.

*Pourvoi rejeté.*



*Solicitors for the appellant: Macleod Dixon, Calgary.*

*Solicitor for the respondent: The Department of Justice, Vancouver.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Sainte-Foy.*

*Solicitor for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Scott K. Fenton, Toronto.*

*Procureurs de l'appellant : Macleod Dixon, Calgary.*

*Procureur de l'intimée : Le ministère de la Justice, Vancouver.*

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

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Le ministère de la Justice, Sainte-Foy.*

*Procureur de l'intervenante la Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Scott K. Fenton, Toronto.*

**Gurmakh Kang-Brown** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General of British Columbia, Criminal Lawyers' Association (Ontario) and Canadian Civil Liberties Association** *Interveners*

INDEXED AS: **R. v. KANG-BROWN**Neutral citation: **2008 SCC 18.**

File No.: 31598.

2007: May 22; 2008: April 25.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, **LeBel**, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Sniffer dogs — Bus stations — Police officer involved in special operation designed to detect drug couriers at bus stations observing suspicious passenger disembarking from bus — Officer approaching passenger and asking to inspect contents of his bag — Passenger starting to open bag when officer reached hand out — Passenger pulling bag back and acting nervously — Officer signaling to another officer with sniff dog to approach — Dog indicating presence of drugs in passenger's bag — Passenger arrested and drugs found on him and in his bag upon search — Whether dog sniff constituted search — If so, whether search reasonable — If search unreasonable, whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).*

*Police — Police powers — Investigative tools — Sniffer dogs — Whether common law powers of police to investigate crime include use of sniffer dogs.*

**Gurmakh Kang-Brown** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Procureur général de l'Ontario, procureur général du Québec, procureur général de la Colombie-Britannique, Criminal Lawyers' Association (Ontario) et Association canadienne des libertés civiles** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : **R. c. KANG-BROWN**Référence neutre : **2008 CSC 18.**

N° du greffe : 31598.

2007 : 22 mai; 2008 : 25 avril.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Chiens renifleurs — Gares d'autobus — Policier participant à une opération spéciale destinée à détecter les passeurs de drogue dans les gares d'autobus observant un passager suspect qui descend d'un autobus — Policier abordant le passager et lui demandant à voir le contenu de son sac — Policier tendant la main vers le sac au moment où le passager commence à l'ouvrir — Passager tirant le sac vers lui et manifestant de la nervosité — Policier faisant signe à un autre policier de s'amener avec son chien renifleur — Chien indiquant la présence de drogue dans le sac du passager — Passager mis en état d'arrestation et drogue découverte sur lui et dans son sac lors d'une fouille — L'intervention du chien renifleur constituait-elle une fouille? — Dans l'affirmative, la fouille était-elle non abusive? — Si la fouille était abusive, la preuve doit-elle être écartée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).*

*Police — Pouvoirs policiers — Outils d'enquête — Chiens renifleurs — Le pouvoir d'effectuer des enquêtes criminelles que la common law confère aux policiers comprend-il celui d'utiliser des chiens renifleurs?*

An RCMP officer involved in a special operation designed to detect drug couriers at bus stations observed a bus arriving at the station and the accused getting off. The accused gave the officer an elongated stare and went into the station lobby. He then turned and looked back at the officer, who found this behaviour suspicious. The officer eventually approached the accused, identified himself and told him that he was not in any trouble and was free to go at any time. The officer asked the accused if he was carrying narcotics. The accused said no. The officer then asked to look in the accused's bag. The accused put his bag down and was unzipping it when the officer went to touch the bag. The accused pulled it away, looking nervous. At that point, the officer signaled another officer with a sniffer dog to approach. The dog sat down, indicating the presence of drugs in the bag. The accused was arrested for possession of and/or trafficking in drugs. The accused was searched and drugs were found on his person and in his bag. The trial judge found that the accused was neither arbitrarily detained nor unlawfully searched and entered a conviction. She held that the odours from the bag, which emanated freely in a public transportation facility, did not constitute information in which the accused had a reasonable expectation of privacy and that s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was accordingly not engaged. The Court of Appeal upheld the conviction.

*Held* (Bastarache, Deschamps and Rothstein JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

1. *Per* McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps and Rothstein JJ.: The police possess a common law power to search using drug sniffer dogs on the basis of a *Charter* compliant standard of reasonable suspicion.

*Per* Bastarache J.: The police possess a common law power to search using drug sniffer dogs on the basis of a *Charter* compliant standard of generalized suspicion.

*Per* LeBel, Fish, Abella and Charron JJ.: There was no authority at common law for the sniffer-dog search in this case.

2. *Per curiam*: The dog sniff of the passenger's bag at the bus station amounted to a search within s. 8 of the *Charter*.

Un agent de la GRC qui participait à une opération spéciale destinée à détecter les passeurs de drogue dans les gares d'autobus a observé un autobus qui arrivait et l'accusé qui en descendait. L'accusé a jeté un long regard au policier et s'est rendu dans le hall de la gare. Il s'est ensuite retourné et a regardé le policier, qui a jugé ce comportement suspect. En fin de compte, le policier a abordé l'accusé, s'est présenté à lui et lui a dit qu'il n'avait rien à lui reprocher et qu'il était libre de partir en tout temps. Le policier a demandé à l'accusé s'il transportait des stupéfiants. L'accusé a répondu par la négative. Le policier a alors demandé à voir l'intérieur du sac de l'accusé. L'accusé a déposé son sac et il en ouvrait la fermeture éclair lorsque le policier a tendu la main vers le sac. L'accusé a retiré le sac, paraissant nerveux. Le policier a alors fait signe à un autre policier de s'amener avec son chien renifleur. Le chien s'est mis en position assise, indiquant la présence de drogue dans le sac. L'accusé a été mis en état d'arrestation pour possession ou trafic de drogue, ou les deux à la fois. L'accusé a été fouillé et de la drogue a été découverte sur lui et dans son sac. La juge du procès a conclu que l'accusé n'avait été ni détenu de façon arbitraire ni soumis à une fouille illégale et elle a inscrit une déclaration de culpabilité. Elle a jugé que les odeurs provenant du sac, qui s'échappaient librement dans un établissement de transport public, ne constituaient pas un renseignement à l'égard duquel l'accusé avait une attente raisonnable en matière de vie privée, et que l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* ne s'appliquait donc pas. La Cour d'appel a confirmé la déclaration de culpabilité.

*Arrêt* (les juges Bastarache, Deschamps et Rothstein sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli.

1. *La* juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Deschamps et Rothstein : La common law reconnaît aux policiers le pouvoir d'effectuer des fouilles ou perquisitions à l'aide d'un chien renifleur en se fondant sur une norme des soupçons raisonnables conforme à la *Charte*.

*Le* juge Bastarache : La common law reconnaît aux policiers le pouvoir d'effectuer des fouilles ou perquisitions à l'aide d'un chien renifleur en se fondant sur une norme des soupçons généraux conforme à la *Charte*.

*Les* juges LeBel, Fish, Abella et Charron : La common law ne permettait pas d'effectuer la fouille à l'aide d'un chien renifleur en l'espèce.

2. *Per curiam* : L'utilisation d'un chien renifleur pour vérifier le sac du passager à la gare d'autobus constituait une fouille au sens de l'art. 8 de la *Charte*.

3. *Per* McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Fish, Abella and Charron JJ.: The sniffer-dog search of the passenger's bag at the bus station violated s. 8 of the *Charter*.

*Per* Bastarache, Deschamps and Rothstein JJ.: The sniffer-dog search of the passenger's bag at the bus station did not violate s. 8 of the *Charter*.

4. *Per* McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Fish, Abella and Charron JJ.: In the circumstances of this case, the evidence should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

*Per* Bastarache, Deschamps and Rothstein JJ.: There is no need to determine whether the evidence should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter* because the sniffer-dog search of the passenger's bag at the bus station did not violate s. 8.

---

*Per* LeBel, Fish, Abella and Charron JJ.: The use of sniffer dogs constitutes a search within the meaning of s. 8 of the *Charter*, and absent justified authority for such a search in a statute or at common law, the sniffer-dog search breached s. 8. Given the seriousness of the breach, the evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. [1] [17]

It is undisputed that the search was not specifically authorized by statute. In determining whether the police were authorized at common law to conduct the search in fulfilment of their general duty to investigate crime, the threshold for the exercise of police powers should not be lowered to one of "reasonable suspicion" since, to do so, would impair the important safeguards found in s. 8 against unjustified state intrusion. The existing and well-established standard of "reasonable and probable grounds" should be applied. In this case, the search did not meet this standard. [1]

Any perceived gap in the present state of the law on police investigative powers arising from the use of sniffer dogs is a matter better left for Parliament. Jurisprudence-based solutions which would openly or implicitly advocate the creation of new common law rules reducing the standard of scrutiny of state intrusion into privacy do not represent an appropriate exercise of judicial power in the circumstances of this case. When rights and interests as fundamental as personal privacy and autonomy are at stake, the constitutional role of the Court suggests that the creation of a new and

3. *La* juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Fish, Abella et Charron : La fouille du sac du passager effectuée à l'aide du chien renifleur à la gare d'autobus violait l'art. 8 de la *Charte*.

*Les* juges Bastarache, Deschamps et Rothstein : La fouille du sac du passager effectuée à l'aide du chien renifleur à la gare d'autobus ne violait pas l'art. 8 de la *Charte*.

4. *La* juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Fish, Abella et Charron : Dans les circonstances de la présente affaire, il y a lieu d'écarter la preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*.

*Les* juges Bastarache, Deschamps et Rothstein : Il n'est pas nécessaire de déterminer s'il y a lieu d'écarter la preuve en application du par. 24(2) de la *Charte* parce que la fouille du sac du passager effectuée à l'aide du chien renifleur à la gare d'autobus ne violait pas l'art. 8.

---

*Les* juges LeBel, Fish, Abella et Charron : L'utilisation d'un chien renifleur constitue une fouille au sens de l'art. 8 de la *Charte* et, en raison de l'absence dans la loi et la common law d'un pouvoir justifiant une telle fouille, la fouille effectuée à l'aide d'un chien renifleur a violé l'art. 8. Vu la gravité de cette violation, la preuve doit être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*. [1] [17]

Il est incontesté que la fouille n'était pas expressément autorisée par la loi. Pour déterminer si, dans l'accomplissement de leur devoir général d'effectuer des enquêtes criminelles, les policiers étaient autorisés par la common law à procéder à la fouille en question, il n'y a pas lieu d'assujettir l'exercice des pouvoirs policiers à la norme moins stricte des « soupçons raisonnables » puisque cela aurait pour effet de compromettre les importantes garanties que l'art. 8 offre contre les atteintes injustifiées de l'État. La norme existante et bien établie des « motifs raisonnables et probables » doit être appliquée. La fouille effectuée en l'espèce ne respectait pas cette norme. [1]

Il vaut mieux laisser au législateur le soin de résoudre la question — découlant de l'utilisation des chiens renifleurs — de toute lacune qui peut être perçue dans l'état actuel du droit en matière de pouvoirs d'enquête policière. Les solutions jurisprudentielles qui préconiseraient ouvertement ou implicitement l'établissement de nouvelles règles de common law qui abaisseraient la norme de contrôle applicable aux ingérences de l'État dans la vie privée des gens ne représentent pas un exercice approprié du pouvoir judiciaire dans les circonstances de la présente affaire. Lorsque des droits et des

more intrusive power of search and seizure should be left to Parliament to set up and justify under a proper statutory framework. [4] [6] [11] [13]

*Per* McLachlin C.J. and Binnie J.: A “sniff” amounts to a s. 8 search under the *Charter* because of the significance and quality of the information obtained about concealed contents, whether such contents are in a suspect’s belongings or carried on his or her person. (In the present case, the positive “sniff” was itself considered sufficient by the RCMP to arrest the accused before even physically checking his bag to confirm the present of illegal drugs.) However, because of the minimal intrusion, contraband-specific nature and pinpoint accuracy of a sniff executed by a trained and well-handled dog, a proper balance between an individual’s s. 8 rights and the reasonable demands of law enforcement would be struck by permitting such “sniff” searches on a “reasonable suspicion” standard without requiring prior judicial authorization. The sniff in this case was an unreasonable search since the RCMP officer did not have grounds for reasonable suspicion at the time the dog was called. [26] [58] [97]

Sniffer dogs have been in common use by police forces in Canada for the last 30 years or more. If the police have lawful authority to use sniffer dogs only when they already have reasonable grounds to believe contraband is present, sniffer dogs would be superfluous and unnecessary, i.e. because *ex hypothesi* the police already have the grounds to obtain a search warrant and would not require the confirmatory evidence of a dog. [21]

The difficult issue raised by this appeal is not the existence of a police power to investigate crime using sniffer dogs or any other lawful devices or technology in places where the police are lawfully entitled to be, but the extent to which the use of such devices or techniques or animals is permitted by s. 8 of the *Charter* and, if so, in what circumstances. It is emphatically the duty of the courts, not Parliament, to resolve the issue of *Charter* compliance. [23]

intérêts aussi fondamentaux que la vie privée et l’autonomie personnelles sont en jeu, le rôle confié à notre Cour par la Constitution tend à indiquer qu’il devrait appartenir au législateur de créer et de justifier, dans un cadre législatif approprié, un nouveau pouvoir plus envahissant de fouiller, perquisitionner et saisir. [4] [6] [11] [13]

*La* juge en chef McLachlin et le juge Binnie : L’intervention d’un chien renifleur constitue une fouille ou perquisition au sens de l’art. 8 de la *Charte* en raison de l’importance et de la qualité des renseignements qu’elle permet d’obtenir au sujet des contenus dissimulés dans les effets personnels d’un suspect ou sur sa personne. (En l’espèce, les agents de la GRC ont jugé que l’indication positive donnée par le chien renifleur était suffisante en soi pour arrêter l’accusé avant même de vérifier son sac pour confirmer la présence de drogues illégales.) Cependant, à cause de l’atteinte minime portée, de la recherche ciblée d’articles interdits et de la grande fiabilité dont fait montre un chien dressé et bien utilisé, un juste équilibre entre les droits garantis à un individu par l’art. 8 et les impératifs raisonnables de l’application de la loi serait atteint si on permettait que ces fouilles ou perquisitions à l’aide d’un chien renifleur soient effectuées en fonction d’une norme des « soupçons raisonnables » sans qu’il soit nécessaire d’obtenir préalablement une autorisation judiciaire. L’intervention du chien renifleur en l’espèce constituait une fouille abusive étant donné que l’agent de la GRC n’était pas justifié d’avoir des soupçons raisonnables au moment où il a fait appel au chien. [26] [58] [97]

Au Canada, les services de police utilisent couramment des chiens renifleurs depuis au moins 30 ans. Si la loi ne permet le recours à un chien renifleur que dans le cas où les policiers ont déjà des motifs raisonnables de croire à la présence d’articles interdits, le chien renifleur devient alors superflu et inutile, du fait que les policiers sont déjà censés avoir les motifs requis pour obtenir un mandat les autorisant à effectuer une fouille ou perquisition et qu’ils n’ont pas besoin d’un chien pour confirmer la présence de ces articles. [21]

La question difficile que soulève le présent pourvoi n’est pas de savoir si les policiers peuvent effectuer des enquêtes criminelles à l’aide de chiens renifleurs ou de n’importe quels autres dispositifs ou techniques légitimes dans les endroits où ils ont le droit de se trouver. Il s’agit plutôt de savoir dans quelle mesure et, le cas échéant, dans quels cas l’art. 8 de la *Charte* autorise l’utilisation de ces dispositifs, techniques ou animaux. Il n’y a aucun doute qu’il appartient aux tribunaux, et non au législateur, de résoudre la question de la conformité avec la *Charte*. [23]



The “reasonable suspicion” standard is not a new juridical standard called into existence for the purposes of this case. “Suspicion” is an expectation that the targeted individual is possibly engaged in some criminal activity. A “reasonable” suspicion means something more than a mere suspicion and something less than a belief based upon reasonable and probable grounds. Because sniffer-dog searches are conducted without prior judicial authorization, the after-the-fact judicial scrutiny of the grounds for the alleged “reasonable suspicion” must be rigorous. Here, the police action was based on speculation. [26] [75]

It is common ground that what occurred at the bus station was a warrantless search, and therefore presumptively unreasonable. However, had the dog-sniff search been based on reasonable suspicion, the dog’s positive alert would have given the police the grounds to proceed on the spot with a warrantless search of the accused’s bag because of the dog’s demonstrated accuracy 90 to 92 percent of the time. The RCMP accept that different dogs possess different abilities and track records and that “sniffer dogs” are not interchangeable. Proof must be made of the accuracy of a particular animal before police reliance is justified. This is another matter that should be established in the evidence (as it was here). In any event, given the dog alerts to the odour of narcotics, not to their actual presence, the arrest of the accused in this case was premature. The police should first have confirmed the presence of narcotics by a hand search of the bag. If reasonable cause had existed, and given the positive alert and the dog’s history of accuracy, the RCMP would have been entitled to perform such a verification search on the spot and without prior judicial authorization. [48] [99] [101]

The trial judge erred in principle by incorporating and relying on much of her s. 8 privacy analysis in her s. 24(2) analysis, thereby engaging in a species of double-counting, and undermining the deference that would otherwise be owed to her conclusion to admit the evidence. The trial judge having been reversed on that aspect of her privacy analysis (for the reasons set out in *R. v. A.M.*, [2008] 1 S.C.R. 569, 2008 SCC 19), the trial judge’s continuing denial of a serious privacy interest should not be resuscitated as an independent ground to help the Crown over its s. 24(2) hurdle. While the evidence obtained in the illegal search was non-conscriptive, and was found by the trial judge to have been obtained by the RCMP in good faith, the

La norme des « soupçons raisonnables » n’est pas une nouvelle norme juridique créée pour les besoins de la présente affaire. Les « soupçons » sont une impression que l’individu ciblé se livre à une activité criminelle. Les soupçons « raisonnables » sont plus que de simples soupçons, mais ils ne correspondent pas à une croyance fondée sur des motifs raisonnables et probables. Étant donné que les fouilles à l’aide d’un chien renifleur ont lieu sans autorisation judiciaire préalable, l’examen après le fait que les tribunaux effectuent des motifs justifiant les prétendus « soupçons raisonnables » doit être rigoureux. L’intervention des policiers en l’espèce était fondée sur des hypothèses. [26] [75]

Personne ne conteste que la fouille effectuée à la gare d’autobus était une fouille sans mandat et qu’elle était donc présumée abusive. Cependant, si la fouille à l’aide du chien renifleur avait été effectuée sur la foi de soupçons raisonnables, l’indication positive donnée par le chien aurait justifié les policiers à procéder sur-le-champ à une fouille du sac de l’accusé, compte tenu du fait que l’animal était fiable 90 à 92 pour 100 du temps. La GRC reconnaît que les chiens n’ont pas tous les mêmes capacités et le même taux de réussite, et que les « chiens renifleurs » ne sont pas interchangeables. La fiabilité d’un animal doit être prouvée pour démontrer que les policiers sont justifiés de faire appel à cet animal. Il s’agit d’un autre élément qui doit (comme cela a été fait en l’espèce) être établi par la preuve. De toute façon, étant donné que le chien indique qu’il a détecté l’odeur d’un stupéfiant et non la présence d’une telle substance, l’arrestation de l’accusé était prématurée en l’espèce. Les policiers auraient d’abord dû confirmer la présence d’un stupéfiant en fouillant manuellement le sac. En raison de l’indication positive donnée par le chien et de la fiabilité qu’il a démontrée dans le passé, les agents de la GRC auraient pu, s’ils avaient eu des motifs raisonnables, procéder sur-le-champ à une telle fouille aux fins de vérification sans devoir préalablement obtenir une autorisation judiciaire. [48] [99] [101]

La juge du procès a commis une erreur de principe en s’appuyant dans une large mesure sur l’analyse du droit à la vie privée au regard de l’art. 8 qu’elle effectue dans son examen du par. 24(2), et en se livrant ainsi à une sorte de double prise en compte, ce qui a pour effet de miner la déférence à laquelle aurait par ailleurs droit sa décision d’admettre la preuve. Étant donné que la décision de la juge du procès a été infirmée en ce qui concerne cet aspect de son analyse du droit à la vie privée (et ce, pour les motifs énoncés dans l’arrêt *R. c. A.M.*, [2008] 1 R.C.S. 569, 2008 CSC 19), son refus constant de reconnaître l’existence d’un droit sérieux à la vie privée ne devrait pas être à nouveau invoqué comme moyen indépendant d’aider le ministère public

evidence should nonetheless be excluded. The administration of justice would be brought into disrepute if the police, possessing an exceptional power to conduct a search on the condition of the existence of reasonable suspicion, and having acted in this case without having met the condition precedent, were in any event to succeed in adducing the evidence. Drug trafficking is a serious matter, but so are the constitutional rights of the travelling public. In the sniffer-dog cases, the police are given considerable latitude to act in the absence of any requirement of prior judicial authorization. The only effective check on that authority is the after-the-fact independent assessment and, on the facts here, the police initiated a warrantless search on inadequate grounds. [103-104]

*Per Deschamps and Rothstein JJ. (dissenting):* The use of a sniffer dog to check the accused's bag in a public bus terminal on the basis of a reasonable suspicion that evidence of an offence would be discovered was proper and did not constitute an unreasonable search or seizure. [107]

The accused had a reasonable expectation of privacy that engaged s. 8 of the *Charter*. Where the applicability of s. 8 is at issue, failure to consider whether the claimant had a reasonable expectation of privacy that engages s. 8 may constitute an error of law. If the trial judge carries out the reasonable expectation of privacy analysis, however, deference will be owed to his or her finding. Here, the trial judge erred in analysing the reasonableness of the accused's expectation of privacy by incorrectly finding that the purpose of the use of the sniffer dog was to identify odours outside of his bag. It is significant that the odours in and emanating from the accused's bag were imperceptible to humans; hence the need for a dog to detect the narcotics. This is not a case in which the police were relying on their own senses. Rather, they used the dog to obtain information about the possible presence of a controlled substance inside the accused's bag. By detecting what was in the air in the vicinity of the accused's bag, the dog functioned as an investigative tool that allowed the police to conclude, in light of the dog's 90 to 92 percent success rate, that there was a controlled substance inside the bag. [143] [173-174] [210]

à surmonter l'obstacle posé par le par. 24(2). Bien que la preuve résultant de la fouille illégale n'ait pas été obtenue par mobilisation de l'accusé contre lui-même et qu'elle ait été recueillie de bonne foi par les agents de la GRC, comme l'a conclu la juge du procès, il y a néanmoins lieu d'écarter cette preuve. L'administration de la justice serait déconsidérée si les policiers — qui ont le pouvoir exceptionnel de procéder à une fouille ou à une perquisition à la condition d'avoir des soupçons raisonnables, mais qui ont agi en l'espèce sans respecter cette condition préalable — devaient en tout état de cause réussir à présenter la preuve en question. Le trafic de stupéfiants est une question sérieuse, mais la question des droits constitutionnels des voyageurs l'est tout autant. Dans les affaires relatives aux chiens renifleurs, les policiers disposent d'une grande latitude pour agir en l'absence d'exigence d'autorisation judiciaire préalable. L'appréciation indépendante après le fait constitue effectivement le seul moyen de contrôler ce pouvoir et, d'après les faits de la présente affaire, les policiers ont procédé à une fouille sans mandat pour des motifs insuffisants. [103-104]

*Les juges Deschamps et Rothstein (dissidents) :* L'utilisation d'un chien renifleur pour vérifier le sac de l'accusé dans une gare d'autobus — sur la foi de soupçons raisonnables que la preuve de l'existence d'une infraction serait découverte — était appropriée et ne constituait pas une fouille, perquisition ou saisie abusive. [107]

L'accusé avait une attente raisonnable en matière de vie privée qui faisait intervenir l'art. 8 de la *Charte*. Dans le cas où l'applicabilité de l'art. 8 est en cause, l'omission de vérifier si le demandeur avait une attente raisonnable en matière de vie privée qui fait intervenir l'art. 8 peut constituer une erreur de droit. Toutefois, si le juge du procès effectue l'analyse de l'attente raisonnable en matière de vie privée, il y a lieu de faire montre de déférence à l'égard de sa conclusion. En l'espèce, la juge du procès a commis une erreur en concluant à tort que le chien renifleur avait été utilisé pour identifier les odeurs à l'extérieur du sac de l'accusé. Fait important, les odeurs à l'intérieur du sac de l'accusé et celles qui en émanaient étaient imperceptibles aux humains, d'où la nécessité de recourir à un chien pour détecter les stupéfiants. Ce n'est pas un cas où les policiers se fiaient à leurs propres sens. Ils ont plutôt utilisé le chien pour recueillir des renseignements concernant la présence possible d'une substance réglementée à l'intérieur du sac de l'accusé. En décelant ce qu'il y avait dans l'air à proximité du sac de l'accusé, le chien a servi d'outil d'enquête qui a permis aux policiers de conclure — eu égard au taux de réussite du chien qui était de 90 à 92 pour 100 — que le sac contenait une substance réglementée. [143] [173-174] [210]

The dog's positive indication allowed for a strong, immediate and direct inference to be made about the contents of the accused's bag, and this involved a certain intrusion on informational privacy. The right to informational privacy protects biographical information, including the very nature of the information. In a case involving this right, the relevant elements of informational privacy include intimate personal details about an accused, such as his or her having come into contact with a controlled substance. The sniffer dog's intrusion on the accused's right to informational privacy thus suggests that the accused had an objectively reasonable expectation of privacy. Other factors support that conclusion. The accused owned and used the bag, he was present at the time of the search, the bag was one that could be carried close to the body, and he did not abandon it or leave it unattended. The conduct of the police in this case also intruded to a certain extent on the accused's right to territorial privacy: members of the public have historically used bus terminals to travel as a means of exercising their freedom of mobility, security screening was not done routinely in this terminal and there were no signs indicating that a luggage search was possible. Nevertheless, the accused's objectively reasonable expectation of privacy in this case was not high. The search in the present case was conducted in a public place. Moreover, the search technique employed by the police was only minimally intrusive. The accused also showed that he had a subjective expectation of privacy as evidenced by the facts that he had carried his bag close to his body and that he had sought, both verbally and physically, to control access to it. [175-178]

The search in this case was justified on the basis of the reasonable suspicion standard. This standard can be applicable only where there are circumstances that serve as safeguards against unreasonable intrusions on privacy and ensure a balance that affords proper protection. Consequently, a reasonable suspicion standard may be sufficient where the investigative technique is relatively non-intrusive and the expectation of privacy is not high. To determine whether the reasonable suspicion standard is met in a given case, the totality of the circumstances must be considered. [168] [195]

Here, the police were clearly acting in pursuit of their common law duty to investigate and prevent crime when they observed and questioned the accused and,

L'indication positive donnée par le chien a immédiatement et directement permis aux policiers de faire une forte inférence sur le contenu du sac de l'accusé, ce qui comportait une certaine atteinte au droit au respect du caractère privé des renseignements personnels. Le droit au respect du caractère privé des renseignements personnels s'applique aux données biographiques, y compris la nature même de ces données. Dans une affaire où il est question de ce droit, les éléments pertinents qui sont protégés sont notamment les détails intimes concernant un accusé, tel le fait d'être entré en contact avec une substance réglementée. L'atteinte du chien renifleur au droit au respect du caractère privé des renseignements personnels indique donc que l'accusé avait une attente objectivement raisonnable en matière de vie privée. D'autres facteurs étayaient cette conclusion. L'accusé était le propriétaire et l'utilisateur du sac et il était présent au moment de la fouille; de plus, le sac en question pouvait être porté près du corps et il n'a été ni abandonné ni laissé sans surveillance par l'accusé. Le comportement adopté par les policiers en l'espèce a aussi, dans une certaine mesure, porté atteinte au droit à la vie privée de l'accusé en ce qui a trait aux lieux : les voyageurs utilisent depuis longtemps les gares d'autobus pour exercer leur liberté de circulation; aucun contrôle de sécurité systématique n'était effectué dans la gare en question et aucune affiche n'indiquait que les bagages pouvaient être fouillés. Cependant, l'attente objectivement raisonnable que l'accusé avait en matière de vie privée dans la présente affaire n'était pas grande. En l'espèce, la fouille a été effectuée dans un lieu public. De plus, la technique de fouille utilisée par les policiers ne portait qu'une atteinte minime. L'accusé a aussi montré qu'il avait une attente subjective en matière de vie privée, comme en témoigne le fait qu'il avait transporté le sac près de son corps et qu'il avait tenté, tant verbalement que physiquement, d'en limiter l'accès. [175-178]

La fouille effectuée en l'espèce était justifiée selon la norme des soupçons raisonnables. Cette norme n'est applicable que dans une situation où il existe des garanties contre les atteintes abusives au droit à la vie privée et un équilibre qui assure une protection adéquate. La norme des soupçons raisonnables peut donc être suffisante lorsque la technique d'enquête est relativement peu envahissante et que l'attente en matière de vie privée n'est pas grande. Il faut tenir compte de l'ensemble des circonstances pour décider si la norme des soupçons raisonnables est respectée dans un cas donné. [168] [195]

En l'espèce, il est évident que les policiers s'acquittaient de leur devoir de common law d'effectuer des enquêtes criminelles et de prévenir le crime au moment

subsequently, when they used the dog to detect the presence of narcotics. The powers associated with this duty were used in a way that met the standard of what is reasonably necessary in light of the totality of the circumstances. Given that the accused had a reasonable expectation of privacy that engaged s. 8, it would not have been reasonable for the police to use a sniffer dog to check his bag if they had no grounds for doing so. Although the trafficking of illegal drugs via public transportation is a serious problem, no evidence was adduced in this case that would support the random use of a sniffer dog to check the luggage of all bus travellers. However, with respect to the accused, the police had grounds for using the dog. The observation and questioning of the accused by the police officer resulted in “objectively discernible facts” that, in combination, aroused a reasonable suspicion that he was in possession of a controlled substance. It was only once the officer entertained reasonable suspicion that the well-trained and highly accurate sniffer dog became involved and was used as an investigative tool in furtherance of the police law enforcement duty. Not only did the accused have a lower expectation of privacy in the context of this case, but a number of safeguards were in place that limited the intrusiveness of the use of the sniffer dog. The dog was used in a public place and could only detect drugs that were identified as posing serious problems. It was used as a last resort in a progressive investigation and as a minimally intrusive investigative tool. Moreover, the police would not have been able to obtain a warrant, as the accused’s behaviour suggested that he was growing increasingly nervous and was preparing to exit the terminal. In these circumstances, the reasonable suspicion standard constitutes a reasonably necessary, and therefore justifiable, use of police powers because it strikes an appropriate balance between the accused’s reasonable privacy interest and society’s interest in interdicting illicit substances carried on public transportation. [182-183] [185] [187] [189] [191]

The sniffer-dog search was conducted in a reasonable manner. In light of the totality of the circumstances, the police made limited and prudent use of a law enforcement tool that was available to them. Accordingly, the use of the sniffer dog in this case was in full compliance with s. 8 of the *Charter*. [197-199]

où ils observaient et questionnaient l’accusé et lorsque, par la suite, ils ont utilisé le chien pour détecter la présence de stupéfiants. Les pouvoirs liés à ce devoir ont été exercés d’une manière qui respectait la norme de ce qui est raisonnablement nécessaire eu égard à l’ensemble des circonstances. Étant donné que l’accusé avait une attente raisonnable en matière de vie privée qui faisait intervenir l’art. 8, il n’aurait pas été raisonnable que les policiers utilisent un chien renifleur pour vérifier son sac s’ils n’avaient eu aucun motif de le faire. Bien que le trafic de drogues illicites au moyen des transports publics soit un problème grave, on n’a produit en l’espèce aucune preuve qui justifierait l’utilisation au hasard d’un chien renifleur pour vérifier les bagages de toutes les personnes qui voyagent en autobus. Toutefois, en ce qui concerne l’accusé, les policiers avaient des motifs d’utiliser le chien en question. En observant et en questionnant l’accusé, le policier a relevé des « faits objectivement discernables » qui, pris ensemble, ont fait naître des soupçons raisonnables qu’il était en possession d’une substance réglementée. Ce n’est que lorsque le policier a eu des soupçons raisonnables que le chien renifleur bien dressé et très fiable est intervenu et que les policiers l’ont utilisé comme outil d’enquête dans l’exercice de leur fonction consistant à appliquer la loi. Dans le contexte de la présente affaire, l’accusé avait non seulement une attente moindre en matière de vie privée, mais encore il existait un certain nombre de garanties qui limitaient le caractère envahissant de l’utilisation du chien renifleur. Le chien a été utilisé dans un lieu public et il ne pouvait détecter que les drogues reconnues comme posant de graves problèmes. Il a été utilisé en dernier ressort dans le cadre d’une enquête progressive et en tant qu’outil d’enquête impliquant une atteinte minime. De plus, les policiers n’auraient pas été en mesure d’obtenir un mandat étant donné qu’il ressortait du comportement de l’accusé que celui-ci devenait de plus en plus nerveux et qu’il se préparait à sortir de la gare. Dans ces circonstances, l’application de la norme des soupçons raisonnables constitue un exercice de pouvoirs policiers raisonnablement nécessaire et donc justifiable du fait qu’il permet d’établir un juste équilibre entre le droit raisonnable de l’accusé à la vie privée et l’intérêt qu’a la société à empêcher que les transports publics servent au trafic de substances illicites. [182-183] [185] [187] [189] [191]

La fouille à l’aide du chien renifleur a été effectuée d’une manière non abusive. Compte tenu de l’ensemble des circonstances, les policiers ont fait un usage limité et prudent d’un outil d’application de la loi dont ils disposaient. Par conséquent, l’utilisation du chien renifleur en l’espèce était tout à fait conforme à l’art. 8 de la *Charte*. [197-199]

It is clear from the evidence of the high accuracy rate of the dog in question that its positive indication of the presence of narcotics provided the police with reasonable grounds to arrest the accused and to search his bag by hand in a search incidental to arrest. Therefore, the accused's s. 8 rights were not infringed. [200]

*Per Bastarache J. (dissenting):* The dog sniff search constituted a search within the meaning of s. 8 of the *Charter*. The accused had a reasonable, but limited, expectation of privacy in his luggage at the time the dog sniff occurred. Here, both a subjective and an objective expectation of privacy have been established. A subjective expectation of privacy is evidenced by the protective manner in which the accused carried his bag and his refusal to allow a voluntary search to occur. From an objective perspective, it is significant that the odour identified by the dog was not accessible to humans and that its detection provided immediate information about the contents of the accused's luggage. Although the accused did have a reasonable expectation of privacy in his luggage, it was significantly reduced owing to the location at which the search occurred. In a bus depot, a passenger is voluntarily using the terminal to access a public mode of transportation, and he or she is aware that the state has an interest in ensuring that that transportation system is both secure and not being used to further criminal activity. Nonetheless, privacy interests do not have to be of the highest form to attract s. 8 protection. [227-228] [231]

In this case, the requisite balancing of individual rights with the state interest in preventing and investigating crime supports a finding that a sniff search of luggage using a police dog will not be in violation of s. 8 of the *Charter* where the police are acting on a reasonable suspicion about the committal of a crime. The reduced expectation of privacy at public terminals, the minimal intrusion caused by the search itself, and the effectiveness of sniffer-dog searches all support a standard of "reasonable suspicion". In some situations, like this one, reasonable suspicion will relate to a particular individual, and the police will have gathered, through observation or other means, sufficient information about a specific person to justify a sniff search of his or her bags. Although the police in this case based their search on individualized suspicion, it would have been equally permissible for them to use sniffer dogs to search the luggage of all of the passengers at the bus station that day, providing that the police had a reasonable suspicion that drug activity might be occurring at

Il ressort de la preuve du taux de fiabilité élevé du chien en question que le fait qu'il a indiqué la présence de stupéfiants a donné aux policiers des motifs raisonnables d'arrêter l'accusé et de fouiller manuellement son sac dans le cadre d'une fouille accessoire à son arrestation. Par conséquent, les droits que l'art. 8 garantit à l'accusé n'ont pas été violés. [200]

*Le juge Bastarache (dissident) :* L'utilisation d'un chien renifleur constituait une fouille au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Au moment où le chien renifleur est intervenu, l'accusé avait une attente raisonnable, mais limitée, en matière de vie privée à l'égard de ses bagages. En l'espèce, l'existence d'une attente raisonnable, tant subjective qu'objective, en matière de vie privée a été établie. La façon dont l'accusé cherchait à protéger son sac en le transportant et son refus de consentir à une fouille volontaire témoignent de l'existence d'une attente subjective en matière de vie privée. D'un point de vue objectif, il est important de souligner que l'odeur détectée par le chien était imperceptible aux humains et que sa détection a fourni immédiatement des renseignements sur le contenu des bagages de l'accusé. Bien que l'accusé ait eu une attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard de ses bagages, cette attente était beaucoup moindre en raison de l'endroit où la fouille a été effectuée. Dans une gare d'autobus, les passagers utilisent volontairement les lieux pour accéder à un mode de transport public, et ils savent que l'État a intérêt à veiller à ce que le système de transport soit sûr et non utilisé à des fins criminelles. Toutefois, il n'est pas nécessaire d'être en présence de la forme la plus élevée de droit à la vie privée pour que la protection de l'art. 8 s'applique. [227-228] [231]

En l'espèce, il est permis de conclure, après avoir procédé à l'évaluation requise des droits des individus et de l'intérêt de l'État dans la prévention du crime et les enquêtes criminelles, que la fouille de bagages à l'aide d'un chien renifleur ne contrevient pas à l'art. 8 de la *Charte* lorsque les policiers agissent sur la foi de soupçons raisonnables qu'un crime est commis. Les attentes moindres en matière de vie privée dans les terminaux, l'atteinte minime portée par la fouille elle-même et l'efficacité des fouilles à l'aide d'un chien renifleur militent toutes en faveur de l'application d'une norme des « soupçons raisonnables ». Dans certains cas, comme la présente affaire, les soupçons raisonnables porteront sur un individu particulier, et les policiers auront recueilli, grâce à l'observation ou à d'autres méthodes, suffisamment de renseignements à son sujet pour justifier la fouille de ses bagages à l'aide d'un chien renifleur. Bien qu'en l'espèce les policiers aient effectué la fouille sur la foi de soupçons précis, ils auraient tout aussi bien pu utiliser des chiens renifleurs pour fouiller



the terminal, and reasonably informed passengers were aware of the fact that their baggage may be subject to a sniffer-dog search. [215] [243-244]

Because the accused's baggage was subjected to a sniffer-dog search as a result of individualized suspicion, it is unnecessary to determine conclusively whether a random search of his bag would have been constitutional. The trial judge found that the officer's suspicion with respect to the accused was in place before the sniff occurred and was based on objective facts. There is no reason to interfere with her finding on that point, and the search was therefore reasonable within the meaning of s. 8 of the *Charter*. [255]

### Cases Cited

By LeBel J.

**Referred to:** *R. v. A.M.*, [2008] 1 S.C.R. 569, 2008 SCC 19; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Canada (Attorney General) v. Hislop*, [2007] 1 S.C.R. 429, 2007 SCC 10; *R. v. Mann*, [2004] 3 S.C.R. 59, 2004 SCC 52; *R. v. Clayton*, [2007] 2 S.C.R. 725, 2007 SCC 32; *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Law*, [2002] 1 S.C.R. 227, 2002 SCC 10; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *Illinois v. Caballes*, 543 U.S. 405 (2005).

By Binnie J.

**Applied:** *R. v. A.M.*, [2008] 1 S.C.R. 569, 2008 SCC 19; **referred to:** *R. v. Mann*, [2004] 3 S.C.R. 59, 2004 SCC 52; *R. v. Clayton*, [2007] 2 S.C.R. 725, 2007 SCC 32; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Tessling*, [2004] 3 S.C.R. 432, 2004 SCC 67; *R. v. Dinh* (2003), 330 A.R. 63, 2003 ABCA 201; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51; *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659; *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2; *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158; *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615; *R. v. Godoy*, [1999] 1 S.C.R. 311; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652; *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393; *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *R. v. Mercer* (2004), 45 Alta. L.R. (4th) 144, 2004 ABPC 94; *Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 S.C.R. 1053; *R. v. Mack*, [1988]

les bagages de tous les passagers se trouvant dans la gare d'autobus ce jour-là, pourvu qu'ils aient eu des soupçons raisonnables qu'une activité liée à la drogue pouvait avoir lieu dans la gare, et que des passagers raisonnablement bien informés aient su que leurs bagages pouvaient faire l'objet d'une fouille à l'aide d'un chien renifleur. [215] [243-244]

Étant donné que les bagages de l'accusé ont fait l'objet d'une fouille à l'aide d'un chien renifleur sur la foi de soupçons précis, il n'est pas nécessaire de déterminer de façon concluante si une fouille au hasard de son sac aurait été constitutionnelle. La juge du procès a conclu que le policier avait des soupçons au sujet de l'accusé avant l'intervention du chien renifleur et que ses soupçons reposaient sur des faits objectifs. Il n'y a aucune raison de modifier la conclusion qu'elle a tirée à cet égard, et la fouille n'était donc pas abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte*. [255]

### Jurisprudence

Citée par le juge LeBel

**Arrêts mentionnés :** *R. c. A.M.*, [2008] 1 R.C.S. 569, 2008 CSC 19; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Canada (Procureur général) c. Hislop*, [2007] 1 R.C.S. 429, 2007 CSC 10; *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59, 2004 CSC 52; *R. c. Clayton*, [2007] 2 R.C.S. 725, 2007 CSC 32; *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Law*, [2002] 1 R.C.S. 227, 2002 CSC 10; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *Illinois c. Caballes*, 543 U.S. 405 (2005).

Citée par le juge Binnie

**Arrêt appliqué :** *R. c. A.M.*, [2008] 1 R.C.S. 569, 2008 CSC 19; **arrêts mentionnés :** *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59, 2004 CSC 52; *R. c. Clayton*, [2007] 2 R.C.S. 725, 2007 CSC 32; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Tessling*, [2004] 3 R.C.S. 432, 2004 CSC 67; *R. c. Dinh* (2003), 330 A.R. 63, 2003 ABCA 201; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51; *R. c. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659; *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2; *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158; *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615; *R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652; *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393; *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *R. c. Mercer* (2004), 45 Alta. L.R. (4th) 144, 2004 ABPC 94; *Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053;

2 S.C.R. 903; *R. v. Cahill* (1992), 13 C.R. (4th) 327; *Alabama v. White*, 496 U.S. 325 (1990); *R. v. Simpson* (1993), 12 O.R. (3d) 182; *R. v. Jacques*, [1996] 3 S.C.R. 312; *R. v. Ferris* (1998), 126 C.C.C. (3d) 298; *R. v. Lal* (1998), 113 B.C.A.C. 47; *Brown v. Durham Regional Police Force* (1998), 131 C.C.C. (3d) 1; *Reid v. Georgia*, 448 U.S. 438 (1980); *R. v. Dinh* (2001), 284 A.R. 304, 2001 ABPC 48; *United States v. Sokolow*, 490 U.S. 1 (1989); *Sibron v. New York*, 392 U.S. 40 (1968); *Florida v. Royer*, 460 U.S. 491 (1983); *United States v. Eustaquio*, 198 F.3d 1068 (1999); *R. v. McCarthy* (2005), 239 N.S.R. (2d) 23, 2005 NSPC 49; *R. v. Schrenk* (2007), 215 Man. R. (2d) 212, 2007 MBQB 93; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Buhay*, [2003] 1 S.C.R. 631, 2003 SCC 30.

By Deschamps J. (dissenting)

*R. v. A.M.*, [2008] 1 S.C.R. 569, 2008 SCC 19; *Questions of Law Reserved (No. 3 of 1998)* (1998), 71 S.A.S.R. 223; *Illinois v. Caballes*, 543 U.S. 405 (2005); *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527; *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8; *R. v. Tessling*, [2004] 3 S.C.R. 432, 2004 SCC 67; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659; *R. v. Clayton*, [2007] 2 S.C.R. 725, 2007 SCC 32, rev'g (2005), 196 O.A.C. 16; *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2; *R. v. Mann*, [2004] 3 S.C.R. 59, 2004 SCC 52; *R. v. Godoy*, [1999] 1 S.C.R. 311; *R. v. Boersma*, [1994] 2 S.C.R. 488; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *United States v. Place*, 462 U.S. 696 (1983); *R. v. Jacques*, [1996] 3 S.C.R. 312; *R. v. Simpson* (1993), 12 O.R. (3d) 182; *R. v. Woods*, [2005] 2 S.C.R. 205, 2005 SCC 42; *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652; *Knowlton v. The Queen*, [1974] S.C.R. 443; *R. v. Truong* (2002), 168 C.C.C. (3d) 132, 2002 BCCA 315; *People v. Dunn*, 564 N.E.2d 1054 (1990); *State v. Pellicci*, 580 A.2d 710 (1990); *McGahan v. State*, 807 P.2d 506 (1991); *Commonwealth v. Johnston*, 530 A.2d 74 (1987); *R. v. Murray* (1999), 136 C.C.C. (3d) 197.

By Bastarache J. (dissenting)

*R. v. A.M.*, [2008] 1 S.C.R. 569, 2008 SCC 19; *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Clayton*, [2007] 2 S.C.R. 725, 2007 SCC 32; *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2; *R. v. Godoy*, [1999] 1 S.C.R. 311; *R. v. Tessling*, [2004] 3 S.C.R. 432, 2004 SCC 67; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Jacques*, [1996] 3 S.C.R. 312; *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652; *R. v. Buhay*, [2003] 1 S.C.R. 631, 2003

*R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903; *R. c. Cahill* (1992), 13 C.R. (4th) 327; *Alabama c. White*, 496 U.S. 325 (1990); *R. c. Simpson* (1993), 12 O.R. (3d) 182; *R. c. Jacques*, [1996] 3 R.C.S. 312; *R. c. Ferris* (1998), 126 C.C.C. (3d) 298; *R. c. Lal* (1998), 113 B.C.A.C. 47; *Brown c. Durham Regional Police Force* (1998), 131 C.C.C. (3d) 1; *Reid c. Georgia*, 448 U.S. 438 (1980); *R. c. Dinh* (2001), 284 A.R. 304, 2001 ABPC 48; *United States c. Sokolow*, 490 U.S. 1 (1989); *Sibron c. New York*, 392 U.S. 40 (1968); *Florida c. Royer*, 460 U.S. 491 (1983); *United States c. Eustaquio*, 198 F.3d 1068 (1999); *R. c. McCarthy* (2005), 239 N.S.R. (2d) 23, 2005 NSPC 49; *R. c. Schrenk* (2007), 215 Man. R. (2d) 212, 2007 MBQB 93; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Buhay*, [2003] 1 R.C.S. 631, 2003 CSC 30.

Citée par la juge Deschamps (dissidente)

*R. c. A.M.*, [2008] 1 R.C.S. 569, 2008 CSC 19; *Questions of Law Reserved (No. 3 of 1998)* (1998), 71 S.A.S.R. 223; *Illinois c. Caballes*, 543 U.S. 405 (2005); *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527; *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8; *R. c. Tessling*, [2004] 3 R.C.S. 432, 2004 CSC 67; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659; *R. c. Clayton*, [2007] 2 R.C.S. 725, 2007 CSC 32, inf. (2005), 196 O.A.C. 16; *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2; *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59, 2004 CSC 52; *R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311; *R. c. Boersma*, [1994] 2 R.C.S. 488; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *United States c. Place*, 462 U.S. 696 (1983); *R. c. Jacques*, [1996] 3 R.C.S. 312; *R. c. Simpson* (1993), 12 O.R. (3d) 182; *R. c. Woods*, [2005] 2 R.C.S. 205, 2005 CSC 42; *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652; *Knowlton c. La Reine*, [1974] R.C.S. 443; *R. c. Truong* (2002), 168 C.C.C. (3d) 132, 2002 BCCA 315; *People c. Dunn*, 564 N.E.2d 1054 (1990); *State c. Pellicci*, 580 A.2d 710 (1990); *McGahan c. State*, 807 P.2d 506 (1991); *Commonwealth c. Johnston*, 530 A.2d 74 (1987); *R. c. Murray* (1999), 136 C.C.C. (3d) 197.

Citée par le juge Bastarache (dissident)

*R. c. A.M.*, [2008] 1 R.C.S. 569, 2008 CSC 19; *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Clayton*, [2007] 2 R.C.S. 725, 2007 CSC 32; *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2; *R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311; *R. c. Tessling*, [2004] 3 R.C.S. 432, 2004 CSC 67; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Jacques*, [1996] 3 R.C.S. 312; *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652; *R. c. Buhay*, [2003] 1 R.C.S. 631, 2003

SCC 30; *R. v. Mann*, [2004] 3 S.C.R. 59, 2004 SCC 52; *United States v. Place*, 462 U.S. 696 (1983).

### Statutes and Regulations Cited

*Australian Federal Police Act 1979* (Cth.), s. 12A.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 8, 9, 10, 24(2).  
*Customs Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.), s. 99(1)(f).  
*Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. I-2.  
*Law Enforcement (Powers and Responsibilities) Act 2002* (N.S.W.), ss. 145 to 150, 193 to 196.  
*Police Act*, R.S.A. 2000, c. P-17, s. 38(1).  
*Police Powers and Responsibilities Act 2000* (Qld.), 2000, No. 6, ss. 34 to 39.  
*Police Powers and Responsibilities (Drug Detection Dogs) Amendment Act 2005* (Qld.), 2005, No. 63.  
*Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C. 1985, c. R-10, s. 18.

### Authors Cited

Australia. New South Wales. *Discussion Paper: Review of the Police Powers (Drug Detection Dogs) Act*. Sydney: NSW Ombudsman, 2004.  
 Chevette, François, and Hugo Cyr. “La protection en matière de fouilles, perquisitions et saisies, en matière de détention, la non-rétroactivité de l’infraction et la peine la plus douce”, in Gérald-A. Beaudoin and Errol Mendes, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996, 10-1.  
 Davis-Barron, Sherri. “The Lawful Use of Drug Detector Dogs” (2007), 52 *Crim. L.Q.* 345.  
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 5th ed. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007.  
 LaFave, Wayne R. *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment*, vols. 1 and 4, 4th ed. St. Paul, Minn.: Thomson/West, 2004.  
 La Forest, Gérard V. “Judicial Lawmaking, Creativity and Constraints”, in R. Johnson et al., eds., *Gérard V. La Forest at the Supreme Court of Canada, 1985-1997*. Winnipeg: Canadian Legal Historic Project, Faculty of Law, University of Manitoba, 2000, 3.  
 Pollack, Kenneth L. “Stretching the *Terry* Doctrine to the Search for Evidence of Crime: Canine Sniffs, State Constitutions, and the Reasonable Suspicion Standard” (1994), 47 *Vand. L. Rev.* 803.  
 Sankoff, Peter, and Stéphane Perrault. “Suspicious Searches: What’s so Reasonable About Them?” (1999), 24 *C.R.* (5th) 123.  
 Sharpe, Robert J., and Kent Roach. *Brian Dickson: A Judge’s Journey*. Toronto: University of Toronto Press, 2003.

CSC 30; *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59, 2004 CSC 52; *United States c. Place*, 462 U.S. 696 (1983).

### Lois et règlements cités

*Australian Federal Police Act 1979* (Cth.), art. 12A.  
*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 8, 9, 10, 24(2).  
*Law Enforcement (Powers and Responsibilities) Act 2002* (N.S.W.), art. 145 à 150, 193 à 196.  
*Loi sur l’immigration*, L.R.C. 1985, ch. I-2.  
*Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. 1985, ch. R-10, art. 18.  
*Loi sur les douanes*, L.R.C. 1985, ch. 1 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 99(1)(f).  
*Police Act*, R.S.A. 2000, ch. P-17, art. 38(1).  
*Police Powers and Responsibilities Act 2000* (Qld.), 2000, No. 6, art. 34 à 39.  
*Police Powers and Responsibilities (Drug Detection Dogs) Amendment Act 2005* (Qld.), 2005, No. 63.

### Doctrine citée

Australie. Nouvelle-Galles du Sud. *Discussion Paper : Review of the Police Powers (Drug Detection Dogs) Act*. Sydney : NSW Ombudsman, 2004.  
 Chevette, François, et Hugo Cyr. « La protection en matière de fouilles, perquisitions et saisies, en matière de détention, la non-rétroactivité de l’infraction et la peine la plus douce », dans Gérald-A. Beaudoin et Errol Mendes, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, 3<sup>e</sup> éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 1996, 521.  
 Davis-Barron, Sherri. « The Lawful Use of Drug Detector Dogs » (2007), 52 *Crim. L.Q.* 345.  
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 5th ed. Scarborough, Ont. : Thomson/Carswell, 2007.  
 LaFave, Wayne R. *Search and Seizure : A Treatise on the Fourth Amendment*, vols. 1 and 4, 4th ed. St. Paul, Minn. : Thomson/West, 2004.  
 La Forest, Gérard V. « Judicial Lawmaking, Creativity and Constraints », in R. Johnson et al., eds., *Gérard V. La Forest at the Supreme Court of Canada, 1985-1997*. Winnipeg : Canadian Legal Historic Project, Faculty of Law, University of Manitoba, 2000, 3.  
 Pollack, Kenneth L. « Stretching the *Terry* Doctrine to the Search for Evidence of Crime : Canine Sniffs, State Constitutions, and the Reasonable Suspicion Standard » (1994), 47 *Vand. L. Rev.* 803.  
 Sankoff, Peter, and Stéphane Perrault. « Suspicious Searches : What’s so Reasonable About Them? » (1999), 24 *C.R.* (5th) 123.  
 Sharpe, Robert J., and Kent Roach. *Brian Dickson : A Judge’s Journey*. Toronto : University of Toronto Press, 2003.

Shaw, Trevor. “The Law on the Use of Police Dogs in Canada” (2004), 48 *Crim. L.Q.* 337.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Côté, O’Leary and Paperny JJ.A.) (2006), 60 Alta. L.R. (4th) 223, 391 A.R. 218, 377 W.A.C. 218, 210 C.C.C. (3d) 317, 39 C.R. (6th) 282, [2006] 9 W.W.R. 633, 144 C.R.R. (2d) 338, [2006] A.J. No. 755 (QL), 2006 CarswellAlta 794, 2006 ABCA 199, dismissing the accused’s appeal from conviction (2005), 386 A.R. 48, 203 C.C.C. (3d) 132, 31 C.R. (6th) 231, [2005] A.J. No. 1110 (QL), 2005 CarswellAlta 1217, 2005 ABQB 608. Appeal allowed, Bastarache, Deschamps and Rothstein JJ. dissenting.

*James M. Lutz and Alias A. Sanders*, for the appellant.

*Kenneth J. Yule, Q.C., Jolaine Antonio and Lisa Matthews*, for the respondent.

*Robert W. Hubbard and Alison Wheeler*, for the intervenor the Attorney General of Ontario.

*Dominique A. Jobin and Gilles Laporte*, for the intervenor the Attorney General of Quebec.

*Kenneth D. Madsen*, for the intervenor the Attorney General of British Columbia.

*Frank Addario and Emma Phillips*, for the intervenor the Criminal Lawyers’ Association (Ontario).

*Jonathan C. Lisus, Christopher A. Wayland and Sarah Corman*, for the intervenor the Canadian Civil Liberties Association.

The reasons of LeBel, Fish, Abella and Charron JJ. were delivered by

LEBEL J. —

## I. Introduction

[1] I have had the opportunity of reading the reasons of Binnie J. in this appeal and in the companion appeal *R. v. A.M.*, [2008] 1 S.C.R. 569, 2008 SCC 19. Like him, I would allow the appeal, find that there was a violation of s. 8 of the *Canadian*

Shaw, Trevor. « The Law on the Use of Police Dogs in Canada » (2004), 48 *Crim. L.Q.* 337.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges Côté, O’Leary et Paperny) (2006), 60 Alta. L.R. (4th) 223, 391 A.R. 218, 377 W.A.C. 218, 210 C.C.C. (3d) 317, 39 C.R. (6th) 282, [2006] 9 W.W.R. 633, 144 C.R.R. (2d) 338, [2006] A.J. No. 755 (QL), 2006 CarswellAlta 794, 2006 ABCA 199, qui a rejeté l’appel de l’accusé contre sa déclaration de culpabilité (2005), 386 A.R. 48, 203 C.C.C. (3d) 132, 31 C.R. (6th) 231, [2005] A.J. No. 1110 (QL), 2005 CarswellAlta 1217, 2005 ABQB 608. Pourvoi accueilli, les juges Bastarache, Deschamps et Rothstein sont dissidents.

*James M. Lutz et Alias A. Sanders*, pour l’appellant.

*Kenneth J. Yule, c.r., Jolaine Antonio et Lisa Matthews*, pour l’intimée.

*Robert W. Hubbard et Alison Wheeler*, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

*Dominique A. Jobin et Gilles Laporte*, pour l’intervenant le procureur général du Québec.

*Kenneth D. Madsen*, pour l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Frank Addario et Emma Phillips*, pour l’intervenante Criminal Lawyers’ Association (Ontario).

*Jonathan C. Lisus, Christopher A. Wayland et Sarah Corman*, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

Version française des motifs des juges LeBel, Fish, Abella et Charron rendus par

LE JUGE LEBEL —

## I. Introduction

[1] J’ai pris connaissance des motifs rédigés par le juge Binnie dans le présent pourvoi et le pourvoi connexe *R. c. A.M.*, [2008] 1 R.C.S. 569, 2008 CSC 19. Je partage son avis que le pourvoi devrait être accueilli, qu’il y a eu violation de l’art. 8 de la



*Charter of Rights and Freedoms* and exclude the evidence under s. 24(2). However, I reach this conclusion for different reasons. I agree that the use of sniffer dogs constitutes a search within the meaning of s. 8 of the *Charter*. The question on this appeal is whether the sniffer-dog search conducted in this case was “authorized by law”. It is undisputed that the search was not specifically authorized by statute. The question becomes whether the police were authorized at common law to conduct the search in fulfilment of their general duty to investigate crime. Binnie J. concludes that, in the circumstances of this case, they were not so authorized. I agree. In answering this question, however, I would not lower the threshold for the exercise of police powers to one of “reasonable suspicion” since to do so would impair the important safeguards found in s. 8 of the *Charter* against unjustified state intrusion. I would apply the existing and well-established standard of “reasonable and probable grounds” to hold that the search did not meet this standard. In so holding, I acknowledge that the *Charter* does not prohibit the use of sniffer dogs or other investigative techniques by police; it does require, however, that they be used in accordance with the standards established by s. 8.

## II. Analysis

[2] Of critical importance in situating the debate before this Court is the undisputed fact that the police had no reasonable and probable grounds to believe that Mr. Kang-Brown had drugs in his possession or that he had committed any other offence at the time they accosted him and effected the sniffer-dog search. The Crown seeks to rely, rather, on the *fruits* of the sniffer-dog search itself to establish the legality of Mr. Kang-Brown’s arrest and consequent search of his bag. In other words, it is uncontested that on the present state of the law, without the benefit of the positive sniffer-dog search, Mr. Kang-Brown ought to have been left alone by state authorities.

*Charte canadienne des droits et libertés* et que la preuve devrait être écartée en application du par. 24(2). Toutefois, j’arrive à cette conclusion pour des motifs différents. Je conviens que l’utilisation d’un chien renifleur constitue une fouille au sens de l’art. 8 de la *Charte*. La question que soulève le présent pourvoi est de savoir si la fouille à l’aide d’un chien renifleur était « autorisée par la loi ». Il est incontesté que la fouille n’était pas expressément autorisée par la loi. Il faut alors se demander si, dans l’accomplissement de leur devoir général d’effectuer des enquêtes criminelles, les policiers étaient autorisés par la common law à procéder à la fouille en question. Le juge Binnie conclut que, dans les circonstances de la présente affaire, ils ne l’étaient pas. Je partage son avis. Toutefois, pour répondre à cette question, j’estime qu’il n’y a pas lieu d’assujettir l’exercice des pouvoirs policiers à la norme moins stricte des « soupçons raisonnables » puisque cela aurait pour effet de compromettre les importantes garanties que l’art. 8 de la *Charte* offre contre les atteintes injustifiées de l’État. J’appliquerais la norme existante et bien établie des « motifs raisonnables et probables » pour conclure que la fouille effectuée ne la respectait pas. En tirant cette conclusion, je reconnais que la *Charte* n’interdit pas l’utilisation de chiens renifleurs ou d’autres techniques d’enquête policière; elle exige toutefois que cette utilisation demeure conforme aux normes établies par l’art. 8.

## II. Analyse

[2] Le fait incontesté que les policiers n’avaient pas de motifs raisonnables et probables de croire que M. Kang-Brown avait de la drogue en sa possession ou qu’il avait commis quelque autre infraction au moment où ils l’ont abordé et où ils ont procédé à la fouille à l’aide du chien renifleur revêt une importance cruciale pour situer le débat devant notre Cour. Le ministère public tente plutôt d’invoquer les *fruits* de la fouille effectuée à l’aide du chien renifleur pour établir la légalité de l’arrestation de M. Kang-Brown et de la fouille subséquente de son sac. Autrement dit, personne ne conteste que, dans l’état actuel du droit, les représentants de l’État n’auraient pas pu importuner M. Kang-Brown s’ils n’avaient pas bénéficié des résultats positifs de la fouille à l’aide du chien renifleur.



[3] It is common ground that no statutory provision authorizes the sniffer-dog search that was conducted at the Calgary bus terminal. Nor was there common law authority to arrest Mr. Kang-Brown prior to the search being conducted. The issue is therefore whether this Court, in the absence of any legislative regime, should attempt to itself craft a lower standard than that set out in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, to govern the use of sniffer dogs by the police in public places such as a bus terminal or, as in *A.M.*, a school. This appears to be the suggestion of my colleague Binnie J. when he proposes a new standard of “reasonable belief or suspicion”, the application of which would depend on the degree of intrusiveness of the investigative technique used in a particular case.

[4] Contrary to what Binnie J. asserts in his reasons, the issue of the role of the courts in respect of common law police powers is squarely before us on this appeal. Unlike him, however, I conclude that any perceived gap in the present state of the law on police investigative powers arising from the use of sniffer dogs is a matter better left for Parliament. The issue was raised by the parties in this Court and in the courts below. Indeed, it lies at the heart of the present litigation. Mr. Kang-Brown raised the arbitrariness of the search (*factum*, at para. 63). The Criminal Lawyers’ Association of Ontario submitted that the constitutional requirements of reasonable and probable cause set out in *Hunter v. Southam* had to be met. Reasonable suspicion was raised at most as an alternative solution and not the preferred one. Even one of the Crown counsel, who was arguing that the dog sniff was not a search, in answer to a question from a member of our Court, stated that, if it was a search, “we’re in uncharted waters”. He added that “one has to strain to think of situations where the Court has said that something less than reasonable grounds suffices where it’s a Section 8 search” (transcript, at p. 55). In *A.M.*, one of the grounds adopted by the Ontario Court of Appeal to quash the search of school premises was that the search was not authorized by the criminal

[3] Il est acquis qu’aucune disposition législative n’autorise la fouille à l’aide d’un chien renifleur qui a été effectuée à la gare d’autobus de Calgary. La common law ne permettait pas non plus d’arrêter M. Kang-Brown avant la fouille. La question est donc de savoir si, en l’absence de régime législatif, notre Cour devrait tenter de concevoir elle-même une norme moins stricte que celle énoncée dans l’arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, pour régir l’utilisation des chiens renifleurs par les policiers dans des endroits publics tels qu’une gare d’autobus ou une école, comme dans l’affaire *A.M.* C’est ce que semble affirmer mon collègue le juge Binnie lorsqu’il propose une nouvelle norme de la « croyance ou des soupçons raisonnables », dont l’application dépendrait du caractère envahissant de la technique d’enquête utilisée dans un cas particulier.

[4] Contrairement à ce que le juge Binnie affirme dans ses motifs, le présent pourvoi soulève directement la question du rôle des tribunaux à l’égard des pouvoirs que la common law confère aux policiers. Toutefois, contrairement à lui, je conclus qu’il vaut mieux laisser au législateur le soin de résoudre la question — découlant de l’utilisation des chiens renifleurs — de toute lacune qui peut être perçue dans l’état actuel du droit en matière de pouvoirs d’enquête policière. Les parties ont soulevé cette question devant notre Cour et devant les tribunaux d’instance inférieure. En fait, celle-ci est au cœur du présent litige. Monsieur Kang-Brown a invoqué le caractère arbitraire de la fouille (*mémoire*, par. 63). La Criminal Lawyers’ Association de l’Ontario a soutenu qu’il fallait satisfaire à l’exigence constitutionnelle de motifs raisonnables et probables énoncée dans l’arrêt *Hunter c. Southam*. La question des soupçons raisonnables a tout au plus été évoquée comme solution de rechange et non comme solution privilégiée. Même l’un des avocats du ministère public, qui prétendait que l’intervention du chien renifleur ne constituait pas une fouille, a répondu à un juge de notre Cour que, si elle constituait une fouille [TRADUCTION] « nous [serions] en terrain inconnu ». Il a ajouté qu’« il faut s’efforcer de songer à des situations où la Cour a affirmé qu’une norme moins exigeante

law or by the *Education Act* or subsidiary school policies.

[5] Courts make and change the law (*Canada (Attorney General) v. Hislop*, [2007] 1 S.C.R. 429, 2007 SCC 10, at paras. 83-87). Much of what is recognized as “law” is actually, in one form or another, judge-made law (G. V. La Forest, “Judicial Lawmaking, Creativity and Constraints”, in R. Johnson et al., eds., *Gérard V. La Forest at the Supreme Court of Canada, 1985-1997* (2000), 3). The question is not whether this lawmaking power exists, but how and when it is appropriate to exercise the power.

[6] This question becomes particularly delicate when, in matters which engage key constitutional values and rights, courts decide to act as lawmakers because of perceived gaps in the law. Should the common law be used to fill such gaps? This Court has used it to do so in certain circumstances in the area of the law we are now considering, in cases like *R. v. Mann*, [2004] 3 S.C.R. 59, 2004 SCC 52 (investigative detentions), and, quite recently, *R. v. Clayton*, [2007] 2 S.C.R. 725, 2007 SCC 32. These precedents do not mean that the Court should always expand common law rules, in order to address perceived gaps in police powers or apprehended inaction by Parliament, especially when rights and interests as fundamental as personal privacy and autonomy are at stake.

[7] Courts form part of the institutions of a democratic state where democratically elected legislatures debate and enact laws in an open public process. Courts are vital institutions particularly because the Constitution itself protects fundamental

que celle des motifs raisonnables est suffisante lorsqu’il est question d’une fouille visée par l’art. 8 » (transcription, p. 55). Dans l’affaire *A.M.*, l’un des motifs retenus par la Cour d’appel de l’Ontario pour invalider la fouille effectuée dans une école était que cette fouille n’était pas autorisée par le droit criminel, par la *Loi sur l’éducation* ou encore par les politiques subsidiaires des conseils scolaires.

[5] Les tribunaux créent et modifient le droit (*Canada (Procureur général) c. Hislop*, [2007] 1 R.C.S. 429, 2007 CSC 10, par. 83-87). Une bonne partie de ce qui est reconnu comme du « droit » constitue en fait, sous une forme ou une autre, du droit prétorien (G. V. La Forest, « Judicial Lawmaking, Creativity and Constraints », dans R. Johnson et autres, dir., *Gérard V. La Forest at the Supreme Court of Canada, 1985-1997* (2000), 3). Il s’agit de savoir non pas si ce pouvoir de créer des règles de droit existe, mais plutôt comment et dans quels cas il convient de l’exercer.

[6] Cette question devient particulièrement délicate lorsque, dans des affaires mettant en cause des valeurs et des droits constitutionnels cruciaux, les tribunaux décident d’agir comme législateur à cause de lacunes perçues dans le droit. La common law devrait-elle servir à combler de telles lacunes? Notre Cour l’a parfois utilisée à cette fin dans le domaine du droit dont il est question en l’espèce, notamment dans l’arrêt *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59, 2004 CSC 52 (détentions aux fins d’enquête) et, tout récemment, dans l’arrêt *R. c. Clayton*, [2007] 2 R.C.S. 725, 2007 CSC 32. Cette jurisprudence ne signifie pas que la Cour devrait toujours élargir les règles de common law pour combler les lacunes perçues des pouvoirs policiers ou pour dissiper la crainte d’inaction de la part du législateur, particulièrement lorsque des droits et des intérêts aussi fondamentaux que la vie privée et l’autonomie personnelles sont en jeu.

[7] Les tribunaux comptent parmi les institutions des démocraties où des assemblées législatives démocratiquement élues débattent et adoptent des lois de façon publique et transparente. Les tribunaux sont des institutions vitales

human rights. The Constitution does not belong to the courts, as McLachlin J. (as she then was) wisely said in her dissent in *Cooper*, but courts must remain alive and sensitive to the fact that they are ultimately the guardians of constitutional rules, principles and values when all else fails (*Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854, at para. 70).

[8] Section 8 of the *Charter* expresses one of the core values of our society: respect for personal privacy and autonomy. A significant proportion of *Charter* decisions have concerned the interpretation and application of s. 8. It may be said that our *Charter* jurisprudence was born with *Hunter v. Southam*, which remains one of the seminal judgments that, like *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, and *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, laid the groundwork for the interpretation of the *Charter* (see R. J. Sharpe and K. Roach, *Brian Dickson: A Judge's Journey* (2003), at pp. 312-16). Although the word “privacy” does not appear in the *Charter*, from the first days of its application, s. 8 evolved into a shield against unjustified state intrusions on personal privacy (*Hunter v. Southam*, at p. 160).

[9] Even before the *Charter* came into force, the courts were protective of privacy rights, although they tended to ground that protection in the notions of territoriality and of the relative sanctity of property interests (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. 2007), vol. 2, at p. 455). They modified this approach under the *Charter*, defining privacy interests as personal rights (Hogg, at p. 456; *Hunter v. Southam*, at pp. 158-59). This shift underscores the crucial importance of privacy interests in the interpretation of s. 8 (see La Forest J. in *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at pp. 426-27; Bastarache J. in *R. v. Law*, [2002] 1 S.C.R. 227, 2002 SCC 10, at para. 16; F. Chevrete and H. Cyr, “La protection en matière de fouilles, perquisitions

notamment en raison du fait que la Constitution elle-même protège les droits fondamentaux de la personne. La Constitution n'appartient pas aux tribunaux, comme l'a judicieusement rappelé la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans ses motifs dissidents dans l'arrêt *Cooper*, mais ils doivent demeurer attentifs et sensibles au fait qu'ils sont, en dernier ressort, les gardiens des règles, principes et valeurs constitutionnels lorsque toutes les autres démarches échouent (*Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854, par. 70).

[8] L'article 8 de la *Charte* énonce l'une des valeurs fondamentales de notre société : le respect de la vie privée et de l'autonomie personnelles. Une part appréciable des décisions touchant la *Charte* concerne l'interprétation et l'application de l'art. 8. Il est possible d'affirmer que notre jurisprudence relative à la *Charte* a pour point de départ l'arrêt *Hunter c. Southam*, lequel demeure l'un des arrêts charnières qui, à l'instar de l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, et du *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, ont jeté les bases de l'interprétation de la *Charte* (voir R. J. Sharpe et K. Roach, *Brian Dickson : A Judge's Journey* (2003), p. 312-316). Bien que l'expression « vie privée » ne figure pas dans la *Charte*, l'art. 8 est devenu, dès les premiers arrêts portant sur son application, un bouclier contre les ingérences injustifiées de l'État dans la vie privée des gens (*Hunter c. Southam*, p. 160).

[9] Même avant l'entrée en vigueur de la *Charte*, les tribunaux étaient soucieux de protéger le droit à la vie privée, quoiqu'ils aient eu tendance à fonder cette protection sur des notions de territorialité et d'inviolabilité relative du droit de propriété (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5<sup>e</sup> éd. 2007), vol. 2, p. 455). Avec l'avènement de la *Charte*, ils ont modifié cette approche en définissant les intérêts en matière de vie privée comme étant des droits personnels (Hogg, p. 456; *Hunter c. Southam*, p. 158-159). Ce changement fait ressortir l'importance cruciale que le droit à la vie privée revêt dans l'interprétation de l'art. 8 (voir le juge La Forest dans l'arrêt *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 426-427; le juge Bastarache dans

et saisies, en matière de détention, la non-rétroactivité de l'infraction et la peine la plus douce", in G.-A. Beaudoin and E. Mendes, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (3rd ed. 1996), 10-1, at pp. 10-72 and 10-94).

[10] The protection of privacy interests rests on the constraints, like the requirements of prior authorization and reasonableness, imposed on those conducting searches and seizures by the wording of s. 8 and by the courts in applying that section. The needs of law enforcement have to be taken into consideration and to be balanced with reasonable expectations of privacy. Nevertheless, in the leading cases on s. 8, the courts imposed significant constraints on intrusions on personal privacy by state agents. These constraints were found necessary because, as our Court found in *Hunter v. Southam*, "to determine the balance of the competing interests after the search had been conducted" amounts to an "[ex] post facto analysis [that] would . . . be seriously at odds with the purpose of s. 8". That purpose, our Court then emphasized, "requires a means of preventing unjustified searches before they happen, not simply of determining, after the fact, whether they ought to have occurred in the first place" (p. 160 (emphasis deleted)). Those constraints were — and in general still are, since this Court has never resiled from them — that there be a legal basis for the search or seizure in a statute or at common law, prior judicial authorization, and reasonable and probable cause. Departures from that constitutional framework had to be justified by the state. La Forest J. strongly stated the view that, as a matter of principle, common law police powers were narrow and their extension is better be left to Parliament (*R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36, at pp. 56-57). My concern is that the approach adopted by my colleagues in this case will in practice jeopardize critical elements of the constitutional rights guaranteed by s. 8 and of that section's underlying values. Perhaps somewhat ironically, this erosion process would derive not from state action or from the laws of

l'arrêt *R. c. Law*, [2002] 1 R.C.S. 227, 2002 CSC 10, par. 16; F. Chevrete et H. Cyr, « La protection en matière de fouilles, perquisitions et saisies, en matière de détention, la non-rétroactivité de l'infraction et la peine la plus douce », dans G.-A. Beaudoin et E. Mendes, dir., *Charte canadienne des droits et libertés* (3<sup>e</sup> éd. 1996), 521, p. 595 et 618).

[10] La protection du droit à la vie privée repose sur les contraintes — telles les exigences d'autorisation préalable et de caractère raisonnable — auxquelles le texte de l'art. 8 et les tribunaux qui appliquent cet article assujettissent ceux et celles qui effectuent des fouilles, perquisitions et saisies. La nécessité de faire respecter la loi doit être prise en compte et soupesée en fonction des attentes raisonnables en matière de vie privée. Néanmoins, dans les décisions de principe relatives à l'art. 8, les tribunaux ont assorti de restrictions importantes les atteintes que des représentants de l'État peuvent porter au droit à la vie privée personnelle. Ces restrictions ont été jugées nécessaires parce que, comme notre Cour l'a conclu dans l'arrêt *Hunter c. Southam*, « déterminer la prépondérance des droits en concurrence après que la perquisition a été effectuée » constitue une « analyse après le fait [qui] entrerait sérieusement en conflit avec le but de l'art. 8 ». Notre Cour a ensuite souligné que ce but « requiert un moyen de prévenir les fouilles et les perquisitions injustifiées avant qu'elles ne se produisent et non simplement un moyen de déterminer, après le fait, si au départ elles devaient être effectuées » (p. 160 (soulignements omis)). Ces restrictions consistaient et, n'ayant jamais été écartées par notre Cour, consistent généralement à exiger que la fouille, perquisition ou saisie soit fondée sur la loi ou la common law, qu'elle soit préalablement autorisée par un tribunal et qu'il existe des motifs raisonnables et probables de l'effectuer. L'État devait justifier toute dérogation à ce cadre constitutionnel. Le juge La Forest s'est fermement dit d'avis qu'en principe les pouvoirs conférés aux policiers par la common law étaient limités et qu'il valait mieux laisser au législateur le soin de les élargir (*R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36, p. 56-57). Je crains que l'approche adoptée par mes collègues en l'espèce

Parliament, but from decisions of the courts themselves.

[11] These considerations lead me back to the central question in the present appeal: the proper performance of the courts' lawmaking function. In my opinion, the jurisprudence-based solutions advanced in the reasons of certain of my colleagues, who openly or implicitly advocate the creation of new common law rules reducing the standard of scrutiny of state intrusion into privacy, do not represent an appropriate exercise of judicial power in the circumstances of this appeal and of the companion appeal in *A.M.*

[12] The common law has long been viewed as a law of liberty. Should we move away from that tradition, which is still part of the ethos of our legal system and of our democracy? This case is about the freedom of individuals and the proper function of the courts as guardians of the Constitution. I doubt that it should lead us to depart from the common law tradition of freedom by changing the common law itself to restrict the freedoms protected by the Constitution under s. 8 of the *Charter*.

[13] The standard for search and seizure operations in Canadian law has generally been reasonable and probable cause, with or without judicial preauthorization depending on the exigency of the circumstances. At paras. 77-78 of his reasons in *A.M.*, Binnie J. mentions a number of statutory exceptions to that standard, some of which have been challenged before the courts. I have already referred to the decisions of our Court in *Mann* and *Clayton*. Other situations could arise where the constitutionality of a search and seizure operation might be upheld in the absence of statutory authority. One might think for example about exigent

ait, en pratique, pour effet de compromettre certains aspects essentiels des droits constitutionnels garantis par l'art. 8 et des valeurs qui sous-tendent cet article. Il se pourrait, assez ironiquement d'ailleurs, que ce processus d'érosion découle non pas d'un acte de l'État ou des lois du Parlement, mais plutôt de décisions émanant des tribunaux eux-mêmes.

[11] Ces considérations me ramènent à la question qui se situe au cœur du présent pourvoi : l'exercice approprié par les tribunaux de leur rôle de création de règles de droit. À mon avis, les solutions jurisprudentielles proposées dans les motifs de certains de mes collègues, qui préconisent ouvertement ou implicitement l'établissement de nouvelles règles de common law qui abaisseraient la norme de contrôle applicable aux ingérences de l'État dans la vie privée des gens, ne représentent pas un exercice approprié du pouvoir judiciaire dans les circonstances du présent pourvoi et du pourvoi connexe *A.M.*

[12] La common law est depuis longtemps considérée comme une loi de liberté. Devrions-nous nous écarter de cette tradition, qui appartient toujours aux valeurs de notre système juridique et de notre démocratie? Il est question en l'espèce de la liberté des individus et du rôle légitime des tribunaux en tant que gardiens de la Constitution. Je ne suis pas persuadé que cela devrait nous amener à écarter la tradition de liberté de la common law en modifiant la common law elle-même afin de restreindre les libertés constitutionnelles garanties par l'art. 8 de la *Charte*.

[13] En droit canadien, la norme généralement appliquée en matière de fouilles, perquisitions et saisies — assorties ou non d'une autorisation judiciaire préalable, selon l'urgence de la situation — est celle fondée sur l'existence de motifs raisonnables et probables. Aux paragraphes 77-78 de ses motifs dans l'arrêt *A.M.*, le juge Binnie fait état d'un certain nombre d'exceptions légales à cette norme, dont certaines ont été contestées devant les tribunaux. J'ai déjà mentionné les décisions de notre Cour dans les affaires *Mann* et *Clayton*. Il pourrait se présenter d'autres cas où la constitutionnalité d'une fouille, perquisition ou saisie non



circumstances relating to apprehended terrorist activities. Nevertheless, given the critical nature of the privacy interests at stake and the weakness of the factual foundation in this appeal and in the companion appeal of *A.M.*, the constitutional role of the Court suggests that the creation of a new and more intrusive power of search and seizure, as is being proposed in some of the opinions in this appeal, should be left to Parliament to set up and justify under a proper statutory framework.

[14] A statutory provision on the appropriate use of sniffer dogs in law enforcement on grounds that fall short of the standard established in *Hunter v. Southam* might require justification under s. 1, but state action would not be foreclosed so long as the standard for justification was met under the relevant constitutional test. A requirement that Parliament act first would put the courts in a better position to address the competing interests at play and would ensure that the justification process meets constitutional standards. The extension of common law police powers as proposed in this case would short-cut the justification process and leave the Court to frame the common law rule itself without the full benefit of the dialogue and discussion that would have taken place had Parliament acted and been required to justify its action.

[15] Moreover, this is a case where the courts are ill-equipped to develop an adequate legal framework for the use of police dogs. In determining where the proper balance lies between the protection of privacy and effective law enforcement, the courts will be hampered by the fact that little is known about investigative techniques using sniffer dogs. Indeed, the record remains singularly bereft of useful information about sniffer dogs. The available information is in essence limited to the facts that they are used for investigative purposes in a variety of circumstances and that police officers

autorisée par un texte législatif pourrait être confirmée. On pourrait penser, par exemple, à une situation d'urgence liée à la crainte d'activités terroristes. Toutefois, en raison de l'importance cruciale du droit à la vie privée en cause et de la faiblesse du fondement factuel du présent pourvoi et du pourvoi connexe *A.M.*, le rôle confié à notre Cour par la Constitution tend à indiquer qu'il devrait appartenir au législateur de créer et de justifier, dans un cadre législatif approprié, un nouveau pouvoir plus envahissant de fouiller, perquisitionner et saisir, comme celui qui est proposé dans certains motifs exposés en l'espèce.

[14] Une disposition législative qui assujettirait l'utilisation des chiens renifleurs pour faire respecter la loi à l'existence de motifs ne respectant pas la norme établie dans l'arrêt *Hunter c. Southam* pourrait devoir être justifiée au regard de l'article premier, mais l'État ne serait pas empêché d'agir pour autant que la norme de justification soit respectée selon la grille d'analyse constitutionnelle pertinente. Obliger le législateur à intervenir en premier permettrait aux tribunaux d'être mieux en mesure de tenir compte des intérêts opposés qui sont en jeu et ferait en sorte que le processus de justification respecte les normes constitutionnelles. Élargir les pouvoirs que la common law confère aux policiers, comme on propose de le faire en l'espèce, aurait pour effet de couper court au processus de justification et de laisser la Cour établir elle-même la règle de common law sans avoir pleinement bénéficié du dialogue et des analyses qui auraient eu lieu si le législateur était intervenu et avait été tenu de justifier son intervention.

[15] De plus, nous sommes en présence d'un cas où les tribunaux ne disposent pas des outils nécessaires pour établir un cadre juridique adéquat pour l'utilisation des chiens renifleurs. Le fait d'avoir une connaissance limitée des techniques d'enquête faisant appel à des chiens renifleurs réduit la capacité des tribunaux de déterminer où se situe le juste équilibre entre la protection du droit à la vie privée et l'application efficace de la loi. En réalité, dans le présent pourvoi, le dossier est particulièrement pauvre en renseignements utiles concernant les chiens renifleurs. L'information disponible se

believe in their overall reliability and to the praise of a particular dog deployed at the Calgary bus station. From the record, however, and from some of the authorities cited by the parties, it appears that serious doubt has occasionally been cast on the reliability of sniffer dogs (see, for example, the dissent of Souter J. of the U.S. Supreme Court in *Illinois v. Caballes*, 543 U.S. 405 (2005), at pp. 410-13; see also New South Wales Ombudsman, *Discussion Paper: Review of Police Powers (Drug Detection Dogs) Act* (June 2004)). Despite this inadequate record, this Court is nonetheless being asked to curtail *Charter* rights for fear of leaving a void in the law and interfering with the use of a fairly widespread police investigative technique. The Court would create a new common law rule on the basis of little more than unverified and, for us in this appeal, unverifiable assumptions.

[16] Courts ought to avoid relying on such a weak and inadequate record as a basis for justifying an intrusion on privacy rights. A downgrading of the standard of reasonable and probable cause to a standard of reasonable suspicion in these circumstances and on the basis of this record might lead to an even looser test of “generalized suspicion”, which is in fact the standard adopted by one of the dissenting judges in this appeal. It would also tend to limit privacy rights to the possibility of obtaining some kind of remedy after the fact. Perfunctory excuses would be of little comfort to passengers and passers-by inconvenienced by an unfounded sniff and its consequences. The result would verge on honouring reasonable and probable cause in principle, while gutting it in practice through an even wider use of a standard of reasonable suspicion.

[17] For these reasons, I would not attempt to create or discover a common law police power to

limite essentiellement au fait que ces chiens sont utilisés aux fins d’enquête dans diverses circonstances et que les policiers croient qu’ils sont généralement fiables, et aux éloges dont fait l’objet un chien qui a été utilisé à la gare d’autobus de Calgary. Il ressort toutefois du dossier et de certains arrêts et textes de doctrine cités par les parties que la fiabilité des chiens renifleurs a parfois été sérieusement mise en doute (voir, par exemple, les motifs dissidents du juge Souter de la Cour suprême des États-Unis dans l’arrêt *Illinois c. Caballes*, 543 U.S. 405 (2005), p. 410-413; voir également New South Wales Ombudsman, *Discussion Paper : Review of Police Powers (Drug Detection Dogs) Act* (juin 2004)). Malgré ce dossier insuffisant, on demande néanmoins à la Cour de réduire la portée de certains droits garantis par la *Charte* pour éviter de créer un vide juridique et d’entraver l’utilisation d’une technique d’enquête policière assez répandue. La Cour établirait une nouvelle règle de common law tout au plus sur la base d’hypothèses non vérifiées et — en ce qui nous concerne dans le présent pourvoi — invérifiables.

[16] Les tribunaux doivent éviter de s’appuyer sur des dossiers aussi faibles et insuffisants pour justifier une atteinte au droit à la vie privée. Assouplir la norme applicable en la faisant passer de la norme des motifs raisonnables et probables à celle des soupçons raisonnables dans les présentes circonstances et sur la foi du présent dossier pourrait mener à la norme encore moins stricte des « soupçons généraux », qui est d’ailleurs adoptée par l’un des juges dissidents dans le présent pourvoi. Un tel assouplissement tendrait aussi à limiter le respect du droit à la vie privée à la seule possibilité d’obtenir une quelconque réparation après le fait. Des excuses superficielles constitueraient une maigre consolation pour les passagers et les passants incommodés par une fouille injustifiée à l’aide d’un chien renifleur et par les conséquences d’une telle fouille. On arriverait presque ainsi à respecter en principe la norme des motifs raisonnables et probables, tout en la vidant en pratique de sa substance par un recours de plus en plus fréquent à une norme des soupçons raisonnables.

[17] Pour ces motifs, je ne tenterais pas de créer ou de découvrir un pouvoir policier de common

use sniffer dogs in investigating potential lawbreakers. Absent justified authority for such a search in a statute or at common law, I would hold that s. 8 was breached. Given the seriousness of the breach, I agree with Binnie J. that the evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*, the appeal should be allowed and the conviction should be set aside.

The reasons of McLachlin C.J. and Binnie J. were delivered by

BINNIE J. —

#### I. Introduction

[18] The question raised by this appeal is whether travellers are entitled to pass through the Calgary public bus terminal without having their bags subjected to a random and speculative sniffer-dog search in pursuit of contraband. If in general they are free to do so, the question is whether the police possess the power, in fulfilment of their duty to investigate crime, to make use of sniffer dogs to search the bags for drugs. This case involves routine crime investigation. It does not involve explosives, guns or other public safety concerns.

[19] The appeal and the companion case of *R. v. A.M.*, [2008] 1 S.C.R. 569, 2008 SCC 19, have polarized the Court. My colleague Bastarache J. analogizes privacy expectations in a local bus station to the reduced expectations of privacy associated with border crossings and international airports. He concludes that a “generalized suspicion” about the presence of drugs is sufficient to justify the deployment of sniffer dogs in bus stations without offending s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which protects “everyone” against “unreasonable search or seizure”.

law autorisant l'utilisation de chiens renifleurs pour enquêter sur des délinquants potentiels. Compte tenu de l'absence dans la loi et la common law d'un pouvoir justifiant une telle fouille, j'estime qu'il y a eu violation de l'art. 8. Vu la gravité de cette violation, je suis d'avis, tout comme le juge Binnie, que la preuve doit être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*, que le pourvoi doit être accueilli et que la déclaration de culpabilité doit être annulée.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et du juge Binnie rendus par

LE JUGE BINNIE —

#### I. Introduction

[18] La Cour est appelée en l'espèce à décider si les voyageurs ont le droit de transiter par la gare d'autobus de Calgary sans que des policiers procèdent, au hasard et sur la base d'hypothèses, à une fouille de leurs bagages à l'aide d'un chien renifleur dans le but de déceler la présence d'articles interdits ou de marchandises de contrebande. À supposer qu'ils aient ce droit en général, la question est alors de savoir si, dans l'accomplissement de leur devoir d'effectuer des enquêtes criminelles, les policiers ont le pouvoir d'utiliser des chiens renifleurs pour effectuer une fouille de bagages destinée à déceler la présence de drogue. Il est question en l'espèce d'une enquête criminelle de routine. Il n'est pas question d'explosifs, d'armes à feu ou d'autres problèmes de sécurité publique.

[19] Le présent pourvoi et le pourvoi connexe *R. c. A.M.*, [2008] 1 R.C.S. 569, 2008 CSC 19, ont polarisé la Cour. Mon collègue le juge Bastarache établit une analogie entre les attentes en matière de vie privée dans une gare d'autobus locale et les attentes moindres que les voyageurs ont, à cet égard, aux passages frontaliers et dans les aéroports internationaux. Il conclut que des « soupçons généraux » concernant la présence de drogue suffisent pour justifier l'utilisation de chiens renifleurs dans des gares d'autobus sans qu'il y ait contravention à l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui prévoit que « chacun » a droit à la protection contre « les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives ».

[20] My colleague LeBel J., on the other hand, would deny the existence of a police power to use sniffer dogs for searches in the circumstances of these cases in the absence of “prior judicial authorization, and reasonable and probable cause” (para. 10). Any different standard “should be left to Parliament to set up and justify under a proper statutory framework” (para. 13).

[21] For reasons to be discussed, I do not agree with either polarized position. “Generalized suspicion” would, in my respectful view, open the floodgates to sniffer dogs everywhere. On the other hand, the “leave it to Parliament” approach ducks a practical and immediate problem facing law enforcement. Sniffer dogs have been in common use by police forces in Canada for the last 30 years or more. If the police have lawful authority to use sniffer dogs only when they already have reasonable grounds to believe contraband is present, sniffer dogs would be superfluous and unnecessary, i.e. because *ex hypothesi* the police already have the grounds to obtain a search warrant and would not require the confirmatory evidence of a dog.

[22] Like LeBel J., I would welcome parliamentary intervention in this contentious area, but unlike LeBel J., I do not favour an approach that effectively renders sniffer dogs useless until Parliament chooses to enact legislation. In fairness to litigants, the Court ought not, in my respectful view, to waver unpredictably between the willingness of the Court to explore adjustments in the common law of detention or search and seizure based on reasonable suspicion, as in the recent cases of *R. v. Mann*, [2004] 3 S.C.R. 59, 2004 SCC 52 (investigative detention), and *R. v. Clayton*, [2007] 2 S.C.R. 725, 2007 SCC 32 (detention, search and seizure), and the “hands off” or “leave it to Parliament” attitude my colleague advocates in this case. How are litigants to anticipate whether they will find the Court in a “can do” mode or a “leave it to Parliament”

[20] Par contre, mon collègue le juge LeBel est d’avis que les policiers n’ont aucun pouvoir d’utiliser des chiens renifleurs pour effectuer une fouille dans les circonstances de ces affaires à moins « qu’elle soit préalablement autorisée par un tribunal et qu’il existe des motifs raisonnables et probables de l’effectuer » (par. 10). « [I]l devrait appartenir au législateur de créer et de justifier [quelque autre norme] dans un cadre législatif approprié » (par. 13).

[21] Pour les motifs qui seront exposés, je ne souscris à ni l’un ni l’autre de ces points de vue polarisés. J’estime, en toute déférence, que les « soupçons généraux » ouvriraient la porte à une utilisation excessive des chiens renifleurs en tous lieux. En revanche, l’approche consistant à laisser au législateur le soin d’agir esquivé un problème pratique et immédiat qui se pose en matière d’application de la loi. Au Canada, les services de police utilisent couramment des chiens renifleurs depuis au moins 30 ans. Si la loi ne permet le recours à un chien renifleur que dans le cas où les policiers ont déjà des motifs raisonnables de croire à la présence d’articles interdits, le chien renifleur devient alors superflu et inutile, du fait que les policiers sont déjà censés avoir les motifs requis pour obtenir un mandat les autorisant à effectuer une fouille ou perquisition et qu’ils n’ont pas besoin d’un chien pour confirmer la présence de ces articles.

[22] À l’instar du juge LeBel, je suis en faveur d’une intervention du législateur dans ce domaine controversé, mais contrairement à lui, je ne préconise pas une approche ayant pour effet de rendre les chiens renifleurs inutiles tant et aussi longtemps que le législateur n’aura pas choisi d’agir. J’estime, en toute déférence, que, pour être juste envers les parties, la Cour ne devrait pas vaciller de façon imprévisible entre sa volonté d’étudier la possibilité d’ajuster la common law en matière de détention ou de fouilles, perquisitions et saisies fondées sur des soupçons raisonnables — comme c’était le cas dans les arrêts récents *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59, 2004 CSC 52 (détention aux fins d’enquête), et *R. c. Clayton*, [2007] 2 R.C.S. 725, 2007 CSC 32 (détention, fouille, perquisition et saisie) —, et l’attitude non interventionniste ou consistant à laisser

mode? In my view, *Mann* and *Clayton* resolved the Court's attitude to this particular area of common law police powers in favour of the former. We have crossed the Rubicon.

[23] The police here were going about their ordinary business of investigating crime in a public bus station to which they had every right of lawful access. The police claim that their use of the sniffer dog Chevy in this case complied with s. 8 of the *Charter*. Accordingly, the difficult question raised by this appeal is not (in my view) the *existence* of a police power to investigate crime using sniffer dogs or any other lawful devices or technology in places where the police are lawfully entitled to be. The difficult question is the extent to which the use of such devices or techniques or animals is permitted by s. 8 of the *Charter* and, if so, in what circumstances. It is emphatically the duty of the courts, not Parliament, to resolve the issue of *Charter* compliance.

[24] It has been recognized since *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, that while generally speaking the s. 8 standard is reasonable and probable cause, warrantless searches may be acceptable by careful application of the s. 8 balance between the legitimate needs of law enforcement and the legitimate interest of "everyone" in privacy. The balance is calibrated according to the circumstances. The guarantee of s. 8 is not against search and seizure but against *unreasonable* search and seizure. The police rest their case on the minimal intrusiveness, narrowly targeted objective and high accuracy of specifically trained dogs (in this case Chevy), not on some s. 1 argument about a pandemic of drug trafficking or terrorist activity.

au législateur le soin d'agir, que mon collègue préconise en l'espèce. Comment les parties pourront-elles prévoir que la Cour aura une attitude de capacité d'agir ou une attitude consistant à laisser au législateur le soin d'agir, lorsqu'elles se présenteront devant elle? J'estime que, dans les arrêts *Mann* et *Clayton*, la Cour a décidé d'adopter la première attitude à l'égard de ce type particulier de pouvoir policier conféré par la common law. Nous avons franchi le Rubicon.

[23] Dans le cas qui nous occupe, les policiers procédaient de la manière habituelle à une enquête criminelle dans une gare d'autobus à laquelle ils étaient parfaitement en droit d'avoir accès. Ceux-ci prétendent que leur utilisation du chien renifleur Chevy en l'espèce était conforme à l'art. 8 de la *Charte*. Par conséquent, la question difficile que soulève le présent pourvoi n'est pas (selon moi) de savoir si les policiers *peuvent* effectuer des enquêtes criminelles à l'aide de chiens renifleurs ou de n'importe quels autres dispositifs ou techniques légitimes dans les endroits où ils ont le droit de se trouver. Il s'agit plutôt de savoir dans quelle mesure et, le cas échéant, dans quels cas l'art. 8 de la *Charte* autorise l'utilisation de ces dispositifs, techniques ou animaux. Il n'y a aucun doute qu'il appartient aux tribunaux, et non au législateur, de résoudre la question de la conformité avec la *Charte*.

[24] Depuis l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, il est reconnu que, bien que la norme de l'art. 8 soit généralement celle des motifs raisonnables et probables, les fouilles ou perquisitions sans mandat peuvent être acceptables si l'on prend soin d'établir, au regard de l'art. 8, un équilibre entre la nécessité légitime de faire respecter la loi et le droit légitime de « chacun » à la vie privée. Cet équilibre varie selon les circonstances. L'article 8 protège non pas contre les fouilles, perquisitions et saisies, mais contre les fouilles, perquisitions et saisies *abusives*. Les policiers invoquent à l'appui de leur thèse l'existence d'une atteinte minime et d'un objectif bien circonscrit, ainsi que la grande fiabilité de chiens dressés pour accomplir une tâche particulière (en l'espèce Chevy), et non quelque argument fondé sur l'article premier voulant qu'il y ait une forte hausse du trafic de la drogue et des activités terroristes.



[25] In my view, for reasons developed in *A.M.*, the police are entitled to call in aid sniffer dogs where they have reasonable grounds to suspect the presence of contraband. This *Charter* standard of “reasonable suspicion” is based, as stated, on the minimal intrusiveness, narrowly targeted objective and high accuracy of “sniffs” by specifically trained dogs like Chevy.

[26] On the facts, the question here is whether the police at the Calgary bus station had grounds to suspect the appellant of possession of drugs sufficient to justify the use of a sniffer dog to investigate the appellant’s bag. The courts in Alberta rejected the notion that a sniffer-dog “sniff” could amount to a search, but I agree with Paperny J.A., dissenting in the Alberta Court of Appeal, that a “sniff” amounts to a s. 8 search. The constitutional question however is whether in the circumstances it was an *unreasonable* search. Because such searches are conducted without prior judicial authorization, the after-the-fact judicial scrutiny of the grounds for the alleged “reasonable suspicion” must be rigorous. The police action in this case was based on speculation. The evidence resulting from the sniffer-dog search should not have been admitted. I would therefore allow the appeal and set aside the conviction.

## II. Facts

[27] On January 25, 2002, at about 11:00 a.m., three RCMP officers were staking out the Calgary Greyhound bus terminal in plain clothes. The team was watching passengers disembark from the overnight bus from Vancouver. This was part of the RCMP “Jetway” program which monitors the travelling public in an effort to identify and arrest drug couriers and other individuals participating in criminal activities.

[25] Pour les raisons exposées dans l’arrêt *A.M.*, j’estime que les policiers ont le droit de faire appel à des chiens renifleurs lorsqu’ils ont des motifs raisonnables de soupçonner la présence d’articles interdits. Comme nous l’avons vu, cette norme des « soupçons raisonnables » dictée par la *Charte* est applicable en raison de l’existence d’une atteinte minime et d’un objectif bien circonscrit, ainsi que de la grande fiabilité de chiens renifleurs comme Chevy qui sont dressés pour accomplir une tâche particulière.

[26] Selon les faits de la présente affaire, la question est de savoir si les policiers qui se trouvaient à la gare d’autobus de Calgary avaient suffisamment de motifs de soupçonner que l’appelant avait de la drogue en sa possession pour justifier la vérification du sac de ce dernier à l’aide d’un chien renifleur. Les tribunaux albertains ont rejeté l’idée que l’intervention d’un chien renifleur puisse constituer une fouille ou perquisition, mais je conviens avec la juge Paperny, dissidente en Cour d’appel de l’Alberta, qu’une telle intervention constitue une fouille ou perquisition au sens de l’art. 8. Cependant, la question constitutionnelle est de savoir si la fouille effectuée était *abusive* dans les circonstances. Étant donné que de telles fouilles ont lieu sans autorisation judiciaire préalable, l’examen après le fait que les tribunaux effectuent des motifs justifiant les prétendus « soupçons raisonnables » doit être rigoureux. L’intervention des policiers en l’espèce était fondée sur des hypothèses. Les éléments de preuve recueillis grâce à la fouille effectuée à l’aide du chien renifleur n’auraient pas dû être admis. Par conséquent, j’accueillerais le pourvoi et j’annulerais la déclaration de culpabilité.

## II. Les faits

[27] Le 25 janvier 2002, vers 11 h, trois agents de la GRC habillés en civil surveillaient la gare d’autobus Greyhound de Calgary. L’équipe observait les passagers qui descendaient de l’autobus ayant effectué le trajet de nuit depuis Vancouver. Cette opération faisait partie du programme « Jetway » de la GRC, qui consiste à surveiller les voyageurs en vue de repérer et d’arrêter les passeurs de drogue et d’autres individus qui se livrent à des activités criminelles.

[28] The RCMP were not investigating the possibility of terrorist activity, explosives or other threats to public safety. Their sniffer dog Chevy was not trained for anything other than detection of narcotics.

[29] RCMP Sergeant MacPhee testified that his training in the Jetway program taught him to watch for what he referred to as an “elongated stare”, a locked eye contact for a period of a few seconds. The appellant gave him such a stare. Sergeant MacPhee noted that the appellant had moved to the underbelly of the bus, but did not look at the bags that were being unloaded. Instead, he went around the bus in a direction different from the other passengers and stopped 10 to 15 feet behind Sergeant MacPhee. The officer said this conduct aroused his suspicion.

[30] The appellant was carrying a bag (described as similar to a gym bag) that had no Greyhound or other identifying tags on it. It had two handles rather than a shoulder strap. The appellant was carrying it on his shoulder. On entering the terminal he walked toward the washroom. About 10 feet before the washroom door, the appellant stopped, turned around and looked back at Sergeant MacPhee, who was about 25 feet behind him. Sergeant MacPhee described this as “rubbernecking”.

[31] When the appellant came out of the washroom, he again made eye contact with Sergeant MacPhee as he moved towards the exit doors. Sergeant MacPhee went over and introduced himself as follows: “Good morning, sir. I’m a police officer out here at the bus terminal. You’re not in any sort of trouble and you’re free to go at any time. We just talk to people as they are travelling.” Sergeant MacPhee commented on the weather and asked to see the appellant’s bus ticket (which he had apparently left on the bus), and asked for identification (which the appellant produced). Sergeant MacPhee made a note of the appellant’s name and date of birth, and asked how long he would be in Calgary.

[28] Les agents de la GRC n’enquêtaient pas sur d’éventuelles activités terroristes, la présence d’explosifs ou d’autres menaces à la sécurité publique. Leur chien renifleur Chevy n’était dressé que pour détecter la présence de stupéfiants.

[29] Le sergent MacPhee de la GRC a témoigné que la formation qu’il a reçue dans le cadre du programme Jetway lui a appris à être à l’affût de ce qu’il a appelé un [TRADUCTION] « long regard », c’est-à-dire un échange de regard qui dure quelques secondes. L’appelant lui a jeté un tel regard. Le sergent MacPhee a remarqué que l’appelant s’était dirigé vers la soute à bagages de l’autobus sans toutefois regarder les bagages qui étaient déchargés. Il a plutôt fait le tour de l’autobus, dans une direction différente de celle empruntée par les autres passagers, et il s’est immobilisé 10 à 15 pieds derrière le sergent MacPhee. Le policier a affirmé que ce comportement avait éveillé ses soupçons.

[30] L’appelant transportait un sac (qualifié de semblable à un sac de sport) auquel n’était fixée aucune étiquette d’identification Greyhound ou autre. Il s’agissait d’un sac à deux poignées, sans bandoulière. L’appelant le portait à l’épaule. Lorsqu’il est entré dans la gare, il s’est dirigé vers les toilettes. Alors qu’il se trouvait à environ 10 pieds de la porte des toilettes, l’appelant s’est immobilisé, s’est retourné et a regardé le sergent MacPhee qui se trouvait quelque 25 pieds derrière lui. Le sergent MacPhee a qualifié cela de [TRADUCTION] « regard vers l’arrière ».

[31] Lorsqu’il est sorti des toilettes, l’appelant a de nouveau fixé du regard le sergent MacPhee en se dirigeant vers les portes de sortie. Le sergent MacPhee s’est approché et s’est présenté en disant [TRADUCTION] « Bonjour monsieur. Je suis un policier qui travaille ici à la gare d’autobus. Nous n’avons rien à vous reprocher et vous êtes libre de partir en tout temps. Nous ne faisons que parler aux voyageurs. » Le sergent MacPhee a parlé du temps qu’il faisait et a demandé à voir le billet d’autobus de l’appelant (que ce dernier avait apparemment laissé dans l’autobus), en plus de solliciter une pièce d’identité (que l’appelant a présentée). Le sergent MacPhee a noté le nom et la date de naissance

The appellant seemed to Sergeant MacPhee to be getting “increasingly antsy” in the officer’s presence.

[32] At this point, Sergeant MacPhee asked to see the contents of the appellant’s bag. The appellant paused, then put his bag down on the floor and started to open it. Sergeant MacPhee said, “Thanks, sir. You’re certainly not obliged to show me, but thanks.” Sergeant MacPhee then started to kneel down and take hold of the bag himself, saying “Just an officer safety thing here, do you mind?” Before he could touch the bag, the appellant exclaimed “What are you doing?” and pulled the bag back. At that point, the appellant was said to be very agitated. Sergeant MacPhee signalled to another officer, Sergeant Bouey (then Corporal), who was accompanied by Chevy. They approached, and Chevy sat down, indicating to his handler the presence of drugs in the bag. Sergeant MacPhee then told the appellant that he was under arrest for the possession and/or trafficking of a controlled substance and advised him of his rights.

[33] Following the arrest, the appellant’s bag was searched by Constable Ritchie, and was found to contain two zip lock baggies filled with approximately 17 ounces of cocaine. The appellant also produced, from his pocket, a Starbucks mint container containing a small amount of heroin. The appellant was charged with possession of cocaine for the purposes of trafficking and possession of heroin.

[34] The trial judge held that the appellant was neither arbitrarily detained nor unlawfully searched and entered a conviction. The majority of the Court of Appeal agreed and dismissed his appeal.

### III. Relevant Constitutional Provisions

[35] The relevant *Charter* provisions read as follows:

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

de l’appelant et lui a demandé combien de temps il séjournerait à Calgary. Il a semblé au sergent MacPhee que l’appelant devenait [TRADUCTION] « de plus en plus nerveux » en sa présence.

[32] Le sergent MacPhee a alors demandé à voir le contenu du sac de l’appelant. Après hésitation, l’appelant a déposé son sac et a commencé à l’ouvrir. Le sergent MacPhee lui a dit [TRADUCTION] « Merci monsieur. Vous n’êtes sûrement pas obligé de me montrer, mais je vous en remercie. » Le sergent MacPhee s’est alors agenouillé et a tenté s’emparer du sac en affirmant « Simple mesure de sécurité de la part d’un policier, vous n’avez pas d’objections? » Avant que le policier puisse toucher le sac, l’appelant s’est exclamé « Que faites-vous? » et a tiré le sac vers lui. Le policier a affirmé que l’appelant était alors très agité. Le sergent MacPhee a fait signe à un autre policier, le sergent Bouey (alors caporal), de s’amener avec Chevy. Une fois près d’eux, Chevy s’est assis, indiquant ainsi au maître-chien qu’il y avait de la drogue dans le sac. Le sergent MacPhee a alors informé l’appelant qu’il était en état d’arrestation pour possession ou trafic d’une substance réglementée, ou les deux à la fois, et il l’a informé de ses droits.

[33] À la suite de l’arrestation de l’appelant, l’agent Ritchie a fouillé le sac de ce dernier et y a découvert deux sacs à fermeture par pression et glissière qui contenaient environ 17 onces de cocaïne. L’appelant a aussi sorti de sa poche un contenant de pastilles à la menthe Starbucks dans lequel se trouvait une petite quantité d’héroïne. L’appelant a été accusé de possession de cocaïne en vue d’en faire le trafic et de possession d’héroïne.

[34] La juge du procès a conclu que l’appelant n’avait été ni détenu de façon arbitraire ni soumis à une fouille illégale et elle a inscrit une déclaration de culpabilité. La Cour d’appel à la majorité a partagé le même avis et a rejeté l’appel de l’appelant.

### III. Les dispositions constitutionnelles pertinentes

[35] Voici le texte des dispositions pertinentes de la *Charte* :

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

9. Everyone has the right not to be arbitrarily detained or imprisoned.

24. . . .

(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.

#### IV. Judicial History

A. *Alberta Court of Queen's Bench* (2005), 386 A.R. 48, 2005 ABQB 608

[36] Romaine J. found that the appellant had not been physically detained during questioning. Only one officer engaged him in conversation. His exit route was not obstructed and he had been advised that he was free to go at any time. The fact that police were suspicious and asked questions of a pointed nature was not sufficient to establish psychological detention. Not every interview of a suspect is a detention. As Kang-Brown did not testify during the *voir dire*, there was no evidence of his subjective belief as to whether or not he was detained.

[37] Romaine J. stated that in any event she was satisfied that reasonable grounds existed for his investigative detention as required by *Mann*. These grounds were provided by the “suspicious behaviour” exhibited by Kang-Brown. Romaine J. remarked that “[w]hile the Jetway officers did not have a specific recent offence that they were investigating, they certainly were investigating the ongoing traffic of drugs, and their detention of Mr. Kang-Brown, if it was such, could be characterized as arising from such on-going investigation” (para. 57). With respect to the dog sniff and ensuing physical search, there was no evidence that Kang-Brown had a subjective expectation of privacy in the contents of his bag, as he did not testify at trial. In the trial judge’s view, odour is a voluntary exposure of

9. Chacun a droit à la protection contre la détention ou l’emprisonnement arbitraires.

24. . . .

(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.

#### IV. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour du Banc de la Reine de l’Alberta* (2005), 386 A.R. 48, 2005 ABQB 608

[36] La juge Romaine a conclu que l’appelant n’avait pas été détenu physiquement pendant qu’il était questionné. Un seul policier a conversé avec lui. On ne lui a pas barré la route pour l’empêcher de sortir et on l’a informé qu’il était libre de partir en tout temps. Le fait que les policiers aient eu des soupçons et qu’ils aient posé des questions pointues n’était pas suffisant pour établir l’existence d’une détention psychologique. Un suspect qui est interrogé n’est pas toujours détenu. Étant donné que M. Kang-Brown n’avait pas témoigné lors du voir-dire, rien ne prouvait que celui-ci avait cru subjectivement qu’il était détenu ou qu’il n’était pas détenu.

[37] La juge Romaine a affirmé que, de toute façon, elle était convaincue que, conformément à l’exigence de l’arrêt *Mann*, il existait des motifs raisonnables de détenir M. Kang-Brown aux fins d’enquête, et ce, en raison du « comportement suspect » de ce dernier. Elle a fait remarquer que « [m]ême si les policiers de l’opération Jetway n’enquêteaient pas sur une infraction récente particulière, ils enquêteaient sur le trafic de drogues, et l’on pouvait considérer que la détention de M. Kang-Brown par ceux-ci, si tel était le cas, découlait de cette enquête » (par. 57). Quant à l’intervention du chien renifleur et à la fouille qui a suivi, rien ne prouvait que M. Kang-Brown avait une attente subjective en matière de vie privée à l’égard du contenu de son sac, étant donné qu’il n’avait pas témoigné au procès. La

information, and no person can have a reasonable expectation of privacy in what he or she knowingly exposes to the public. She noted that the search took place in a bus terminal, not a home, and “it cannot be said that travellers choosing to use public transport in these days of random terrorist attacks have a reasonable expectation that their luggage is exempt from search” (para. 73).

[38] According to Romaine J., the evidence showed that a dog sniff was reliable over 92 percent of the time in “alerting” to the presence to drugs. The dog sniff is more reliable than the Forward Looking Infra-Red (“FLIR”) technology used in *R. v. Tessling*, [2004] 3 S.C.R. 432, 2004 SCC 67. Those who engage in the manufacture of and traffic in contraband drugs should not be entitled to protection for their illicit business activities through an overly broad interpretation of the personal constitutional rights of Canadian citizens. A dog sniff was relatively less intrusive than other investigative techniques. Given the seriousness of the crime it was intended to detect, the trial judge found that the use of the sniffer dog was not objectively unreasonable.

[39] However, if the trial judge was wrong on that point, she would nevertheless have allowed the evidence under s. 24(2) of the *Charter*. The dog sniff was relatively unintrusive, and no force was used. Any breach of *Charter* rights in this case was not sufficiently serious to warrant the exclusion of the evidence.

B. *Court of Appeal* (2006), 60 Alta. L.R. (4th) 223, 2006 ABCA 199

(1) Majority (Côté and O’Leary JJ.A.)

[40] Côté J.A., speaking for the majority, agreed with the trial judge that there had been no detention.

juge Romaine a estimé que l’odeur est une exposition volontaire d’information et que nul ne saurait avoir une attente raisonnable en matière de vie privée relativement à ce qu’il expose sciemment au public. Elle a souligné que la fouille a été effectuée dans une gare d’autobus et non dans un domicile, et [TRADUCTION] qu’« à une époque où le risque d’attaques terroristes au hasard plane constamment, on ne saurait affirmer que les voyageurs qui utilisent les transports publics peuvent raisonnablement s’attendre à ce que leurs bagages ne soient pas fouillés » (par. 73).

[38] Selon la juge Romaine, la preuve démontrait qu’un chien renifleur était fiable plus de 92 pour 100 du temps pour « indiquer » la présence de drogue. Le chien renifleur est plus fiable que le système infrarouge à vision frontale (« FLIR ») utilisé dans l’affaire *R. c. Tessling*, [2004] 3 R.C.S. 432, 2004 CSC 67. Les fabricants ou trafiquants de drogues interdites ne devraient pas avoir droit à la protection de leurs activités commerciales illicites grâce à une interprétation trop large des droits personnels que la Constitution garantit aux citoyens canadiens. L’intervention d’un chien renifleur était relativement moins envahissante que d’autres techniques d’enquête. La juge du procès a conclu que, en raison de la gravité du crime qu’il visait à déceler, le recours au chien renifleur n’était pas objectivement abusif.

[39] Toutefois, même en cas d’erreur à cet égard, elle aurait néanmoins admis la preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*. L’intervention du chien renifleur était relativement peu envahissante et aucune force n’a été employée. Toute atteinte qui pouvait avoir été portée à des droits garantis par la *Charte* en l’espèce n’était pas suffisamment grave pour justifier l’exclusion de la preuve.

B. *Cour d’appel* (2006), 60 Alta. L.R. (4th) 223, 2006 ABCA 199

(1) Motifs majoritaires (les juges Côté et O’Leary)

[40] Le juge Côté, s’exprimant au nom des juges majoritaires, a souscrit à l’opinion de la juge du



The evidence of the police officer was that his initial request to talk, and subsequent questions, were all given in a non-authoritarian congenial manner. He was in casual dress, and no weapons were visible.

[41] Not all information obtained by the police in a public place about contents of a private place is a search. There is no rule of law that dog sniffs of luggage in lockers are always a s. 8 search, or that they never are. Côté J.A. noted that in *Tessling* this Court said that court decisions in this area should be precise and more fact-sensitive. The Alberta Court of Appeal's earlier decision in *R. v. Dinh* (2003), 330 A.R. 63, 2003 ABCA 201, is distinguishable from the present case, even if it was not overruled.

[42] The question was whether the ordinary citizen who has committed no offence has a reasonable expectation of privacy which would be significantly invaded by the police action in question. The dog could detect illegal drugs and nothing else. Had the appellant not been in possession of illegal drugs, the dog's presence would have had no effect on him.

[43] Côté J.A. considered the following factors significant in determining whether or not the appellant had a reasonable expectation of privacy in this case; that the police were in a purely public place (not the yard of a home); that the dog only yielded a crude piece of information (yes or no to the presence of an unknown quantity of an unknown illegal drug); that no intimate details of private lives could possibly be revealed; that the odours came out passively, and that they were detected by something similar to (but more sensitive than) an ordinary human nose. There was no reasonable expectation of privacy for that limited information in that public place. Côté J.A. therefore concluded that there was no search. He agreed with the trial judge that even if there had been a *Charter* breach, the

procès selon laquelle il n'y avait pas eu de détention. Le policier a témoigné qu'il avait adopté un ton aimable et non autoritaire en commençant par demander à l'appelant s'il pouvait lui parler et en lui posant ensuite des questions. Le policier était en civil et aucune arme n'était visible.

[41] Les renseignements que les policiers obtiennent dans un endroit public au sujet de ce qui se trouve dans un endroit privé ne sont pas tous le fruit d'une fouille ou perquisition. Aucune règle de droit ne prévoit que l'utilisation d'un chien renifleur pour vérifier des bagages se trouvant dans des casiers constitue toujours ou ne constitue jamais une fouille ou perquisition au sens de l'art. 8. Le juge Côté a fait remarquer que, dans l'arrêt *Tessling*, notre Cour a affirmé que les décisions judiciaires dans ce domaine doivent être précises et reposer davantage sur les faits de l'affaire. L'arrêt antérieur de la Cour d'appel de l'Alberta *R. c. Dinh* (2003), 330 A.R. 63, 2003 ABCA 201, peut être distingué de la présente affaire, même s'il n'a pas été renversé.

[42] La question était de savoir si le citoyen ordinaire n'ayant commis aucune infraction a une attente raisonnable en matière de vie privée qui serait gravement frustrée par la mesure policière en question. Le chien ne pouvait détecter que des drogues illégales et rien d'autre. Si l'appelant n'avait pas été en possession de drogues illégales, la présence du chien n'aurait eu aucune incidence sur lui.

[43] Selon le juge Côté, les faits suivants étaient utiles pour déterminer si, en l'espèce, l'appelant avait une attente raisonnable en matière de vie privée : les policiers se trouvaient dans un endroit purement public (et non dans la cour d'une résidence); le chien a seulement permis d'obtenir une information rudimentaire (il n'a fait que confirmer la présence ou l'absence d'une quantité de drogue illégale inconnue); aucun détail intime concernant des vies privées ne risquait d'être révélé; les odeurs se répandaient d'elles-mêmes et elles ont été détectées par quelque chose de semblable à un nez humain (mais plus sensible que celui-ci). Il n'y avait, dans l'endroit public en question, aucune attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard de cette information limitée. Le juge Côté a donc conclu à

evidence ought not to be excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

(2) Dissent (Paperny J.A.)

[44] In Paperny J.A.'s view, the dog sniff was a search. The appellant's right to be free from unreasonable search and seizure was breached, the breach was serious, and the evidence should be excluded under s. 24(2). The position taken by Côté J.A., she felt, would render a vast range of common human activities subject to police surveillance without prior judicial authorization. "Emissions" are broadly understood to include everything that can be seen, heard or smelled and may "emanate" from computers, cell phones, homes, televisions, radios, persons, luggage, handbags, etc.; in other words, from anywhere or anything. *Tessling* did not eradicate privacy interests in "emissions" in general. The s. 8 questions must be framed in regard to bus travellers generally and whether they have a reasonable expectation of privacy in their personal luggage. The trial judge incorrectly narrowed the scope of s. 8 in concluding that there was no privacy interest engaged because this was not the type of information that society has an interest in protecting.

[45] Luggage contains personal items and information indicative of personal choices and lifestyle. Carrying luggage through a public bus terminal does not reduce the privacy interest to the same extent as in airports. The security measures taken at airports have of necessity resulted in a diminished expectation of privacy in that setting; these measures have not been employed in bus terminals.

[46] Warrantless searches are *prima facie* unreasonable, absent exigent circumstances. On the facts,

l'absence de fouille. Il a souscrit à l'opinion de la juge du procès selon laquelle, même s'il y avait eu violation de la *Charte*, la preuve ne devrait pas être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*.

(2) Dissidence (la juge Paperny)

[44] Selon la juge Paperny, l'intervention du chien renifleur constituait une fouille. Il y a eu violation du droit de l'appelant à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives, la violation était grave et il y avait lieu d'écarter la preuve en application du par. 24(2). Elle estimait que la position adoptée par le juge Côté ferait en sorte qu'une foule d'activités humaines courantes pourraient faire l'objet d'une surveillance policière sans qu'aucune autorisation judiciaire préalable ne soit requise. Suivant une interprétation large, les « émissions » comprennent tout ce qui peut être vu, entendu ou senti, et celles-ci peuvent provenir des ordinateurs, des téléphones cellulaires, des résidences, des télévisions, des radios, des personnes, des bagages, des sacs à main, etc., ou autrement dit, de n'importe où et de n'importe quoi. L'arrêt *Tessling* n'a pas éliminé le droit à la vie privée à l'égard des « émissions » en général. Les questions relatives à l'art. 8 doivent être formulées en fonction des personnes qui voyagent en autobus en général et de la question de savoir si ces personnes ont une attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard de leurs bagages personnels. La juge du procès a eu tort de restreindre la portée de l'art. 8 en concluant qu'aucun droit à la vie privée n'était en jeu du fait que ce n'était pas le type de renseignements que la société a intérêt à protéger.

[45] Les bagages contiennent des articles et renseignements personnels significatifs quant aux choix personnels et au style de vie de leur propriétaire. Le fait de transporter des bagages dans une gare d'autobus n'a pas une incidence aussi grande sur le droit à la vie privée que le fait d'en transporter dans un aéroport. En effet, les mesures de sécurité prises dans les aéroports ont nécessairement entraîné une diminution des attentes en matière de vie privée à ces endroits; ces mesures n'ont pas été prises dans les gares d'autobus.

[46] Une fouille sans mandat est à première vue abusive en l'absence d'une situation d'urgence.

there were no exigent circumstances. The police did not have reasonable and probable grounds to believe that evidence of criminal activity existed until the dog gave the positive indication after sniffing the bag. Paperny J.A. concluded that the appellant's s. 8 *Charter* rights were violated. Given the seriousness of the breach and the effect of admitting the evidence on the reputation of the administration of justice, the evidence ought to be excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

## V. Analysis

[47] “Operation Jetway” is an RCMP program designed to curtail drug trafficking. It monitors the travelling public in transportation hubs such as airports and bus depots. It appears to be modelled on drug “courier” profiles developed since 1974 by the United States Drug Enforcement Administration. Police officers contend that certain types of behaviour, demeanour, dress and other visible personal characteristics of travellers may be indicative of criminal activity. The RCMP target these individuals as they pass through a terminal and attempt to engage them in “voluntary conversation”. The aim is to have suspicious individuals consent to a search to determine whether they are carrying drugs on their person or in their luggage. In circumstances where consent is withheld or equivocal, the RCMP may decide to use a sniffer dog to try to detect any odour of narcotics around the suspect’s person or belongings.

### A. *Was the Sniffer-Dog Police Investigation Authorized by Law?*

[48] It is common ground that what occurred at the Calgary bus station was a warrantless search, and therefore *presumptively* unreasonable. As Lamer J. stated in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 278:

... once the appellant has demonstrated that the search was a warrantless one, the Crown has the burden of

Selon les faits, il n’y avait pas de situation d’urgence. Les policiers n’avaient aucun motif raisonnable et probable de croire qu’il existait une preuve d’activité criminelle jusqu’à ce que le chien intervienne et signale la présence d’un stupéfiant dans le sac. La juge Paperny a conclu qu’il y avait eu violation des droits garantis à l’appelant par l’art. 8 de la *Charte*. En raison de la gravité de la violation et de l’effet que l’admission de la preuve aurait sur la considération dont jouit l’administration de la justice, cette preuve devait être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*.

## V. Analyse

[47] L’« opération Jetway » est un programme de la GRC qui a pour objet de freiner le trafic de stupéfiants. Elle consiste à surveiller les voyageurs qui transitent dans des terminaux comme les aéroports et les gares d’autobus. Elle semble s’inspirer des profils des « passeurs » de drogue que la United States Drug Enforcement Administration a établis depuis 1974. Les policiers prétendent que certains types de comportement, d’allure, de façon de s’habiller et d’autres caractéristiques personnelles visibles des voyageurs peuvent constituer des indices d’activité criminelle. Les agents de la GRC ciblent ces individus au moment de leur passage dans un terminal et ils tentent d’engager avec eux une « conversation volontaire ». L’objectif est d’amener les individus suspects à consentir à une fouille destinée à déterminer s’ils transportent de la drogue sur eux ou dans leurs bagages. Dans les cas où le consentement est refusé ou équivoque, les agents de la GRC peuvent décider de recourir à un chien renifleur pour tenter de détecter toute odeur de stupéfiant qui peut émaner du suspect ou de ses effets personnels.

### A. *L’enquête policière à l’aide d’un chien renifleur était-elle autorisée par la loi?*

[48] Personne ne conteste que la fouille effectuée à la gare d’autobus de Calgary était une fouille sans mandat et qu’elle était donc *présumée* abusive. Comme l’a affirmé le juge Lamer dans l’arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 278 :

... du moment que l’appelant démontre qu’il s’agissait d’une fouille sans mandat, il incombe à la poursuite de

showing that the search was, on a balance of probabilities, reasonable.

A search will be reasonable if it is authorized by law, if the law itself is reasonable and if the manner in which the search was carried out is reasonable.

(See also *Mann*, at para. 36; *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51, at paras. 10-12.)

[49] LeBel J. and I differ as to whether sniffer-dog searches are “authorized by law”. In this respect, this Court has of late become preoccupied with the pre-*Charter* test of police common law powers expressed by the English Court of Criminal Appeals in *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659, and by our Court in the pre-*Charter* case of *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2, and in the post-*Charter* cases of *Mann* and *Clayton*. In *Dedman*, Le Dain J. formulated the test for existence of a common law police power as follows:

The interference with liberty must be necessary for the carrying out of the particular police duty and it must be reasonable, having regard to the nature of the liberty interfered with and the importance of the public purpose served by the interference. [p. 35]

Dickson C.J. put forward in his dissent the “leave it to Parliament” approach advocated here by LeBel J. Dickson C.J. wrote:

It is the function of the legislature, not the courts, to authorize arbitrary police action that would otherwise be unlawful as a violation of rights traditionally protected at common law. [p. 15]

Nevertheless, the contrary view espoused by Le Dain J. prevailed, and his majority view has been adopted and applied in a number of our subsequent cases, including *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158, *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615, *R. v. Godoy*, [1999] 1 S.C.R. 311, *Mann* and *Clayton*.

[50] In *Clayton*, writing for LeBel J., Fish J. and myself, I stated:

prouver que, selon la prépondérance des probabilités, cette fouille n’était pas abusive.

Une fouille ne sera pas abusive si elle est autorisée par la loi, si la loi elle-même n’a rien d’abusif et si la fouille n’a pas été effectuée d’une manière abusive.

(Voir aussi les arrêts *Mann*, par. 36, et *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51, par. 10-12.)

[49] Je ne partage pas l’avis du juge LeBel quant à savoir si les fouilles ou perquisitions à l’aide d’un chien renifleur sont « autorisées par la loi ». À cet égard, notre Cour s’est récemment intéressée au critère des pouvoirs policiers conférés par la common law qui a été énoncé, avant l’adoption de la *Charte*, par la Court of Criminal Appeals d’Angleterre dans l’arrêt *R. c. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659, et par notre Cour dans l’arrêt antérieur à la *Charte*, *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2, et les arrêts *Mann* et *Clayton* qui ont été rendus après l’adoption de la *Charte*. Dans l’arrêt *Dedman*, le juge Le Dain a formulé ainsi le critère applicable pour déterminer l’existence d’un pouvoir policier conféré par la common law :

L’atteinte à la liberté doit être nécessaire à l’accomplissement du devoir particulier de la police et elle doit être raisonnable, compte tenu de la nature de la liberté entravée et de l’importance de l’objet public poursuivi par cette atteinte. [p. 35]

Dans ses motifs dissidents, le juge en chef Dickson a recommandé d’adopter l’approche qui consistait à laisser au législateur le soin d’agir et qui est préconisée en l’espèce par le juge LeBel :

Il incombe au législateur et non pas aux tribunaux d’autoriser un acte arbitraire de la police qui serait par ailleurs illégal à titre de violation des droits qui sont traditionnellement protégés en *common law*. [p. 15]

Cependant, c’est le point de vue contraire proposé par le juge Le Dain qui l’a emporté, et ce point de vue majoritaire a été adopté et appliqué dans un certain nombre d’arrêts subséquents, dont *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158, *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615, *R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311, *Mann* et *Clayton*.

[50] Dans les motifs que j’ai rédigés dans l’arrêt *Clayton* et auxquels ont souscrit les juges LeBel et Fish, j’ai affirmé ceci :

If (as I believe) none of these cases [referred to] provides authority for what was done in this case, the “balancing test” derived from *Dedman* must be applied. The Court must determine whether the common law rule, if it exists, authorized the police to do what they did here. [Emphasis added; para. 80.]

The common law is forever filling “gaps”. It relies, as it has for hundreds of years, on various judge-created methodologies to do so. In this case, the relevant methodology adopted and applied by our Court is the *Waterfield/Dedman* test.

[51] Abella J., writing for the other members of the full bench in *Clayton*, adopted the observation of Doherty J.A. in the Ontario Court of Appeal:

The powers of police constables at common law, often described as the ancillary police power, as set out in *Waterfield* have been accepted by the Supreme Court of Canada as part of the Canadian common law in several decisions rendered both before and after the proclamation of the *Charter* . . . [para. 22]

Accordingly, it is my view that in these appeals the Court should proceed incrementally with the *Waterfield/Dedman* analysis of common law police powers rather than try to re-cross the Rubicon to retrieve the fallen flag of the *Dedman* dissent. In saying that, of course, I am not suggesting that in a particular case the outcome will always or even generally be in favour of the existence of a police power. Where a court concludes, after analysis, that the police do not have the power they claim, it will be up to Parliament to decide what law, if any, it wishes to enact on the subject.

[52] The first requirement of the *Waterfield/Dedman* test is the existence of a police duty. It cannot be controversial that police have a duty to solve crimes and bring the perpetrators to justice: *Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C. 1985, c. R-10, s. 18, and the *Alberta Police Act*, R.S.A. 2000, c. P-17, s. 38(1). If that is not a large part of their job it is difficult to know what they are getting paid for.

Si, comme je le crois, aucun de ces arrêts [mentionnés] ne permet de justifier la mesure prise en l’espèce, il faut appliquer le critère de « pondération » découlant de l’arrêt *Dedman*. La Cour doit déterminer si la règle de common law, à supposer qu’elle existe, autorisait les policiers à faire ce qu’ils ont fait en l’espèce. [Je souligne; par. 80.]

La common law comble sans cesse des « lacunes ». Elle le fait depuis des centaines d’années au moyen de différentes méthodes conçues par les juges. En l’espèce, la méthode pertinente que notre Cour a adoptée et appliquée est la grille d’analyse de *Waterfield/Dedman*.

[51] La juge Abella, s’exprimant au nom de la Cour au complet dans l’arrêt *Clayton*, a retenu l’observation formulée par le juge Doherty de la Cour d’appel de l’Ontario :

Dans plusieurs décisions antérieures et postérieures à la *Charte*, la Cour suprême du Canada a reconnu que les pouvoirs des policiers en common law, souvent appelés pouvoirs accessoires de la police, énoncés dans l’arrêt *Waterfield*, faisaient partie intégrante de la common law canadienne . . . [par. 22]

Par conséquent, j’estime que dans les présents pourvois la Cour devrait procéder progressivement à l’analyse de type *Waterfield/Dedman* pour déterminer s’il existe un pouvoir policier conféré par la common law au lieu de tenter de retraverser le Rubicon et de ranimer la dissidence de l’arrêt *Dedman*. Bien sûr, je ne veux pas dire par là que, dans un cas particulier, on arrivera toujours ou encore généralement à la conclusion qu’il existe un pouvoir policier. Si une cour conclut, à l’issue d’une analyse, que les policiers n’ont pas le pouvoir qu’ils invoquent, il appartiendra alors au législateur de décider quelle règle de droit, s’il y a lieu, il souhaite adopter à cet égard.

[52] La première exigence de la grille d’analyse de *Waterfield/Dedman* est l’existence d’un devoir policier. Il est incontestable que les policiers ont le devoir d’élucider les crimes et de traduire les criminels en justice : *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. 1985, ch. R-10, art. 18, et *Police Act* de l’Alberta, R.S.A. 2000, ch. P-17, par. 38(1). Si cela ne représente pas une partie importante de leur travail, on voit difficilement à quoi ils servent.



[53] The second common law requirement, as stated, is that the powers “ancillary” to that duty must be “reasonable, having regard to the nature of the liberty interfered with and the importance of the public purpose served by the interference” (*Dedman*, at p. 35). In the pre-*Charter* era, the “reasonableness” limitation was important to keep police powers in balance with what was broadly acceptable in a free society. The pre-*Charter* justification was less demanding than the *Charter*. The long history of the use of police dogs in common law countries for various search purposes attests to that.

[54] Unless the Court is to adopt the view that without specific statutory support the police are restricted to the use of their unaided eyes, ears and sense of smell, it is obvious that the police must use many tools to investigate crime *within the limits set* by the *Charter*. A “sniffer dog” is an investigative tool, not a “police power” such as the powers to detain or to arrest. Is Parliament to legislate on when a police officer may use “binoculars, flashlights and night vision goggles”? (S. Davis-Barron, “The Lawful Use of Drug Detector Dogs” (2007), 52 *Crim. L.Q.* 345, at p. 384). As criminals become more sophisticated and devise new ways to cover their tracks, the police constantly upgrade their own techniques and equipment. In my view, it is not necessary for the police to keep returning to Parliament for authority to make use of tools deployed in full public view like sniffer dogs. It is of course critical for Parliament to keep proper control of the police, but in the case of search and seizure, the judicial control is already in place in the form of s. 8 of the *Charter*, which it is the Court’s constitutional duty to interpret and apply.

[55] In *Tessling*, the police made use of an airplane fitted with infra-red imaging technology to

[53] Comme nous l’avons vu, la deuxième exigence de la common law est que l’exercice des pouvoirs « accessoires » à ce devoir soit « raisonnable, compte tenu de la nature de la liberté entravée et de l’importance de l’objet public poursuivi par [l’]atteinte » qui est portée (*Dedman*, p. 35). Avant l’adoption de la *Charte*, l’exigence du « caractère raisonnable » était importante pour maintenir l’équilibre entre les pouvoirs policiers et ce qui était généralement acceptable dans une société libre. La justification requise avant la *Charte* était moins astreignante que celle requise sous le régime de la *Charte*, comme en témoigne le fait que les chiens policiers sont depuis longtemps utilisés pour effectuer divers types de fouilles ou de recherches dans les pays de common law.

[54] À moins que la Cour n’adopte le point de vue voulant que, en l’absence d’une loi habilitante précise, les policiers en soient réduits à se fier à leurs seuls yeux, oreilles et odorat, il est évident que ceux-ci doivent utiliser de nombreux outils pour effectuer des enquêtes criminelles *conformes aux limites établies* par la *Charte*. L’utilisation d’un chien renifleur est un outil d’enquête et non un « pouvoir de la police » comme le pouvoir de détention ou d’arrestation. Le législateur doit-il intervenir pour déterminer quand un policier peut utiliser [TRADUCTION] « des jumelles, des lampes de poche et des lunettes de vision nocturne »? (S. Davis-Barron, « The Lawful Use of Drug Detector Dogs » (2007), 52 *Crim. L.Q.* 345, p. 384). Au fur et à mesure que les criminels deviennent plus ingénieux et conçoivent de nouvelles façons de brouiller leurs pistes, les policiers améliorent sans cesse leurs propres techniques et matériel. J’estime que les policiers n’ont pas à se tourner constamment vers le législateur pour obtenir l’autorisation d’utiliser des outils exposés à la vue de tous comme les chiens renifleurs. Il est évidemment crucial que le législateur maintienne un bon contrôle des forces de l’ordre, mais, en ce qui concerne les fouilles, perquisitions et saisies, le contrôle judiciaire est exercé grâce à l’art. 8 de la *Charte*, que la Cour a l’obligation constitutionnelle d’interpréter et d’appliquer.

[55] Dans l’affaire *Tessling*, les policiers avaient eu recours à un avion muni d’un système d’imagerie

overfly suspected marijuana grow-ops. Nowhere did the Court suggest that the use of such equipment required specific statutory authority. The issue was whether such use violated s. 8 of the *Charter*.

[56] In rejecting the existence of any common law police power in this case, my colleague LeBel J., nevertheless, adds:

Other situations could arise where the constitutionality of a search and seizure operation might be upheld in the absence of statutory authority. One might think for example about exigent circumstances relating to apprehended terrorist activities. [para. 13]

Once it is concluded that the Court might (or might not) accept the existence of “exigent circumstances relating to apprehended terrorist activities”, an area of law enforcement where sniffer dogs are already in use, it seems to me, with respect, that there is no persuasive reason to refuse *consideration* of the use at common law of sniffer dogs in relation to other apprehended criminal activities such as trafficking of narcotics *except* on the basis that the balancing of the state interest in collective security and public order in a terrorist case might weigh more heavily against the individual’s interest in privacy than in a drug bust. However, the “balance” debate under the pre-*Charter Waterfield/Dedman* analysis also arises in a more stringent form under s. 8. We need not await parliamentary legislation to get on with the s. 8 debate and make a decision.

[57] Sniffer dogs are used in many different situations. Because their ability to communicate is limited to “alerting” a simple “yes” or “no” to the presence of the targeted substance(s), the dogs are necessarily specialized. Otherwise their handlers, with no ability to interrogate their canine helpers, wouldn’t know what the dog was alerting to. In some cases, the dog’s acute sense of smell is trained to target explosives, and they are used in airports and other places vulnerable to threats

infrarouge pour survoler un édifice où l’on soupçonnait que de la marijuana était cultivée. Nulle part la Cour n’a-t-elle laissé entendre que l’utilisation d’un tel matériel devait être autorisée expressément par la loi. La question était de savoir si cette utilisation violait l’art. 8 de la *Charte*.

[56] En rejetant l’existence de tout pouvoir policier conféré par la common law en l’espèce, mon collègue le juge LeBel ajoute néanmoins ceci :

Il pourrait se présenter d’autres cas où la constitutionnalité d’une fouille, perquisition ou saisie non autorisée par un texte législatif pourrait être confirmée. On pourrait penser, par exemple, à une situation d’urgence liée à la crainte d’activités terroristes. [para. 13]

Une fois que l’on conclut qu’il se pourrait (ou non) que la Cour reconnaisse l’existence d’« une situation d’urgence liée à la crainte d’activités terroristes », un domaine d’application de la loi où les chiens renifleurs sont déjà utilisés, il me semble, en toute déférence, qu’il n’y a aucun motif convaincant de refuser en common law d’*envisager* l’utilisation de ces chiens devant une crainte d’autres activités criminelles — par exemple le trafic de stupéfiants — *si ce n’est que* l’intérêt de l’État à préserver la sécurité collective et l’ordre public est davantage susceptible de l’emporter sur le droit d’un individu à la vie privée lorsqu’il est question de terrorisme que lorsqu’il est question d’une descente chez des trafiquants de drogue. Cependant, le débat entourant l’évaluation des enjeux qui émane de l’analyse de type *Waterfield/Dedman* antérieure à la *Charte* émane aussi, sous une forme plus rigide, de l’art. 8. Il n’est pas nécessaire d’attendre que le législateur poursuive le débat relatif à l’art. 8 et prenne une décision.

[57] On a recours aux services de chiens renifleurs dans de nombreuses situations différentes. Étant donné que leur capacité de communiquer se limite simplement à réagir positivement ou négativement à la présence des substances recherchées, les chiens sont obligatoirement spécialisés dans des domaines particuliers. Autrement, les maîtres-chiens, qui n’ont pas la capacité d’interroger leur assistant canin, ne sauraient pas à quoi l’animal a réagi. Dans certains cas, le chien est dressé à

to public safety. Other dogs are trained to detect human scent and are used to locate people who are lost or to find their remains after death, or to attempt to track an abducted child to the place of concealment. Other dogs are trained to detect fire accelerants and are used in arson investigations. Still others are trained to detect illicit drugs for the purpose of everyday crime detection. It is evident that dogs assist the police in many crucial ways. In my view, where the police comply with the requirements of the *Charter*, they possess the common law authority to make use of sniffer dogs in places to which they have lawful access for the purpose of criminal investigations. The real question here, as it was in *Mann and Clayton*, is *Charter* compliance.

B. *Is the Common Law Police Power Incompatible With Section 8 of the Charter?*

[58] My colleague LeBel J. writes, at para. 1:

... I acknowledge that the *Charter* does not prohibit the use of sniffer dogs or other investigative techniques by police; it does require, however, that they be used in accordance with the standards established by s. 8.

We agree that the use of a sniffer dog amounts to a “search” because of the significance and quality of the information obtained about concealed contents, whether such contents are in a suspect’s belongings or carried on his or her person. (In the present case, the positive “sniff” was itself considered sufficient by the RCMP to arrest the appellant before even physically checking his bag to confirm the presence of illegal drugs.) However, because of the minimal intrusion, contraband-specific nature and pinpoint accuracy of a sniff executed by a trained and well-handled dog (as in the case of Chevy here), it is my view for reasons set out in *A.M.*, released concurrently, that a proper balance between an

utiliser son odorat développé pour détecter la présence d’explosifs, et on les utilise dans des aéroports et d’autres endroits vulnérables aux menaces à la sécurité du public. D’autres chiens sont dressés pour détecter l’odeur humaine et sont utilisés pour retrouver les personnes perdues ou trouver leurs restes après leur mort, ou encore pour tenter de retracer un enfant enlevé jusqu’à l’endroit où il est caché. Certains chiens dressés pour détecter la présence d’accélérateurs sont utilisés dans les enquêtes sur les incendies criminels. D’autres chiens encore sont dressés pour détecter les drogues illicites dans le cadre de la prévention quotidienne des crimes. Il est évident que les chiens rendent de nombreux services cruciaux à la police. À mon avis, lorsque les policiers se conforment aux exigences de la *Charte*, la common law les autorise à utiliser des chiens renifleurs dans les endroits auxquels ils ont légitimement accès pour effectuer des enquêtes criminelles. Comme c’était le cas dans les affaires *Mann* et *Clayton*, la véritable question qui se pose en l’espèce est celle de la conformité avec la *Charte*.

B. *Le pouvoir que la common law confère aux policiers est-il incompatible avec l’art. 8 de la Charte?*

[58] Mon collègue le juge LeBel écrit ceci, au par. 1 :

... je reconnais que la *Charte* n’interdit pas l’utilisation de chiens renifleurs ou d’autres techniques d’enquête policière; elle exige toutefois que cette utilisation demeure conforme aux normes établies par l’art. 8.

Nous sommes d’accord pour dire que l’utilisation d’un chien renifleur constitue une « fouille » en raison de l’importance et de la qualité des renseignements qu’elle permet d’obtenir au sujet des contenus dissimulés dans les effets personnels d’un suspect ou sur sa personne. (En l’espèce, les agents de la GRC ont jugé que l’indication positive donnée par le chien renifleur était suffisante en soi pour arrêter l’appelant avant même de vérifier son sac pour confirmer la présence de drogues illégales.) Cependant, à cause de l’atteinte minime portée, de la recherche ciblée d’articles interdits et de la grande fiabilité dont fait montre un chien dressé et bien utilisé (comme Chevy en l’espèce), j’estime, pour les

individual's s. 8 rights and the reasonable demands of law enforcement would be struck by permitting such "sniff" searches on a "reasonable suspicion" standard without requiring prior judicial authorization.

[59] *Hunter v. Southam* is the point of departure. That case involved a challenge to the constitutional validity of s. 10 of the *Combines Investigation Act* which authorized the Director of the government agency to order a search of "any premises [in Canada in] which [he] believes there may be evidence relevant" to one of his ongoing inquiries. There was no effective oversight of the exercise of that power. The Director issued an order that licensed combines officials "to roam at large on the premises of Southam Inc." at the stated address and "elsewhere in Canada" (p. 150). Dickson J. declared this power, as it had been interpreted by the Federal Court of Appeal, to be "effectively unreviewable" (p. 166). He concluded:

In cases like the present, reasonable and probable grounds, established upon oath, to believe that an offence has been committed and that there is evidence to be found at the place of the search, constitutes the minimum standard, consistent with s. 8 of the *Charter*, for authorizing search and seizure. [Emphasis added; p. 168.]

Dickson J. recognized that while warrantless searches are presumptively unreasonable, the presumption is rebuttable. He gave the instance of situations where prior authorization is not "feasible" (p. 161), but in subsequent cases he also accepted a lower standard of justification, e.g., for state intervention at a border crossing in *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, at p. 528 (see also *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652), as did our Court in respect of searches by school authorities in *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393. The jurisprudence thus accepts

raisons exposées dans l'arrêt *A.M.*, dont les motifs sont déposés simultanément, qu'un juste équilibre entre les droits garantis à un individu par l'art. 8 et les impératifs raisonnables de l'application de la loi serait atteint si on permettait que ces fouilles ou perquisitions à l'aide d'un chien renifleur soient effectuées en fonction d'une norme des « soupçons raisonnables » sans qu'il soit nécessaire d'obtenir préalablement une autorisation judiciaire.

[59] L'arrêt *Hunter c. Southam* constitue le point de départ. Il était question dans cette affaire d'une contestation de la constitutionnalité de l'art. 10 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* qui autorisait le directeur d'un organisme fédéral à ordonner une perquisition dans « tout local [au Canada] où [il] croit qu'il peut exister des preuves se rapportant » à l'une de ses enquêtes en cours. L'exercice de ce pouvoir n'était assujéti à aucun mécanisme de surveillance efficace. Le directeur a autorisé les fonctionnaires affectés aux enquêtes sur les coalitions à « fouiller partout dans les locaux de Southam Inc. » à l'adresse indiquée et « ailleurs au Canada » (p. 150). Le juge Dickson a déclaré que ce pouvoir, tel qu'il avait été interprété par la Cour d'appel fédérale, n'était « effectivement pas susceptible de révision » (p. 166). Il a conclu ceci :

Dans des cas comme la présente affaire, l'existence de motifs raisonnables et probables, établie sous serment, de croire qu'une infraction a été commise et que des éléments de preuve se trouvent à l'endroit de la perquisition, constitue le critère minimal, compatible avec l'art. 8 de la *Charte*, qui s'applique à l'autorisation d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie. [Je souligne; p. 168.]

Le juge Dickson a reconnu que si les fouilles et perquisitions sans mandat sont présumées abusives, cette présomption peut être réfutée. Il a donné l'exemple de cas où il n'est pas « possible » d'obtenir une autorisation préalable (p. 161); il a toutefois accepté dans des décisions ultérieures une norme de justification moins exigeante, par exemple, pour l'intervention de l'État à un passage frontalier dans l'arrêt *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, p. 528 (voir aussi *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652), comme l'a fait notre Cour à l'égard des fouilles

a measure of flexibility when the demands of reasonableness require. The presumptive requirement of prior judicial authorization remains, of course, and in the present case the onus is on the Crown to demonstrate on a balance of probabilities that the police use of the sniffer dogs in this case and in *A.M.* satisfied the *Collins* requirement for warrantless searches.

[60] For the reasons explained in *A.M.*, I believe the *Charter* test is met in the case of sniffer-dog searches by proof of reasonable suspicion. I believe, therefore, that in cases where reasonable suspicion exists, the first two conditions of the *Collins* test are satisfied (*Collins*, at pp. 278-79; *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3, at pp. 15-16). Where reasonable suspicion exists, a sniffer-dog search is authorized by the common law, and the common law itself is reasonable on the basis of reasonable suspicion, given the minimally intrusive, narrowly targeted and high accuracy of “sniff searches” by dogs with a proven track record like Chevy. However, on the facts of this case, because of the absence of reasonable suspicion, the search fails the first and third branches of the *Collins* test. As there was not reasonable suspicion, the search was not authorized by law and fails the first requirement. Further, it fails on the third requirement, namely that the search be conducted reasonably. The police failed because they exercised their common law power based on speculation rather than objectively verifiable evidence supporting reasonable suspicion.

[61] Of course, it would be *desirable* for Parliament to enact a comprehensive scheme governing police powers. It has not done so. The Court has no mandate to dictate Parliament’s agenda. In

effectuées par les autorités scolaires dans l’affaire *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393. La jurisprudence permet donc une certaine souplesse lorsque cela est nécessaire pour satisfaire aux exigences du caractère raisonnable. Bien sûr, l’exigence présumée d’une autorisation judiciaire préalable demeure et, en l’espèce, il incombe au ministère public de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que l’utilisation des chiens renifleurs par les policiers en l’espèce et dans l’affaire *A.M.* satisfaisait à l’exigence de l’arrêt *Collins* concernant les fouilles sans mandat.

[60] Pour les raisons exposées dans l’arrêt *A.M.*, j’estime que, dans le cas d’une fouille effectuée à l’aide d’un chien renifleur, la preuve de l’existence de soupçons raisonnables satisfait au critère de la *Charte*. Je crois donc que les deux premières conditions du critère de l’arrêt *Collins* sont remplies dans les cas où il existe des soupçons raisonnables (*Collins*, p. 278-279; *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3, p. 15-16). En présence de tels soupçons, la common law autorise les fouilles ou perquisitions à l’aide de chiens renifleurs, et cette règle de common law n’a elle-même rien d’abusif vu le caractère peu envahissant, étroitement ciblé et hautement fiable des fouilles ou perquisitions effectuées à l’aide de chiens qui, comme Chevy, ont fait leurs preuves. Toutefois, les faits de la présente affaire démontrent qu’en raison de l’absence de soupçons raisonnables la fouille effectuée ne satisfait pas aux premier et troisième volets du critère de l’arrêt *Collins*. À cause de l’absence de soupçons raisonnables, la fouille n’était pas autorisée par la loi, de sorte qu’elle ne satisfait pas à la première exigence. Elle ne satisfait pas non plus à la troisième exigence, selon laquelle la fouille ou perquisition doit être effectuée de manière non abusive. Le manquement des policiers découle du fait qu’ils se sont fondés sur des hypothèses pour exercer leur pouvoir de common law au lieu de se fonder sur des éléments de preuve objectivement vérifiables qui justifient des soupçons raisonnables.

[61] Il serait évidemment *souhaitable* que le législateur établisse un régime global applicable à l’exercice des pouvoirs de la police. Celui-ci ne l’a pas fait. La Cour n’est pas habilitée à dicter les



the meantime, the police have to deal with real-world problems. As Sergeant Bouey testified:

[W]e worked in a proactive policing program and we attempted to modify our practices to do the best practice. But as in all areas of policing, one just can't stop what they're doing. They have to grow and progress, and so the answer to that would be yes, we continued using the police service dog in a modified approach. [Emphasis added; R.R., at pp. 140-41.]

In my view, both the defence bar and the agencies of law enforcement are entitled to have the Court deal with sniffer-dog searches under s. 8 of the *Charter*. To do so does not in any way preclude Parliament from enacting a more comprehensive statutory regime, should its legislative timetable permit.

### C. *Shirking Our Constitutional Duties?*

[62] My colleague LeBel J. writes:

The common law has long been viewed as a law of liberty. Should we move away from that tradition, which is still part of the ethos of our legal system and of our democracy? This case is about the freedom of individuals and the proper function of the courts as guardians of the Constitution. [para. 12]

The common law tradition values liberty, but it has always sought to strike the proper balance (as the *Waterfield/Dedman* test illustrates) between the interests of the individual and the interests of society, including law enforcement. In *Mann*, the Court faced the issue of “reasonable suspicion” in relation to an investigative detention. We decided unanimously that rather than leave the matter to Parliament, our Court ought to (and did) exercise what Iacobucci J. called the Court’s “custodial role”:

It is, of course, open to Parliament to enact legislation in line with what it deems the best approach to the

priorités du législateur. Entre-temps, les policiers doivent régler des problèmes concrets. Comme l’a affirmé le sergent Bouey dans son témoignage :

[TRADUCTION] [L]’opération policière à laquelle nous participions se voulait proactive et nous nous efforcions de modifier nos pratiques pour qu’elles soient les meilleures possibles. Mais comme c’est le cas dans tous les domaines où il faut maintenir l’ordre, on ne peut pas simplement cesser d’agir. Les pratiques doivent évoluer et je répondrais que oui, nous avons continué à utiliser le chien policier en adoptant une approche différente. [Je souligne; d.i., p. 140-141.]

J’estime que les avocats de la défense et les autorités chargées d’appliquer la loi ont le droit de demander à la Cour d’examiner, au regard de l’art. 8 de la *Charte*, la question des fouilles ou perquisitions à l’aide de chiens renifleurs. Cela n’empêche aucunement le législateur d’adopter un régime législatif plus complet si jamais son emploi du temps lui permet de le faire.

### C. *La Cour se soustrait-elle à ses obligations constitutionnelles?*

[62] Mon collègue le juge LeBel écrit ceci :

La common law est depuis longtemps considérée comme une loi de liberté. Devrions-nous nous écarter de cette tradition, qui appartient toujours aux valeurs de notre système juridique et de notre démocratie? Il est question en l’espèce de la liberté des individus et du rôle légitime des tribunaux en tant que gardiens de la Constitution. [par. 12]

La tradition de common law attache de l’importance à la liberté, mais elle a toujours cherché à établir un juste équilibre (comme l’illustre la grille d’analyse de *Waterfield/Dedman*) entre les intérêts de l’individu et ceux de la société, y compris en matière d’application de la loi. Dans l’arrêt *Mann*, la Cour était récemment saisie de la question des « soupçons raisonnables » dans le contexte d’une détention aux fins d’enquête. Nous avons décidé à l’unanimité que, au lieu de s’en remettre au législateur à ce propos, notre Cour devait (ce qu’elle a fait) exercer ce que le juge Iacobucci a appelé son « rôle de gardien de la common law » :

Certes, le Parlement est libre d’édicter une loi établissant la démarche qu’il juge la meilleure à cet égard,

matter, subject to overarching requirements of constitutional compliance. As well, Parliament may seek to legislate appropriate practice and procedural techniques to ensure that respect for individual liberty is adequately balanced against the interest of officer safety. In the meantime, however, the unregulated use of investigative detentions in policing, their uncertain legal status, and the potential for abuse inherent in such low-visibility exercises of discretionary power are all pressing reasons why the Court must exercise its custodial role. [Emphasis added; para. 18.]

Without resiling from the proposition in *Dedman* that “[t]he police have long functioned under a regime of wide duties but limited powers” (p. 12), the Court accepted in *Mann* its role in developing the common law as “incremental”. It noted that it shares with legislators the “responsibility for ensuring that the common law reflects current and emerging societal needs and values”; *Mann*, at para. 17; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at p. 670. Indeed, the Court’s decision in *Mann* to lower the bar from reasonable and probable cause to reasonable suspicion in the context of a warrantless search is precisely the argument that is being continued in the present appeal, as it was in *Clayton*.

#### D. Long Tradition of the Use of “Sniffer Dogs”

[63] My colleague LeBel J. writes:

[In this appeal.] the record remains singularly bereft of useful information about sniffer dogs. The available information is in essence limited to the facts that they are used for investigative purposes in a variety of circumstances and that police officers believe in their overall reliability and to the praise of a particular dog deployed at the Calgary bus station. [para. 15]

In my view, the reasonableness of a sniffer-dog search will depend in part on the specific track record of the dog in question. The track record of

pourvu qu’il se conforme aux exigences primordiales de la Constitution. De même, il est possible que le Parlement veuille instaurer, par voie législative, des pratiques et procédures propres à établir un juste équilibre entre le respect des libertés individuelles et l’intérêt de la société à assurer la sécurité des policiers. Dans l’intervalle, cependant, l’emploi non réglementé des détentions aux fins d’enquête en matière de maintien de l’ordre, le statut juridique incertain de ce type de détention et le risque d’abus que comporte intrinsèquement l’exercice difficilement observable de tels pouvoirs discrétionnaires constituent autant de raisons urgentes pour lesquelles la Cour doit exercer son rôle de gardien de la common law. [Je souligne; par. 18.]

Sans pour autant revenir sur l’affirmation de l’arrêt *Dedman* voulant que « [l]a police [ait] longtemps fonctionné selon un régime de devoirs étendus mais de pouvoirs limités » (p. 12), la Cour a reconnu, dans l’arrêt *Mann*, qu’elle a pour rôle de veiller à l’adaptation « progressive » des règles de common law. Elle a fait observer qu’elle partage avec le législateur la « responsabilité de faire en sorte que la common law reflète l’état actuel des besoins et des valeurs de la société et leur évolution » : *Mann*, par. 17; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, p. 670. En fait, la décision de la Cour, dans l’arrêt *Mann*, d’abaisser la norme applicable en la faisant passer de la norme des motifs raisonnables et probables à celle des soupçons raisonnables dans le cas d’une fouille sans mandat est exactement l’argument qui est repris dans le présent pourvoi, tout comme il l’a été dans l’affaire *Clayton*.

#### D. La longue tradition d’utilisation des « chiens renifleurs »

[63] Mon collègue le juge LeBel écrit ceci :

[D]ans le présent pourvoi, le dossier est particulièrement pauvre en renseignements utiles concernant les chiens renifleurs. L’information disponible se limite essentiellement au fait que ces chiens sont utilisés aux fins d’enquête dans diverses circonstances et que les policiers croient qu’ils sont généralement fiables, et aux éloges dont fait l’objet un chien qui a été utilisé à la gare d’autobus de Calgary. [par. 15]

J’estime que le caractère raisonnable d’une fouille ou perquisition à l’aide d’un chien renifleur dépend en partie des résultats auparavant obtenus par le

the dog Chevy used in this case was 90 to 92 percent accurate. To the extent that LeBel J. protests against overgeneralizing about the track record of sniffer dogs in general, I believe his argument is with the reasons of our colleagues Bastarache and Deschamps JJ. respectively.

[64] Bastarache J. writes that

Chevy is not alone with this high degree of accuracy — the trial judge found that a sniffer dog’s signal that drugs have been detected is reliable over 92 percent of the time. [para. 220]

Deschamps J. writes that:

The primary reason that sniffer dogs appear to be so attractive as a law enforcement tool is their keen sense of smell and high degree of accuracy. According to Romaine J., the evidence disclosed “that a dog sniff is reliable over 92% of the time in supporting an inference of the presence of drugs” (para. 73). With such a high success rate, a sniffer dog may properly be considered comparable to a very reliable informer. [para. 132]

[65] At the trial in this case, the *only* evidence concerning the reliability of Chevy is to be found in the testimony of Sergeant Bouey (R.R., at pp. 118 and 135), who mentioned that Chevy’s accuracy was evaluated in a previous case as lying between 90 and 92 percent. In finding that the evidence disclosed that “a dog sniff is reliable over 92% of the time in supporting an inference of the presence of drugs” (para. 73), Romaine J. either misspoke or incorrectly extended a statistic about a particular dog to the performance of *all* sniffer dogs, a conclusion for which there was no evidentiary basis. Chevy was not an average dog. In fact, her nose was described by another trial judge as “notoriously accurate at detecting illegal drugs” (*R. v. Mercer* (2004), 45 Alta. L.R. (4th) 144, 2004 ABPC 94, at para. 11). It is statistically incorrect to extrapolate the reliability of all sniffer dogs from the track record of one single dog.

chien en question. Le taux de réussite de Chevy, le chien qui a été utilisé en l’espèce, était de 90 à 92 pour 100. Dans la mesure où le juge LeBel s’élève contre une extrapolation excessive des résultats obtenus par les chiens renifleurs en général, je crois que son désaccord porte sur les motifs respectifs de nos collègues les juges Bastarache et Deschamps.

[64] Le juge Bastarache affirme que

Chevy n’est pas le seul chien à faire montre d’une si grande fiabilité — la juge du procès a conclu que le signal que donne un chien renifleur pour indiquer qu’il a détecté des drogues est fiable plus de 92 pour 100 du temps. [par. 220]

La juge Deschamps écrit ceci :

Il semble que ce soit avant tout en raison de leur odorat très développé et de leur grande fiabilité que les chiens renifleurs sont si attrayants comme outil d’application de la loi. Selon la juge Romaine, la preuve révélait [TRADUCTION] « que le chien renifleur est fiable plus de 92 pour 100 du temps pour confirmer la présence de drogues » (par. 73). Avec un taux de réussite aussi élevé, le chien renifleur peut se comparer à juste titre à un informateur très fiable. [par. 132]

[65] Lors du procès tenu en l’espèce, le *seul* élément de preuve concernant la fiabilité de Chevy résidait dans le témoignage du sergent Bouey (d.i., p. 118 et 135), qui a mentionné que, dans une affaire antérieure, on avait estimé que le taux de réussite de Chevy se situait entre 90 et 92 pour 100. En concluant que la preuve révélait que [TRADUCTION] « le chien renifleur est fiable plus de 92 pour 100 du temps pour confirmer la présence de drogues » (par. 73), la juge Romaine s’est mal exprimée ou a attribué à tort à *tous* les chiens renifleurs une statistique relative à un chien particulier, une conclusion qui ne reposait sur aucun élément de preuve. Chevy n’était pas un chien ordinaire. En fait, un autre juge de première instance a qualifié le flair de Chevy de [TRADUCTION] « notoirement fiable pour détecter la présence de drogues illégales » (*R. c. Mercer* (2004), 45 Alta L.R. (4th) 144, 2004 ABPC 94, par. 11). D’un point de vue statistique, il est incorrect d’extrapoler des résultats d’un seul chien que l’ensemble des chiens renifleurs sont fiables.

[66] The fact remains, however, that sniffer dogs have been used successfully in Canada for decades for investigative purposes. Although this case falls to be determined on the evidence of reliability specific to Chevy, the following historical background may be of interest:

In Canada, the Royal Canadian Mounted Police (RCMP) used privately owned dogs to assist in their investigations starting in 1908. The RCMP's first official dog section was formed in 1935, but it was not until the late 1950s and 1960s that dedicated units were established by provincial and municipal forces in significant numbers. Since then, the use of police dogs has become so common that they are a routine part of most major police forces.

(T. Shaw, "The Law on the Use of Police Dogs in Canada" (2004), 48 *Crim. L.Q.* 337, at p. 337)

[67] While in Quebec there is no grant of a statutory power as such for police use of sniffer dogs, the Attorney General of Quebec notes in his factum:

[TRANSLATION] The *Police Act* now requires that each city with more than 200,000 inhabitants maintain a dog team for drug-related purposes and for guarding and tracking. [para. 15]

E. *Rejection of the "Generalized Suspicion" Standard*

[68] My colleague Bastarache J. writes, at para. 251:

[A] public bus terminal is precisely the type of environment where a sniffer-dog search subsequent to generalized suspicion is appropriate. As I have mentioned, I find public depots to be analogous to airports, as in both cases the travelling public has a reduced expectation of privacy and an understanding that the state has an interest in preventing the public transportation system from being used to transport illicit substances. [Emphasis added.]

[69] In her reasons in *A.M.*, Deschamps J. makes the following observation:

The controlled environment of a school's property is also analogous to the customs context. In *Simmons*, Dickson C.J. held at p. 528 that the degree of personal

[66] Cependant, il reste que les chiens renifleurs sont utilisés avec succès aux fins d'enquête depuis des décennies au Canada. Même si le présent pourvoi doit être tranché en fonction de la preuve de la fiabilité démontrée par Chevy, l'historique suivant peut se révéler intéressant :

[TRADUCTION] En 1908, la Gendarmerie royale du Canada (GRC) a commencé à effectuer des enquêtes à l'aide de chiens appartenant à des particuliers. La première escouade canine ou cynophile officielle de la GRC a été créée en 1935, mais ce n'est qu'à la fin des années 1950 et 1960 qu'un nombre important de brigades spécialisées ont été créées par les services de police provinciaux et municipaux. Depuis lors, le recours aux chiens policiers est devenu si courant que ces chiens font systématiquement partie des grands corps policiers.

(T. Shaw, « The Law on the Use of Police Dogs in Canada » (2004), 48 *Crim. L.Q.* 337, p. 337)

[67] Même si au Québec la loi n'habilite pas expressément les policiers à utiliser des chiens renifleurs, le procureur général du Québec fait remarquer ce qui suit dans son mémoire :

La *Loi sur la police* prévoit maintenant que les villes de plus de 200 000 habitants doivent maintenir une équipe cynophile en matière de drogue, protection et pistage. [par. 15]

E. *Rejet de la norme des « soupçons généraux »*

[68] Mon collègue le juge Bastarache écrit ceci, au par. 251 :

[U]ne gare d'autobus est précisément le genre d'endroit où il est approprié d'effectuer une fouille à l'aide d'un chien renifleur sur la foi de soupçons généraux. Comme je l'ai déjà dit, j'estime qu'une gare d'autobus s'apparente à un aéroport étant donné que, dans les deux cas, le voyageur a des attentes moindres en matière de vie privée et comprend que l'État a intérêt à empêcher que le système de transport public en question soit utilisé pour transporter des substances illicites. [Je souligne.]

[69] Dans les motifs qu'elle a rédigés dans l'arrêt *A.M.*, la juge Deschamps fait observer ceci :

Le milieu contrôlé que l'on trouve dans l'enceinte d'une école peut également se comparer au contexte douanier. Dans *Simmons*, le juge en chef Dickson a

privacy reasonably expected at customs is lower than in most other situations, both because the state has an important interest in enforcing customs laws in the interest of public safety and because individuals have a significantly reduced expectation of privacy. [para. 135]

[70] I do not accept these analogies as correct. In *Simmons*, this Court carved out an exception to the general principles of *Hunter v. Southam* because of the highly specific customs context. The exception is based on the view that the state has a compelling interest in the preservation of national sovereignty and the protection of its borders, an interest which underlies both the *Customs Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.), and the *Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. I-2.

[71] In *Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 S.C.R. 1053, the Court stated the following:

... at a border the state has an interest in controlling entry into the country. Individuals expect to undergo questioning with respect to their entry into Canada whether that be in the immigration or customs context. These interests and expectations dictate that examination of a person for purposes of entry must be analyzed differently from the questioning of a person within Canada. [Emphasis added; p. 1072.]

Border considerations do not apply at the Calgary bus station or at the local public school in *A.M.* Nobody should expect to be randomly cross-examined by the police when boarding the Vancouver to Calgary bus. This is unacceptable in a free society. Nor should students be called on to justify themselves as if crossing a border just because a school is, for some purposes, a regulated environment.

[72] In *Monney*, the Court insisted that “border crossings represent a unique factual circumstance for the purposes of a s. 8 analysis” (para. 42). Neither *Simmons* nor *Monney* provide authority for applying less stringent conditions on physical

affirmé, à la p. 528, que les attentes raisonnables en matière de vie privée sont moindres aux douanes que dans la plupart des autres situations, parce que l'État a tout intérêt à faire appliquer les lois sur les douanes dans l'intérêt de la sécurité du public et parce que les attentes des gens en matière de vie privée sont bien moindres. [par. 135]

[70] À mon avis, ces analogies sont boiteuses. Dans l'arrêt *Simmons*, notre Cour a établi une exception aux principes généraux de l'arrêt *Hunter c. Southam* en raison du caractère très particulier du contexte douanier. L'exception est fondée sur l'opinion selon laquelle l'État a un intérêt impérieux à préserver la souveraineté nationale et à protéger ses frontières, un intérêt qui sous-tend à la fois la *Loi sur les douanes*, L.R.C. 1985, ch. 1 (2<sup>e</sup> suppl.), et la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. 1985, ch. I-2.

[71] Dans l'arrêt *Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053, la Cour a affirmé ce qui suit :

... à la frontière l'État a intérêt à contrôler l'admission au pays. Les gens s'attendent à subir un interrogatoire concernant leur admission au Canada, et ce, tant dans un contexte d'immigration que dans un contexte de douane. À cause de ces intérêts et de ces attentes, l'interrogatoire d'une personne aux fins de son admission doit être analysé différemment de l'interrogatoire d'une personne qui se trouve au Canada. [Je souligne; p. 1072.]

Les considérations de frontière ne s'appliquent ni à la gare d'autobus de Calgary ni à l'école publique locale dont il est question dans l'arrêt *A.M.* Personne ne devrait s'attendre à être contre-interrogé au hasard par des policiers au moment de monter à bord de l'autobus qui effectue le trajet entre Vancouver et Calgary. Une telle mesure est inacceptable dans une société libre. De même, les étudiants ne devraient pas avoir à s'expliquer, comme s'ils franchissaient une frontière, simplement parce qu'une école est, à certaines fins, un milieu contrôlé.

[72] Dans l'arrêt *Monney*, la Cour a souligné que « les passages frontaliers constituent une situation factuelle unique en ce qui concerne l'analyse fondée sur l'art. 8 » (par. 42). Ni l'arrêt *Simmons* ni l'arrêt *Monney* ne permettent d'assujettir à des



searches conducted in a domestic context, and the reasoning developed in these cases cannot be transposed to the school setting or bus depots.

[73] None of this, in my view, provides any legal basis for a “generalized suspicion” test. This is not to say that sniffer dogs can never be deployed where for example the police have evidence that a crime has actually been committed and the police have reasonable suspicion in relation to one or more members of a group of people closely linked in proximity to the crime (as in *Clayton and Mann*) but cannot identify the guilty member of the group. *But here the police had no evidence that any crime had been committed at all.* Nor was any evidence submitted in this case to establish that bus depots in general or Calgary in particular are rampant with drug dealers. The police knew that buses going from Vancouver to Calgary were sometimes used by drug couriers, and while this is a relevant factor to consider, it is not sufficient by itself to justify submitting every passenger on every bus to a random sniff search based on a new doctrine of “generalized suspicion”.

[74] If, in future, Parliament should conclude that the problem of illegal drugs in this country is such as to require in the larger public interest searches based on “generalized suspicion” by police dogs, it will be open to the government to attempt to justify under s. 1 of the *Charter* such searches as a “reasonable limit” on the constitutional rights of travelers to come and go as they please. That, of course, would be a different case and the validity of such a law, if challenged, would have to be examined. Such a change is not something that should be contemplated by the Court. It would not be incremental. It would be massive.

conditions moins strictes les fouilles ou perquisitions effectuées à l’intérieur du pays, et le raisonnement adopté dans ces arrêts ne peut pas être transposé au contexte scolaire ou à celui d’une gare d’autobus.

[73] À mon avis, rien de tout cela ne fournit un fondement juridique au critère des « soupçons généraux ». Cela ne signifie pas que les chiens renifleurs ne peuvent jamais être utilisés dans le cas où, par exemple, les policiers ont la preuve qu’un crime a vraiment été commis et ont des soupçons raisonnables concernant un ou plusieurs membres d’un groupe de personnes étroitement liées au crime (comme dans les affaires *Clayton et Mann*), mais où ils ne sont pas en mesure d’identifier le coupable parmi eux. *Or, en l’espèce, les policiers n’avaient aucune preuve qu’un crime quelconque avait été commis.* De même, on a produit en l’espèce aucun élément de preuve établissant que les gares d’autobus en général, ou celle de Calgary en particulier, fourmillent de revendeurs de drogue. Les policiers savaient que les autobus qui effectuent le trajet entre Vancouver et Calgary étaient parfois utilisés par des passeurs de drogue et, bien que ce fait soit pertinent, il ne justifie pas à lui seul de soumettre tous les passagers de tous les autobus à une fouille au hasard à l’aide de chiens renifleurs sur la base d’une nouvelle doctrine des « soupçons généraux ».

[74] Si, à l’avenir, le législateur devait conclure que le problème des drogues illégales dans notre pays a pris une telle ampleur qu’il est dans l’intérêt public général d’effectuer des fouilles à l’aide de chiens policiers sur la foi de « soupçons généraux », le gouvernement pourra alors tenter de démontrer, au regard de l’article premier, que ces fouilles sont justifiées en tant que « limite raisonnable » au droit constitutionnel des voyageurs de se déplacer comme ils l’entendent. Il va sans dire que la situation serait alors différente et qu’il faudrait examiner la validité d’une telle loi si elle était contestée. Un tel changement n’est pas quelque chose que notre Cour devrait envisager. Il ne serait pas progressif. Il serait radical.

F. *What Constitutes Reasonable Suspicion?*

[75] The “reasonable suspicion” standard is not a new juridical standard called into existence for the purposes of this case. “Suspicion” is an expectation that the targeted individual is possibly engaged in some criminal activity. A “reasonable” suspicion means something more than a mere suspicion and something less than a belief based upon reasonable and probable grounds. As observed by P. Sankoff and S. Perrault, “Suspicious Searches: What’s so Reasonable About Them?” (1999), 24 C.R. (5th) 123:

[T]he fundamental distinction between mere suspicion and reasonable suspicion lies in the fact that in the latter case, a sincerely held subjective belief is insufficient. Instead, to justify such a search, the suspicion must be supported by factual elements which can be adduced in evidence and permit an independent judicial assessment.

. . .

What distinguishes “reasonable suspicion” from the higher standard of “reasonable and probable grounds” is merely the degree of probability demonstrating that a person is involved in criminal activity, not the existence of objectively ascertainable facts which, in both cases, must exist to support the search. [pp. 125-26]

Writing about “reasonable suspicion” in the context of the entrapment defence, Lamer J. in *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903, thought it unwise to elaborate “in the abstract” (p. 965). See also *R. v. Cahill* (1992), 13 C.R. (4th) 327 (B.C.C.A.), at p. 339. However, in *Alabama v. White*, 496 U.S. 325 (1990), the U.S. Supreme Court contrasted “reasonable suspicion” with reasonable grounds of belief (or, what the U.S. lawyers call “probable cause”):

Reasonable suspicion is a less demanding standard than probable cause not only in the sense that reasonable suspicion can be established with information that

F. *Qu’est-ce qui constitue des soupçons raisonnables?*

[75] La norme des « soupçons raisonnables » n’est pas une nouvelle norme juridique créée pour les besoins de la présente affaire. Les « soupçons » sont une impression que l’individu ciblé se livre à une activité criminelle. Les soupçons « raisonnables » sont plus que de simples soupçons, mais ils ne correspondent pas à une croyance fondée sur des motifs raisonnables et probables. Comme le font observer P. Sankoff et S. Perrault dans leur article intitulé « Suspicious Searches : What’s so Reasonable About Them? » (1999), 24 C.R. (5th) 123 :

[TRADUCTION] [L]a distinction fondamentale entre un simple soupçon et un soupçon raisonnable tient au fait que, dans ce dernier cas, une croyance subjective sincère ne suffit pas. Pour justifier une fouille ou une perquisition, il faut plutôt que les soupçons reposent sur des éléments factuels pouvant être présentés en preuve et faire l’objet d’une appréciation judiciaire indépendante.

. . .

Ce qui distingue les « soupçons raisonnables » de la norme plus stricte des « motifs raisonnables et probables » est simplement le degré de probabilité qu’une personne se livre à une activité criminelle, et non l’existence de faits objectivement vérifiables, qui, dans les deux cas, sont nécessaires pour justifier la fouille ou la perquisition. [p. 125-126]

Traitant des « soupçons raisonnables » dans le contexte du moyen de défense fondé sur la provocation policière, le juge Lamer a estimé dans l’arrêt *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903, qu’il ne serait pas sage de traiter cette question « dans l’abstrait » (p. 965). Voir également l’arrêt *R. c. Cahill* (1992), 13 C.R. (4th) 327 (C.A.C.-B.), p. 339. Toutefois, dans l’arrêt *Alabama c. White*, 496 U.S. 325 (1990), la Cour suprême des États-Unis a opposé les « soupçons raisonnables » aux motifs raisonnables de croire (ou à ce que les avocats américains appellent la [TRADUCTION] « cause probable ») :

[TRADUCTION] La norme des soupçons raisonnables est moins exigeante que celle de la cause probable non seulement parce que les soupçons raisonnables peuvent

is different in quantity or content than that required to establish probable cause, but also in the sense that reasonable suspicion can arise from information that is less reliable than that required to show probable cause. [p. 330]

[76] The U.S. Fourth Amendment cases were reviewed by the Ontario Court of Appeal in connection with investigative stops based on reasonable suspicion in *R. v. Simpson* (1993), 12 O.R. (3d) 182, where Doherty J.A. concluded, at p. 202:

These cases require a constellation of objectively discernible facts which give the detaining officer reasonable cause to suspect that the detainee is criminally implicated in the activity under investigation. The requirement that the facts must meet an objectively discernible standard . . . serves to avoid indiscriminate and discriminatory exercises of the police power. [Emphasis added.]

The Court of Appeal stated that a hunch based on intuition gained by experience cannot suffice as “articulable cause”. The *Simpson* description of “articulable cause” was treated as equivalent to “reasonable suspicion” in the context of s. 99(1)(f) of the *Customs Act* in *R. v. Jacques*, [1996] 3 S.C.R. 312, *per* Gonthier J., at para. 24, and Major J., at para. 52, and I conclude that it applies to “reasonable suspicion” in the present context as well. See also *R. v. Ferris* (1998), 126 C.C.C. (3d) 298 (B.C.C.A.), at para. 37.

[77] It is important to emphasize the requirement for *objective* “articulable” grounds, as did the B.C. Court of Appeal in *R. v. Lal* (1998), 113 B.C.A.C. 47, at para. 23:

The fundamental point is that the trial judge must be in a position to make an independent assessment of the facts upon which the suspicion is based.

[78] The importance of objective grounds in the present context, of course, is that where police initiate warrantless “sniff” searches there is no before-the-fact judicial authorization. The after-the-fact review can only truly be an “independent

reposer sur des renseignements différents, sur le plan de la quantité et du contenu, de ceux requis pour établir l’existence d’une cause probable, mais également parce que des soupçons raisonnables peuvent découler de renseignements moins fiables que ceux requis pour démontrer l’existence d’une cause probable. [p. 330]

[76] La Cour d’appel de l’Ontario a examiné la jurisprudence américaine sur le Quatrième amendement et les interpellations aux fins d’enquête fondées sur des soupçons raisonnables, dans l’arrêt *R. c. Simpson* (1993), 12 O.R. (3d) 182, où le juge Doherty a conclu, à la p. 202 :

[TRADUCTION] Ces affaires exigent qu’il existe un ensemble de faits objectivement discernables donnant au policier qui exerce la détention un motif raisonnable de soupçonner que la personne détenue est criminellement impliquée dans l’activité visée par l’enquête. L’exigence que les faits satisfassent à une norme objectivement discernable [. . .] sert à empêcher l’exercice inconsidéré et discriminatoire des pouvoirs de la police. [Je souligne.]

La Cour d’appel a statué que les « motifs concrets » ne sauraient reposer sur la seule intuition du policier, basée sur son expérience. Dans l’arrêt *R. c. Jacques*, [1996] 3 R.C.S. 312 (le juge Gonthier, par. 24, et le juge Major, par. 52), les « motifs concrets » décrits dans l’arrêt *Simpson* ont été traités comme équivalant aux « soupçons raisonnables » dans le contexte de l’al. 99(1)f) de la *Loi sur les douanes*, et je conclus que cela s’applique aux « soupçons raisonnables » dans le présent contexte. Voir aussi *R. c. Ferris* (1998), 126 C.C.C. (3d) 298 (C.A.C.-B.), par. 37.

[77] Il importe de souligner l’exigence de motifs *objectifs* « concrets », comme l’a fait la Cour d’appel de la Colombie-Britannique dans l’arrêt *R. c. Lal* (1998), 113 B.C.A.C. 47, par. 23 :

[TRADUCTION] Il est essentiel que le juge du procès soit en mesure d’apprécier de façon indépendante les faits sur lesquels reposent les soupçons.

[78] L’importance des motifs objectifs dans le présent contexte résulte évidemment du fait que les policiers n’obtiennent pas une autorisation judiciaire avant de procéder à une fouille ou perquisition sans mandat à l’aide d’un chien renifleur. L’examen après

assessment” if there are objective grounds put forward to support the personal opinion of the police officer. As Doherty J.A. commented in *Brown v. Durham Regional Police Force* (1998), 131 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.):

The protection against police excess rests not only in the standard itself, but in its retrospective application. [para. 65]

[79] The objective of the Jetway program and similar police operations in the U.S. is therefore to identify characteristics “generally associated with narcotics traffickers” (W. R. LaFave, *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment* (4th ed. 2004), vol. 4, at p. 503) without sweeping up “a very large category of presumably innocent travelers, who would be subject to virtually random seizures were the Court to conclude that as little foundation as there was in this case could justify a seizure” (*Reid v. Georgia*, 448 U.S. 438 (1980), at p. 441). In these cases, the *Charter* protection is of immediate concern not only to accused drug dealers but to the general travelling public who have every right to go about their law-abiding business without being the subject of random police searches, by dog or otherwise.

#### G. *Applying the Reasonable Suspicion Standard in This Case*

[80] For purposes of analysis, it is useful to divide the encounter between the police and the appellant into stages:

- (1) From the Time the Appellant Exited the Bus Until Sergeant MacPhee Identified Himself as a Policeman

[81] There was some suggestion by Constable Ritchie that Chevy was in a position to sniff all passengers getting off the overnight bus from Vancouver and “alerted” to the appellant as he

le fait ne peut véritablement constituer une « appréciation indépendante » que si des motifs objectifs sont invoqués pour justifier l’opinion personnelle du policier. Comme le juge Doherty l’a fait remarquer dans l’arrêt *Brown c. Durham Regional Police Force* (1998), 131 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.) :

[TRADUCTION] La protection contre les abus policiers tient non seulement à la norme elle-même, mais aussi à son application rétrospective. [par. 65]

[79] L’objectif du programme Jetway et des opérations policières semblables qui sont menées aux États-Unis est donc de déceler les caractéristiques [TRADUCTION] « généralement associées aux narco-trafiquants » (W. R. LaFave, *Search and Seizure : A Treatise on the Fourth Amendment* (4<sup>e</sup> éd. 2004), vol. 4, p. 503) sans toucher à [TRADUCTION] « une catégorie très vaste de voyageurs vraisemblablement innocents qui seraient soumis à des fouilles effectuées pratiquement au hasard si la Cour devait conclure que des motifs aussi ténus que ceux qui ont été invoqués en l’espèce pouvaient justifier une saisie » (*Reid c. Georgia*, 448 U.S. 438 (1980), p. 441). Dans les présentes affaires, la question de la protection offerte par la *Charte* intéresse directement non seulement les revendeurs de drogue qui font l’objet d’accusations, mais aussi l’ensemble des voyageurs qui ont parfaitement le droit d’exercer leurs activités légales sans être soumis à des fouilles policières effectuées au hasard à l’aide d’un chien ou autrement.

#### G. *Application de la norme des soupçons raisonnables en l’espèce*

[80] Pour les besoins de l’analyse, il est utile de diviser en étapes la rencontre entre les policiers et l’appelant :

- (1) La période écoulée entre le moment où l’appelant est sorti de l’autobus et celui où le sergent MacPhee s’est présenté comme étant un policier

[81] L’agent Ritchie a indiqué que Chevy était en mesure de flairer tous les passagers qui descendaient de l’autobus ayant effectué le trajet de nuit depuis Vancouver et qu’elle a « éveillé l’attention »

alighted, i.e. *before* any of the observations relied on by Sergeant MacPhee. Constable Ritchie testified as follows:

A . . . at the time that I observed Mr. Kang-Brown, I would have been to the driver's side of -- of the bus watching the passengers go out.

. . . .

Q Can I just back you up a second before we get too much further. You started to mention something about going through the lineup, and I think I interrupted you, that the dog did something in the lineup with respect to someone. And I'm sorry, I think I interrupted you there.

A Yes, the dog -- actually my observation was that Chevy showed an interest in Mr. Kang-Brown and started to go towards Mr. Kang-Brown. And due to the -- the activity at the time and the people and the movement and stuff, Corporal Bouey redirected Chevy.

. . . .

Q So you're confident that you advised Sergeant MacPhee about what happened with the dog and Mr. Kang Brown?

A Yes. [Trial tr., at pp. 133, 134 and 193]

Sergeant MacPhee testified that he did not recall such a conversation and the trial judge made no finding one way or the other. If in fact the police had conducted a sniff search of everyone as they got off the bus, it would clearly have constituted a random search and would therefore have been unconstitutional. The appellant made no particular issue of this point and I therefore put it aside.

[82] Sergeant MacPhee was in plain clothes sitting on a "hitching" rail near the arriving bus. There was nothing in his appearance to identify him as a policeman. Sergeant MacPhee testified

sur l'appelant au moment où il descendait, c'est-à-dire *avant* que les observations invoquées par le sergent MacPhee aient pu être faites. L'agent Ritchie a affirmé ceci dans son témoignage :

[TRADUCTION]

R . . . au moment où j'observais M. Kang-Brown, j'étais du côté du chauffeur -- de l'autobus, occupé à surveiller les passagers qui sortaient.

. . . .

Q Permettez-moi de revenir un peu en arrière avant d'aller plus loin. Vous avez commencé à mentionner quelque chose au sujet de l'observation des gens qui faisaient la queue, et je crois vous avoir interrompu, c'est-à-dire que le chien a fait quelque chose au sujet d'une personne qui faisait la queue. Je m'excuse, je crois vous avoir interrompu à ce moment-là.

R Oui, le chien -- en fait, j'ai remarqué que Chevy s'intéressait à M. Kang-Brown et qu'il a commencé à se diriger vers lui. Et en raison de -- de l'activité qu'il y avait à ce moment et des nombreuses allées et venues, etc., le caporal Bouey a fait prendre une autre direction à Chevy.

. . . .

Q Donc, vous êtes persuadé d'avoir informé le sergent MacPhee de ce qui s'est produit avec le chien et M. Kang-Brown?

R Oui. [tr. procès, p. 133, 134 et 193]

Le sergent MacPhee a témoigné qu'il ne se souvenait pas d'avoir eu une telle conversation et la juge du procès n'a tiré aucune conclusion dans un sens ou dans l'autre à ce sujet. Si, en réalité, les policiers avaient fouillé à l'aide du chien renifleur toutes les personnes qui descendaient de l'autobus, une telle mesure aurait clairement constitué une fouille au hasard et aurait donc été inconstitutionnelle. L'appelant n'a pas trop insisté sur ce point, que je vais donc le laisser de côté.

[82] Le sergent MacPhee, habillé en civil, était assis sur une rampe « d'attache » près de l'autobus qui venait d'arriver. Rien dans son apparence ne permettait de savoir qu'il était un policier. Le



that the appellant looked at him on three occasions over a period of a few minutes, initially an “elongated stare” of a few seconds as the appellant got off the bus, subsequently a “rubberneck” look as the appellant entered the bus station washroom, and thirdly “eye contact” as the appellant came back into view and put on his winter coat. These “indicia” are part of the teaching of the Jetway program. On all three occasions, Sergeant MacPhee, to all outward appearances just a casually dressed individual, was also looking at the appellant. The appellant was given no outward sign that he was in eyeball to eyeball contact with a policeman. Innocent members of the public might find it odd that a complete stranger was sitting on a railing staring at them, and react in different ways.

[83] Exchanging looks in such circumstances may not be of much significance to the RCMP as is shown by another Alberta case, *R. v. Dinh* (2001), 284 A.R. 304, 2001 ABPC 48. In that case, Sergeant (then Constable) Bouey and Sergeant (then Corporal) MacPhee were again teamed up at a bus station. Constable Bouey testified in that case that she found it suspicious that the accused Lam made eye contact with her when she entered the bus; however, she later testified that she would also have found it suspicious if he had *not* made eye contact:

Corporal MacPhee testified that he “felt” Dinh and Lam appeared nervous. He also testified that because the other passengers appeared to have just awakened, and were therefore also delayed in departing from the bus, they did not arouse his suspicion as possible drug couriers.

. . .

Upon entering the bus, Constable Bouey had [the sniffer dog] Boh search empty seats near the front of the bus. Dinh and Lam and the other couple were at the back of the bus. Bouey stated that Lam made eye contact with her and although this enhanced her suspicions she acknowledged on cross-examination that she

sergent MacPhee a témoigné que l’appellant l’avait regardé à trois reprises au cours d’une période de quelques minutes, premièrement en lui jetant un [TRADUCTION] « long regard » de quelques secondes alors qu’il descendait de l’autobus, deuxièmement en jetant un « regard vers l’arrière » au moment où il entrait dans les toilettes de la gare et, troisièmement, en « échangeant un regard » avec lui lorsqu’il est réapparu et qu’il a revêtu son manteau d’hiver. Ces « indices » font partie de l’enseignement donné dans le cadre du programme Jetway. À chacune de ces trois occasions, le sergent MacPhee, qui selon toute apparence n’était qu’un individu en tenue décontractée, regardait lui aussi l’appellant. Aucun signe extérieur ne permettait à l’appellant de croire qu’il regardait un policier dans les yeux. Un citoyen innocent pourrait trouver étrange qu’un parfait étranger assis sur une rampe le dévisage et pourrait réagir de différentes façons.

[83] Il se peut que l’échange de regards en pareilles circonstances n’ait pas beaucoup d’importance pour les agents de la GRC, comme en fait foi une autre décision albertaine : *R. c. Dinh* (2001), 284 A.R. 304, 2001 ABPC 48. Dans cette affaire, le sergent Bouey (alors simple agent) et le sergent MacPhee (alors caporal) faisaient là encore équipe dans une gare d’autobus. Dans son témoignage, l’agent Bouey a déclaré qu’elle avait trouvé suspect que l’accusé Lam échange un regard avec elle au moment où elle entrait dans l’autobus; toutefois, elle a par la suite indiqué qu’elle aurait également trouvé suspect qu’il *ne* la regarde *pas* :

[TRADUCTION] Le caporal MacPhee a témoigné qu’il « sentait » que M<sup>me</sup> Dinh et M. Lam étaient nerveux. Il a ajouté qu’il n’avait pas cru que les autres passagers pouvaient être des passeurs de drogue parce qu’ils semblaient venir tout juste de se réveiller et que, pour cette raison, ils tardaient eux aussi à sortir de l’autobus.

. . .

En entrant dans l’autobus, l’agent Bouey a fait fouiller par Boh [le chien renifleur] les sièges vides situés dans la partie avant de l’autobus. M<sup>me</sup> Dinh et M. Lam ainsi que l’autre couple prenaient place à l’arrière de l’autobus. L’agent Bouey a dit que M. Lam avait échangé un regard avec elle et, bien que cela ait alimenté ses soupçons, elle

would also have become suspicious if he had not done so. [Emphasis added; paras. 7 and 9.]

If “eye contact” or “no eye contact” are both of concern to the RCMP, this seems an ambiguous basis for particularized suspicion. Everyone getting off the bus will either be making eye contact or not making eye contact. In *Dinh*, the Alberta Court of Appeal excluded the evidence.

[84] Other than “elongated stares” and “rubbernecking”, Sergeant MacPhee testified that the overnight bus from Vancouver was recognized as a courier run (although he conceded that at this point he had no idea where the appellant boarded the bus between Vancouver and Calgary). The origin and destination may well be of significance but, taken alone, of course, does not put everyone on the bus under suspicion. Although the appellant was described as an “East Indian male”, Sergeant MacPhee testified that no racial profiling was involved (R.R., at pp. 52-53). He felt that the appellant had behaved oddly in relation to luggage, firstly by circling the bus to the luggage compartment when he had nothing to retrieve, and secondly by keeping his untagged carry-on bag at shoulder height even though it had no shoulder straps. At that point, Sergeant MacPhee introduced himself to the appellant as a police officer. The most that could be said at that point in terms of objective indicia is that the appellant had been identified as a person of interest to Sergeant MacPhee.

(2) The Period After Identification of Sergeant MacPhee as a Police Officer but Before the Sniffer-Dog Search

[85] As stated earlier, Sergeant MacPhee said to the appellant “Good morning, sir. I’m a police officer out here at the bus terminal. You’re not in any

a reconnu, lors du contre-interrogatoire, qu’elle aurait également trouvé suspect qu’il ne la regarde pas. [Je souligne; par. 7 et 9.]

Si l’« échange de regard » et l’« absence d’échange de regard » présentent tous les deux un intérêt pour les agents de la GRC, cela paraît être une raison obscure d’avoir des soupçons précis. Certaines personnes qui descendent d’un autobus échangeront un regard alors que d’autres ne le feront pas. Dans l’affaire *Dinh*, la Cour d’appel de l’Alberta a écarté la preuve qui lui avait été présentée.

[84] En plus de mentionner les « longs regards » et les « regards vers l’arrière », le sergent MacPhee a témoigné que l’autobus effectuant le trajet de nuit depuis Vancouver était reconnu comme un moyen de transport utilisé par les passeurs de drogue (tout en admettant qu’il n’avait alors aucune idée de l’endroit où l’appelant avait pris l’autobus entre Vancouver et Calgary). Les lieux de départ et de destination peuvent bien avoir de l’importance, mais il est évident qu’à eux seuls ils ne font pas peser des soupçons sur tous les passagers de l’autobus. Bien que l’appelant ait été décrit comme un [TRADUCTION] « homme des Indes orientales », le sergent MacPhee a affirmé qu’aucun profilage racial n’était en cause (d.i., p. 52-53). Il a estimé que l’appelant avait adopté un comportement étrange à l’égard des bagages, premièrement en faisant le tour de l’autobus jusqu’à la soute à bagages alors qu’il n’avait rien à récupérer, et deuxièmement, en portant à l’épaule son sac fourre-tout auquel n’était fixée aucune étiquette d’identification, et ce, même si le sac en question n’était muni d’aucune bandoulière. C’est à ce moment que le sergent MacPhee s’est présenté à l’appelant comme étant un policier. Tout ce qu’on pouvait alors affirmer au sujet des indices objectifs était que le sergent MacPhee avait jugé que l’appelant présentait un intérêt.

(2) La période écoulée à partir du moment où le sergent MacPhee s’est présenté comme étant un policier, mais avant la fouille à l’aide du chien renifleur

[85] Comme nous l’avons vu, le sergent MacPhee s’est adressé à l’appelant en lui disant [TRADUCTION] « Bonjour monsieur. Je suis un policier qui travaille

sort of trouble and you're free to go at any time. We just talk to people as they are travelling." In cross-examination, Sergeant MacPhee insisted that his statement, "You're not in any sort of trouble" was true (A.R., at p. 79). While the statement "you're free to go at any time" might seem a bit disingenuous, the trial judge found that even if "few people exercise their right of choice by walking away, some do" (para. 43). Sergeant MacPhee pointed out:

. . . -- there is some people that we may just have a few words with, and -- and that's the end of it. And then we carry about our business. We thank them for their time and they carry about their business. [A.R., p. 80]

[86] Sergeant MacPhee acknowledged that his objective from the outset was to obtain the appellant's consent to search the bag. In legal terms, what was in progress was a *Mann*-type investigative stop by police in the absence of any knowledge on their part that a crime had been, was being or was about to be committed, apart from the general reputation of the overnight Vancouver-Calgary bus:

Q . . . there was no tip advising you of Mr. Kang-Brown's presence on that bus?

A No, sir.

Q Okay, and there was no crime in progress that you were investigating?

A No, there was not. [A.R., at pp. 81-82]

The appellant was not detained, as Sergeant MacPhee assured him. He was being engaged in conversation.

[87] In the U.S. cases, production of false identification or travelling under an assumed name is a marker of reasonable suspicion (*United States v. Sokolow*, 490 U.S. 1 (1989)), as is flight from the police or "furtive actions" (*Sibron v. New York*, 392 U.S. 40 (1968)). Here there was none of that. The

ici à la gare d'autobus. Nous n'avons rien à vous reprocher et vous êtes libre de partir en tout temps. Nous ne faisons que parler aux voyageurs. » En contre-interrogatoire, le sergent MacPhee a tenu à préciser que son affirmation « Nous n'avons rien à vous reprocher » était vraie (d.a., p. 79). Bien que l'affirmation « vous êtes libre de partir en tout temps » puisse paraître manquer quelque peu de sincérité, la juge du procès a conclu que, même si [TRADUCTION] « peu de gens choisissent de partir, il y en a qui le font » (par. 43). Le sergent MacPhee a souligné ceci :

[TRADUCTION] . . . -- il peut arriver que nous échangions seulement quelques mots avec certaines personnes et -- et que ça s'arrête là. Nous reprenons alors nos activités. Nous les remercions de nous avoir consacré du temps et elles poursuivent leur route. [d.a., p. 80]

[86] Le sergent MacPhee a reconnu que, dès le départ, son objectif était d'obtenir le consentement de l'appellant à la fouille de son sac. Sur le plan juridique, il s'agissait d'une interpellation aux fins d'enquête de type *Mann* que les policiers effectuaient sans savoir — abstraction faite de la réputation générale de l'autobus effectuant le trajet de nuit entre Vancouver et Calgary — si un crime avait été commis, était commis ou était sur le point d'être commis :

[TRADUCTION]

Q . . . vous n'aviez pas été informé que M. Kang-Brown serait à bord de l'autobus?

R Non, monsieur.

Q D'accord, il n'y avait aucun crime en cours sur lequel vous enquêtiez?

R Non, aucun. [d.a., p. 81-82]

L'appellant n'était pas détenu, comme le lui avait assuré le sergent MacPhee. On lui adressait la parole.

[87] Selon la jurisprudence américaine, la production de fausses pièces d'identité ou le fait de voyager sous un nom d'emprunt est de nature à éveiller des soupçons raisonnables (*United States c. Sokolow*, 490 U.S. 1 (1989)), tout comme le sont le fait de fuir les policiers ou les [TRADUCTION]

appellant seemingly cooperated with the police officer (even to the point of starting to unzip his bag until Sergeant MacPhee moved to take control of it). The appellant produced a valid government-issued identification card. There was no attempt to conceal his true identity, a fact which distinguishes this case from *Florida v. Royer*, 460 U.S. 491 (1983).

[88] As its name suggests, the Jetway program originated at U.S. airports. Sergeant MacPhee received his “hands-on” training at Los Angeles International Airport (R.R., at p. 4). Some of the airport “indicia” may have doubtful application at bus stations. For example, Sergeant MacPhee considered significant the appellant’s acknowledgement that he had bought his bus ticket at the “last minute” (R.R., at p. 53). This is a factor developed in the original Jetway program at airports where ordinary travellers usually book air transportation in advance and do not pay for an expensive ticket in cash (see, e.g., *Monney*). I think we can take judicial notice of the fact that people travelling by bus frequently buy their tickets not long before boarding. There is no evidence that cash payments are unusual.

[89] Sergeant MacPhee asked if the appellant would have “any concerns at all to show [him] what [he was] travelling with” in the bag (R.R., at p. 24). At that point, as Sergeant MacPhee testified, he had no reasonable grounds to arrest the appellant or to obtain a search warrant to search the bag or the person. The RCMP practice is to pursue the interview to try to obtain consent. If consent is not forthcoming and suspicion rises to the requisite level, the dog is called in. Otherwise the “suspect” departs.

[90] The appellant moved as if to comply with this suggestion by placing his bag on the floor and starting to unzip it. Sergeant MacPhee then sought

« gestes furtifs » (*Sibron c. New York*, 392 U.S. 40 (1968)). Il n’y avait rien de tout cela en l’espèce. L’appelant semble avoir coopéré avec le policier (même au point de commencer à ouvrir la fermeture éclair de son sac jusqu’à ce que le sergent MacPhee tente de s’en emparer). L’appelant a présenté une carte d’identité valide délivrée par le gouvernement. Il n’a pas tenté de cacher sa véritable identité, ce qui distingue le présent cas de l’affaire *Florida c. Royer*, 460 U.S. 491 (1983).

[88] Comme l’indique son nom, le programme Jetway a pris naissance dans les aéroports américains. Le sergent MacPhee a reçu sa formation pratique à l’aéroport international de Los Angeles (d.i., p. 4). Ce qui constitue un « indice » dans un aéroport n’en est pas nécessairement un dans une gare d’autobus. Par exemple, le sergent MacPhee a jugé significatif le fait que l’appelant a reconnu avoir acheté son billet [TRADUCTION] « à la dernière minute » (d.i., p. 53). Il s’agit là d’un indice conçu dans le cadre du premier programme Jetway qui visait les aéroports où les voyageurs ordinaires réservent habituellement leur vol à l’avance et ne paient pas comptant un billet cher (voir, par exemple, l’arrêt *Monney*). J’estime que la Cour peut prendre connaissance d’office du fait qu’il est fréquent que les personnes qui voyagent en autobus achètent leur billet peu de temps avant de monter à bord. Rien ne prouve que les paiements comptants sont inhabituels.

[89] Le sergent MacPhee a demandé à l’appelant s’il aurait [TRADUCTION] « des objections à [lui] montrer ce qu’[il] transportait » dans son sac (d.i., p. 24). Le sergent MacPhee a témoigné qu’il n’avait alors aucun motif raisonnable d’arrêter l’appelant ou d’obtenir un mandat l’autorisant à le fouiller ou à fouiller son sac. Les agents de la GRC ont coutume de poursuivre l’entretien dans le but d’obtenir un consentement. Si le consentement n’est pas donné et que leurs soupçons augmentent au niveau requis, ils font appel au chien. Dans le cas contraire, le « suspect » s’en va.

[90] L’appelant s’est comporté comme s’il avait l’intention de donner suite à cette demande en déposant son sac et en commençant à en ouvrir la

to take control of the bag and search it himself for “safety” reasons. Even if a police officer were truly proceeding on the basis of officer safety in a *Mann*-type investigative stop, it was held in *Mann* itself that illegal drugs found in a “safety” search were outside the scope of the permitted search. Here it seems evident that Sergeant MacPhee’s real objective was to rummage in the bag for illegal drugs, although officer safety is clearly an important consideration.

[91] As the appellant pulled back his bag, he appeared to Sergeant MacPhee to “panic” and become “very agitated, very antsy” (trial tr., at p. 36). The bag had been on the ground about a minute (R.R., at p. 90). Sergeant MacPhee explained “antsy” as follows:

Antsy was part and parcel with looking around the area, seemed to be fidgeting, seemed to be basically just very -- very nonattentive, very irritated almost, if you want to put it that way about my presence. [A.R., at p. 86]

[92] Sergeant MacPhee, in my view, did not have reasonable suspicion at the time he tried to take control of the appellant’s bag (as indeed Sergeant MacPhee tacitly accepted because he purported to proceed on consent). In fact, Sergeant MacPhee himself testified that the appellant’s “demeanour” changed *after* the RCMP officer reached for the bag:

... it was just a total change in demeanor from as soon as I even made the gesture of moving towards that bag it was night and day. It became very almost hostile. Like it was just a total change of demeanor. The super cooperative type of nature he had been, to now all of sudden being very upset. [Emphasis added; R.R., at p. 27.]

The appellant’s opposition to what Sergeant MacPhee readily acknowledged would have been a non-consensual illegal search is not something that according to the U.S. case law should be used against the appellant: *United States v. Eustaquio*, 198 F.3d 1068 (8th Cir. 1999). I agree. Individuals should not be penalized for asserting their constitutional rights. The after-the-fact discovery

fermeture éclair. Le sergent MacPhee a alors tenté de s’emparer du sac et de le fouiller lui-même pour des raisons de « sécurité ». Même si un policier agissait vraiment pour des raisons de sécurité lors d’une interpellation aux fins d’enquête de type *Mann*, il faut garder à l’esprit que la Cour a jugé, dans l’arrêt *Mann* lui-même, que la découverte de drogues illégales lors d’une fouille de « sécurité » excédait la portée de la fouille permise. Bien que la sécurité des policiers soit nettement importante, il semble évident qu’en l’espèce le véritable objectif du sergent MacPhee était de fouiller le sac de l’appelant pour vérifier s’il contenait des drogues illégales.

[91] Il a semblé au sergent MacPhee que l’appelant « s’est affolé » et est devenu « très agité, très nerveux » au moment où il tirait son sac vers lui (tr. procès, p. 36). Le sac reposait sur le sol depuis environ une minute (d.i., p. 90). Le sergent MacPhee a expliqué ainsi ce qu’il entendait par « nerveux » :

[TRADUCTION] Nerveux au sens de regarder partout autour de lui, il semblait agité, il semblait simplement très -- très distrait, presque exaspéré, si on peut s’exprimer ainsi, par ma présence. [d.a., p. 86]

[92] À mon avis, le sergent MacPhee n’avait pas de soupçons raisonnables lorsqu’il a tenté de s’emparer du sac de l’appelant (comme le reconnaissait d’ailleurs tacitement le sergent MacPhee en entendant agir avec le consentement de l’appelant). En fait, le sergent MacPhee a lui-même témoigné que l’« attitude » de l’appelant avait changé *après* qu’il eut tenté de s’emparer du sac de ce dernier :

[TRADUCTION] ... son attitude a simplement changé du tout au tout dès que j’ai même fait le geste de m’approcher de ce sac; c’était le jour et la nuit. Il est devenu, à peu de chose près, très hostile. Comme s’il avait simplement complètement changé d’attitude. Après s’être montré super coopératif, il est alors devenu soudainement très contrarié. [Je souligne; d.i., p. 27.]

L’objection de l’appelant à ce qui, de l’aveu même du sergent MacPhee, aurait constitué une fouille illégale non consensuelle n’est pas un élément qui, selon la jurisprudence américaine, devrait être utilisé contre l’appelant : *United States c. Eustaquio*, 198 F.3d 1068 (8th Cir. 1999). Je suis du même avis. Les gens ne devraient pas être pénalisés parce qu’ils font valoir leurs droits constitutionnels. La



of illegal drugs does not render constitutional that which at the time was unconstitutional.

[93] The present case may usefully be compared with some of the other decided cases where “reasonable suspicion” has been found to be present. In *R. v. McCarthy* (2005), 239 N.S.R. (2d) 23, 2005 NSPC 49, the police and their sniffer dog stood near the entrance to the bus terminal. When the accused spotted the police and the dog, he stopped abruptly, looked behind, looked up and began muttering to himself. He continued and passed five to seven feet in front of the officers, who heard him mutter “fuck, fuck, fuck, fuck” to himself (para. 8).

[94] In *R. v. Schrenk* (2007), 215 Man. R. (2d) 212, 2007 MBQB 93, the police, on a traffic stop, were told by the accused that he had flown to Calgary from Vancouver and rented a car to drive to Toronto for a little holiday to visit relatives. The police officer testified that he thought it suspicious to fly a short distance to Calgary, and then rent a car to drive to Toronto, so he asked the accused if it would not have been quicker to fly. The accused said he could not afford to fly all the way, and relatives were giving him money to fly back. This was suspicious because the cost of the rental vehicle was around \$1,100, and the cost of a flight from Vancouver to Toronto was considerably less.

[95] In the present case, immediately prior to the dog sniff, Sergeant MacPhee himself felt he had no grounds to further engage the appellant:

A No, I thought things were getting very agitated and I just needed basically that dog in forthwith to assist with the search.

Q Were you under the opinion that Mr. Kang-Brown is about to leave?

découverte après coup de drogues illégales ne rend pas conforme à la Constitution une intervention qui ne l’était pas au départ.

[93] On peut comparer utilement la présente affaire à certaines autres décisions où on a conclu à l’existence de « soupçons raisonnables ». Dans l’affaire *R. c. McCarthy* (2005), 239 N.S.R. (2d) 23, 2005 NSPC 49, les policiers et leur chien renifleur se tenaient près de l’entrée de la gare d’autobus. Lorsque l’accusé a repéré les policiers et le chien, il s’est soudainement immobilisé, a regardé derrière lui, puis il a levé les yeux et s’est mis à marmonner. Il a poursuivi sa route et est passé cinq à sept pieds devant les policiers, qui l’ont entendu marmonner [TRADUCTION] « merde, merde, merde, merde » (par. 8).

[94] Dans l’affaire *R. c. Schrenk* (2007), 215 Man. R. (2d) 212, 2007 MBQB 93, lors d’un contrôle routier, l’accusé avait dit aux policiers qu’il avait pris l’avion à Vancouver pour se rendre à Calgary et qu’il avait ensuite loué une voiture pour se rendre à Toronto où il ferait une courte visite à des membres de sa famille. Le policier a témoigné qu’il avait trouvé suspect que l’accusé ait pris l’avion pour faire le court trajet entre Vancouver et Calgary, et qu’il ait ensuite loué une voiture pour se rendre à Toronto, et qu’il lui avait donc demandé s’il n’aurait pas été plus rapide de prendre l’avion. L’accusé a répondu qu’il n’avait pas les moyens de faire tout le trajet en avion et que les membres de sa parenté lui donneraient de l’argent pour qu’il puisse revenir en avion. Ces explications étaient suspectes étant donné que le coût de location d’une voiture était d’environ 1 100 \$, alors que le prix du billet d’avion Vancouver-Toronto était beaucoup moins élevé.

[95] En l’espèce, juste avant l’intervention du chien renifleur, le sergent MacPhee croyait lui-même qu’il n’avait aucun motif de retenir davantage l’appelant :

[TRADUCTION]

R Non, j’ai pensé que la situation devenait très tendue et que j’avais tout simplement besoin immédiatement du chien pour procéder à la fouille.

Q Pensiez-vous que M. Kang-Brown s’apprêtait à partir?

A Well, he would have, yes. Probably.

Q Okay, and you would have let him go?

A Yes. [A.R., at p. 95]

[96] The Crown is thus left with the argument that the search was justified because the appellant seemed nervous or “antsy” when confronted by the RCMP officer. I do not think that on its own this is a sufficient marker of unusual conduct to afford grounds of reasonable suspicion, nor taken with the other factors (or “indicia”) mentioned by Sergeant MacPhee does it, in my opinion, reach that level.

[97] Accordingly, I conclude that Sergeant MacPhee did not have grounds for reasonable suspicion at the time the dog was called. To repeat, where the citizen’s only protection against unlawful searches by police dogs is after-the-fact scrutiny of the stated grounds of “reasonable suspicion”, it is important that the after-the-fact judicial scrutiny be conducted with serious diligence and rigour.

### (3) The Sniff Search

[98] The alert by the sniffer dog resulted in the immediate arrest of the appellant. The sniff search was conducted without reasonable suspicion. There were no valid grounds for the arrest.

### (4) Search of the Appellant’s Bag

[99] Had I concluded that the dog-sniff search was based on reasonable suspicion, I would have agreed that Chevy’s positive alert would have given the police the grounds to proceed on the spot with a warrantless search of the appellant’s bag, as discussed in *A.M.*, because of Chevy’s demonstrated accuracy 90 to 92 percent of the time. Sergeant MacPhee says he based his actions on

... a lot of factors pertaining to the history and the training and the background of the animal.

R Bien, il l’aurait fait, oui. Probablement.

Q D’accord, et vous l’auriez laissé aller?

R Oui. [d.a., p. 95]

[96] Reste donc au ministère public l’argument selon lequel la fouille était justifiée parce que l’appelant semblait tendu ou « nerveux » au moment où il faisait face à l’agent de la GRC. Je ne crois pas qu’il s’agit là d’un indice de comportement inhabituel qui est suffisant en soi pour éveiller des soupçons raisonnables, ni que cet indice, pris avec les autres facteurs (ou « indices ») mentionnés par le sergent MacPhee, justifie de tels soupçons.

[97] Par conséquent, je conclus que le sergent MacPhee n’était pas justifié d’avoir des soupçons raisonnables au moment où il a fait appel au chien. Comme je l’ai déjà dit, lorsque la seule protection dont un citoyen bénéficie contre les fouilles abusives effectuées à l’aide d’un chien policier est un examen après le fait des motifs invoqués à l’appui des « soupçons raisonnables », il importe que les tribunaux effectuent cet examen d’une manière très diligente et rigoureuse.

### (3) La fouille effectuée à l’aide du chien renifleur

[98] L’indication donnée par le chien renifleur a entraîné l’arrestation immédiate de l’appelant. La fouille à l’aide du chien renifleur a été effectuée en l’absence de soupçons raisonnables. L’arrestation a été effectuée sans motifs valables.

### (4) La fouille du sac de l’appelant

[99] Si j’avais conclu que la fouille à l’aide du chien renifleur a été effectuée sur la foi de soupçons raisonnables, j’aurais également convenu, comme je l’explique dans l’arrêt *A.M.*, que l’indication positive donnée par Chevy aurait justifié les policiers à procéder sur-le-champ à une fouille du sac de l’appelant, compte tenu du fait que Chevy était fiable 90 à 92 pour 100 du temps. Le sergent MacPhee dit avoir agi sur la foi de

[TRADUCTION] ... nombreux facteurs relatifs à l’histoire, au dressage et aux antécédents de l’animal.

Q Of the animal?

A Yes. [A.R., at p. 83]

The RCMP accept that different dogs possess different abilities and track records and that “sniffer dogs” are not interchangeable. Proof must be made of the accuracy of a particular animal before police reliance is justified. This is another matter that should be established in the evidence (as it was here).

(5) Conclusion

[100] The accuracy of Chevy, while high, showed that in 100 searches she would register a false positive against 8 or 10 law-abiding citizens. This may seem like a modest figure unless you happen to be one of them. Neither the sniff search nor the arrest can be upheld just because we now know with the benefit of hindsight that contraband *was* eventually *discovered* by Constable Ritchie *after* the arrest.

[101] Sergeant Bouey acknowledged that the dog alerts to the odour of narcotics, not to their actual presence. Ordinary currency and coins sometimes carry a residual odour of cocaine or other drugs. Accordingly, I believe the arrest of the appellant in this case was in any event premature. The police should first have confirmed the presence of narcotics by a hand search of the gym bag. In my view, if reasonable cause had existed, and given the positive alert and Chevy’s history of accuracy, the RCMP would have been entitled to perform such a verification search on-the-spot and without prior judicial authorization, as discussed in *A.M.*

(6) Exclusion of the Evidence Under Section 24(2)

[102] The trial judge held that even if there had been a *Charter* violation she would have exercised

Q De l’animal?

R Oui. [d.a., p. 83]

La GRC reconnaît que les chiens n’ont pas tous les mêmes capacités et le même taux de réussite, et que les « chiens renifleurs » ne sont pas interchangeables. La fiabilité d’un animal doit être prouvée pour démontrer que les policiers sont justifiés de faire appel à cet animal. Il s’agit d’un autre élément qui doit être établi par la preuve (comme cela a été fait en l’espèce).

(5) Conclusion

[100] Il a été démontré qu’en dépit de sa grande fiabilité Chevy donnerait, sur 100 fouilles effectuées, une fausse indication positive à l’égard de 8 à 10 citoyens respectueux des lois. Ces chiffres peuvent sembler peu élevés, sauf si vous êtes l’un des citoyens touchés. Ni la fouille effectuée à l’aide d’un chien renifleur, ni l’arrestation ne peuvent être jugées valides simplement parce qu’avec le recul nous savons maintenant que l’agent Ritchie *a* finalement *découvert* des substances interdites *après* l’arrestation.

[101] Le sergent Bouey a reconnu que le chien indique qu’il a détecté l’odeur d’un stupéfiant et non la présence d’une telle substance. Il arrive que de simples billets de banque et pièces de monnaie dégagent une odeur résiduelle de cocaïne ou d’une autre drogue. J’estime donc qu’en l’espèce l’arrestation de l’appelant était en tout état de cause prématurée. Les policiers auraient d’abord dû confirmer la présence d’un stupéfiant en fouillant manuellement le sac de sport. J’estime que, en raison de l’indication positive donnée par Chevy et de la fiabilité qu’il a démontrée dans le passé, les agents de la GRC auraient pu, s’ils avaient eu des motifs raisonnables, procéder sur-le-champ à une telle fouille aux fins de vérification sans devoir préalablement obtenir une autorisation judiciaire, comme je l’explique dans l’arrêt *A.M.*

(6) Exclusion de la preuve en application du par. 24(2)

[102] La juge du procès a conclu que, même s’il y avait eu violation de la *Charte*, elle aurait exercé

her discretion to admit the evidence. Her decision in this respect should not be interfered with on appeal unless it was based on a wrong principle or had been exercised unreasonably: *Collins*, at p. 276; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, at para. 68; *R. v. Buhay*, [2003] 1 S.C.R. 631, 2003 SCC 30, at para. 48.

[103] In my view, as in the opinion of Paperny J.A., dissenting, the trial judge erred in principle by incorporating and relying on much of her privacy analysis (with which I am in disagreement) in her s. 24(2) analysis, thereby engaging in a species of double-counting, and undermining the deference that would otherwise be owed to her conclusion to admit the evidence. For example, at para. 87 of her reasons, the trial judge states:

Mr. Kang-Brown has not established that he had a high expectation of privacy in the circumstances. He did not testify to a subjective belief, and, while the Crown was not able to fix him with knowledge of the notice posted in Greyhound bus stations since 2001, it is disingenuous to suggest that a higher degree of privacy attaches to bus passengers travelling within Canada than to travellers on planes or trains. Terrorism activity is not limited to cross-border travel, as the world has sadly learned, and there is no reasonable basis for making this distinction.

The trial judge having been reversed on that aspect of her privacy analysis (for the reasons set out in *A.M.*), the trial judge's continuing denial of a serious privacy interest should not be resuscitated as an independent ground to help the Crown over its s. 24(2) hurdle.

[104] While I agree that the evidence obtained in the illegal search was non-conscriptive, and was found by the trial judge to have been obtained by the RCMP in good faith, I agree with Paperny J.A. that the evidence obtained in this case should be excluded. The administration of justice would be brought into disrepute if the police, possessing an

son pouvoir discrétionnaire d'admettre la preuve. Sa décision à cet égard ne doit pas être modifiée en appel à moins qu'elle soit déraisonnable ou fondée sur un principe erroné : *Collins*, p. 276; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, par. 68; *R. c. Buhay*, [2003] 1 R.C.S. 631, 2003 CSC 30, par. 48.

[103] À l'instar de la juge Paperny, dissidente, j'estime que la juge du procès a commis une erreur de principe en s'appuyant dans une large mesure sur l'analyse du droit à la vie privée (auquel je ne souscris pas) qu'elle effectue dans son examen du par. 24(2), et en se livrant ainsi à une sorte de double prise en compte, ce qui a pour effet de miner la déférence à laquelle aurait par ailleurs droit sa décision d'admettre la preuve. Par exemple, au par. 87 de ses motifs, elle affirme :

[TRADUCTION] Monsieur Kang-Brown n'a pas établi que, dans les circonstances, il avait des attentes élevées en matière de vie privée. Il n'a pas invoqué une croyance subjective dans son témoignage et, bien que le ministère public ait été incapable de démontrer que M. Kang-Brown avait pris connaissance de l'avis affiché dans les gares d'autobus Greyhound depuis 2001, il est fallacieux de prétendre que les personnes qui voyagent en autobus au Canada ont des attentes plus élevées en matière de vie privée que celles qui voyagent en avion ou en train. Comme le monde l'a tristement appris, les activités terroristes ne se limitent plus aux déplacements transfrontaliers, et il n'y a aucun motif raisonnable d'établir cette distinction.

Étant donné que la décision de la juge du procès a été infirmée en ce qui concerne cet aspect de son analyse du droit à la vie privée (et ce, pour les motifs énoncés dans l'arrêt *A.M.*), son refus constant de reconnaître l'existence d'un droit sérieux à la vie privée ne devrait pas être à nouveau invoqué comme moyen indépendant d'aider le ministère public à surmonter l'obstacle posé par le par. 24(2).

[104] Bien que je convienne que la preuve résultant de la fouille illégale n'a pas été obtenue par mobilisation de l'appelant contre lui-même et qu'elle a été recueillie de bonne foi par les agents de la GRC, comme l'a conclu la juge du procès, je souscris à l'opinion de la juge Paperny selon laquelle il y a lieu d'écarter la preuve obtenue en l'espèce.

exceptional power to conduct a search on the condition of the existence of reasonable suspicion, and having acted in this case without having met the condition precedent, were in any event to succeed in adducing the evidence. Drug trafficking is a serious matter, but so are the constitutional rights of the travelling public. In the sniffer-dog cases, the police are given considerable latitude to act *in the absence of any requirement of prior judicial authorization*. The only effective check on that authority is the after-the-fact independent assessment. I conclude that the police initiated a warrantless search on inadequate grounds. In my view, on the facts here, the evidence should be excluded.

[105] I would allow the appeal and set aside the conviction.

The reasons of Deschamps and Rothstein JJ. were delivered by

[106] DESCHAMPS J. (dissenting) — For decades, trained dogs have aided the police in detecting explosives and narcotics as well as in finding fugitives and missing persons. Owing to their keen sense of smell and high degree of accuracy, they are well suited for these important tasks. However, the effectiveness of a law enforcement tool is only one of many factors to be considered in determining whether its use is constitutional. This is the first opportunity this Court has had to consider the constitutionality of the use of a sniffer dog by law enforcement authorities.

[107] The appellant, Gurmakh Kang-Brown, was charged with possession of cocaine for the purpose of trafficking, and possession of heroin. The trial judge found that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* had not been infringed, and convicted the appellant ((2005), 386 A.R. 48, 2005 ABQB 608). The majority of the Alberta Court of Appeal agreed, and affirmed the convictions

L'administration de la justice serait déconsidérée si les policiers — qui ont le pouvoir exceptionnel de procéder à une fouille ou à une perquisition à la condition d'avoir des soupçons raisonnables, mais qui ont agi en l'espèce sans respecter cette condition préalable — devaient en tout état de cause réussir à présenter la preuve en question. Le trafic de stupéfiants est une question sérieuse, mais la question des droits constitutionnels des voyageurs l'est tout autant. Dans les affaires relatives aux chiens renifleurs, les policiers disposent d'une grande latitude pour agir *en l'absence d'exigence d'autorisation judiciaire préalable*. L'appréciation indépendante après le fait constitue effectivement le seul moyen de contrôler ce pouvoir. Je conclus que les policiers ont procédé à une fouille sans mandat pour des motifs insuffisants. J'estime que, compte tenu des faits de la présente affaire, il y a lieu d'écarter la preuve.

[105] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'annuler la déclaration de culpabilité.

Version française des motifs des juges Deschamps et Rothstein rendus par

[106] LA JUGE DESCHAMPS (dissidente) — Depuis des décennies, des chiens dressés aident les policiers à détecter les explosifs et les stupéfiants ainsi qu'à trouver les fugitifs et les personnes disparues. Ils se prêtent bien à ces tâches importantes en raison de leur odorat très développé et de leur grande fiabilité. Toutefois, l'efficacité d'un outil d'application de la loi n'est que l'un des nombreux facteurs qui doivent être considérés pour déterminer la constitutionnalité de son utilisation. C'est la première fois que notre Cour a l'occasion d'examiner la constitutionnalité de l'utilisation d'un chien renifleur par les autorités chargées d'appliquer la loi.

[107] L'appelant, M. Gurmakh Kang-Brown, a été accusé de possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic et de possession d'héroïne. La juge du procès l'a déclaré coupable après avoir conclu qu'il n'y avait eu aucune atteinte aux droits qui lui sont garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* ((2005), 386 A.R. 48, 2005 ABQB 608). Les juges majoritaires de la Cour d'appel de



((2006), 60 Alta. L.R. (4th) 223, 2006 ABCA 199). In my view, the use of a sniffer dog to check the appellant's bag in a public bus terminal on the basis of a reasonable suspicion that evidence of an offence would be discovered was proper and did not constitute an unreasonable search or seizure. Accordingly, I would dismiss the appeal and affirm the convictions.

[108] This case was heard together with *R. v. A.M.*, [2008] 1 S.C.R. 569, 2008 SCC 19, in which the police used a sniffer dog to check the unattended backpack of a student in a high school with a zero-tolerance policy for drugs. There are several common issues in these two cases. Unlike in *A.M.*, however, the facts of the instant case also raise the issues of a reasonable expectation of privacy engaging s. 8 of the *Charter*, and reasonable suspicion. It is thus better suited to legal analysis. In the interest of concision, therefore, the main legal propositions at issue in both cases are set out in these reasons.

### 1. Facts

[109] The Royal Canadian Mounted Police ("RCMP") launched Operation Jetway to investigate and disrupt ongoing narcotics trafficking at bus terminals, train stations and airports in Canada. By observing members of the travelling public, officers attempt to identify and arrest drug couriers and people carrying weapons, proceeds of crime, or other contraband. In performing this task, they use dogs trained to detect the odours of controlled substances.

[110] The dog involved in this case, named "Chevy", was a female Black Labrador that had at the time been in active service for 22 months. She was trained to indicate, by sitting down, that

l'Alberta ont partagé cet avis et ont confirmé les déclarations de culpabilité ((2006), 60 Alta. L.R. (4th) 223, 2006 ABCA 199). J'estime que l'utilisation d'un chien renifleur pour vérifier le sac de l'appelant dans une gare d'autobus — sur la foi de soupçons raisonnables que la preuve de l'existence d'une infraction serait découverte — était appropriée et ne constituait pas une fouille, perquisition ou saisie abusive. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer les déclarations de culpabilité.

[108] Le présent pourvoi a été entendu en même temps que l'affaire *R. c. A.M.*, [2008] 1 R.C.S. 569, 2008 CSC 19, dans laquelle les policiers avaient utilisé un chien renifleur pour vérifier le sac à dos qu'un élève avait laissé sans surveillance dans une école secondaire où était appliquée une politique de tolérance zéro en matière de drogue. Ces deux affaires soulèvent plusieurs questions communes. Toutefois, à la différence de l'affaire *A.M.*, les faits en l'espèce soulèvent également la question de l'attente raisonnable en matière de vie privée qui fait intervenir l'art. 8 de la *Charte*, et celle des soupçons raisonnables. Le présent pourvoi se prête donc mieux à une analyse juridique. Par souci de concision, les principales thèses juridiques en cause dans les deux affaires sont énoncées dans les présents motifs.

### 1. Les faits

[109] La Gendarmerie royale du Canada (« GRC ») a lancé l'opération Jetway pour enquêter sur le trafic de stupéfiants dans les gares d'autobus, les gares ferroviaires et les aéroports au Canada, et interrompre ce trafic. Les policiers observent les voyageurs afin de repérer et d'arrêter les passeurs de drogue et les personnes qui transportent des armes, des produits de la criminalité ou d'autres marchandises de contrebande. Pour s'acquitter de cette tâche, ils utilisent des chiens dressés à détecter l'odeur de substances réglementées.

[110] Le chien dont il est question en l'espèce était une femelle labrador noire, nommée Chevy, qui, à l'époque, était en service actif depuis 22 mois. Elle était dressée pour indiquer, en se mettant

she had detected the odours of any of the following drugs: cannabis resin, methamphetamine, opium, heroin, psilocybin (“magic mushrooms”), cocaine and crack cocaine. Chevy appears to have been very successful as a sniffer dog, as she had a success rate in detecting drugs of 90 to 92 percent. By May 2003, she had discovered illicit drugs having a total street value of nearly \$6 million (R.F., at p. 2).

[111] On January 25, 2002, the overnight bus from Vancouver to Calgary arrived at the Greyhound bus terminal at about 11:00 in the morning. Dressed in plain-clothes, Sergeant Iain MacPhee, a police officer with over 26 years of experience, was in charge of a three-member team from the Jetway Unit. He observed passengers disembarking from the bus, which was parked in an arrival lane of the Greyhound garage, from a railing about eight feet away. Passengers who had only hand luggage or were continuing on their trips walked to the exit doors and into the terminal lobby, while those who had stowed luggage and had reached their final destinations waited beside the bus to claim their bags.

[112] Sergeant MacPhee immediately became interested in the appellant as he got off the bus, because they made eye contact for several seconds in an “elongated stare” that Sergeant MacPhee had been trained to notice as suspicious behaviour. The appellant had a bag with two handles, but he carried it high on his shoulder. Unlike the other passengers, the appellant, although standing beside the bus, did not look at the bags being unloaded. He then went around the bus in a different direction from the other passengers to stand about 10 to 15 feet behind Sergeant MacPhee.

[113] Sergeant MacPhee signalled to the other two plain-clothes officers, Constable Gary Michael Ritchie and Sergeant Valerie L. Bouey, who were observing passengers from the front of the bus, that

en position assise, qu’elle avait détecté l’odeur de l’une ou l’autre des drogues suivantes : la résine de cannabis, la méthamphétamine, l’opium, l’héroïne, la psilocybine (« champignons magiques »), la cocaïne et le crack. Chevy semble avoir été un chien renifleur très efficace étant donné que son taux de réussite en matière de détection de drogue était de 90 à 92 pour 100. Au mois de mai 2003, la valeur de revente des drogues illicites qu’elle avait découvertes totalisait près de six millions de dollars (m.i., p. 2).

[111] Le 25 janvier 2002, l’autobus qui effectue le trajet de nuit entre Vancouver et Calgary est arrivé à la gare d’autobus Greyhound vers 11 h. Habillé en civil, le sergent Iain MacPhee, un policier comptant plus de 26 ans d’expérience, était responsable d’une équipe de trois membres de l’unité Jetway. Il observait, à partir d’une rampe située environ huit pieds plus loin, les passagers qui descendaient de l’autobus stationné dans un couloir d’arrivée du garage Greyhound. Les passagers qui n’avaient que des bagages à main ou qui poursuivaient leur voyage se dirigeaient vers les portes de sortie et se rendaient dans le hall de la gare, tandis que ceux qui étaient arrivés à destination et dont les bagages étaient rangés dans la soute à bagages attendaient à côté de l’autobus pour les récupérer.

[112] L’appelant a retenu l’attention du sergent MacPhee dès qu’il est descendu de l’autobus, du fait qu’ils ont échangé pendant plusieurs secondes un [TRADUCTION] « long regard » que le sergent MacPhee avait été formé à percevoir comme un comportement suspect. L’appelant avait un sac à deux poignées, qu’il portait toutefois à l’épaule. Il était debout à côté de l’autobus, mais, à la différence des autres passagers, il ne regardait pas les bagages qui étaient déchargés. Il a ensuite fait le tour de l’autobus, dans une direction différente de celle empruntée par les autres passagers, et s’est retrouvé à environ 10 à 15 pieds derrière le sergent MacPhee.

[113] Le sergent MacPhee a signalé aux deux autres policiers en civil, l’agent Gary Michael Ritchie et le sergent Valerie L. Bouey qui observaient les passagers depuis l’avant de l’autobus,

he was watching the appellant. As the mass of passengers entered the terminal lobby through a single door, Sergeant MacPhee periodically looked over his shoulder to observe the appellant.

[114] After momentarily losing sight of the appellant, Sergeant MacPhee, upon entering the lobby, spotted him walking towards the washroom. About 10 feet from the washroom door, the appellant stopped, turned around, and stared at Sergeant MacPhee, who was some 25 feet behind him. This “rubbernecking” was another suspicious sign Sergeant MacPhee had been trained to notice.

[115] The appellant entered the washroom and then returned to the terminal lobby. He adjusted his clothes and looked around the lobby. He again made eye contact with Sergeant MacPhee. After Sergeant MacPhee broke off eye contact with him, the appellant began to move towards the building exit. Sergeant MacPhee followed him, having decided to monitor him until he had exited the terminal.

[116] Just before reaching the exit, the appellant stopped and again turned to face Sergeant MacPhee, who went past him through the first set of exit doors, which opened automatically. As the appellant followed and entered the foyer, Sergeant MacPhee turned and, standing to one side, identified himself to the appellant, displaying his identification card and badge. Sergeant MacPhee stated: “Good morning, sir. I’m a police officer out here at the bus terminal. You’re not in any sort of trouble and you’re free to go at any time. We just talk to people as they are travelling.” The appellant responded: “Okay.”

[117] The appellant and Sergeant MacPhee discussed where the appellant had travelled from, the length of his trip, and the weather. At some point during their conversation, the appellant put his bag down. He voluntarily produced his identification on request. Constable Ritchie joined Sergeant MacPhee

qu’il surveillait l’appelant. Pendant que la plupart des passagers gagnaient le hall de la gare par la même porte, le sergent MacPhee regardait régulièrement par-dessus son épaule pour observer l’appelant.

[114] Après l’avoir momentanément perdu de vue, le sergent MacPhee a, en entrant dans le hall de la gare, vu l’appelant se diriger vers les toilettes. Alors qu’il se trouvait à environ 10 pieds de la porte des toilettes, l’appelant s’est immobilisé, s’est retourné et a fixé du regard le sergent MacPhee qui se trouvait quelque 25 pieds derrière lui. Ce « regard vers l’arrière » était un autre signe que le sergent MacPhee avait appris à considérer comme suspect.

[115] L’appelant est entré dans les toilettes et est ensuite revenu dans le hall de la gare. Il a ajusté ses vêtements et jeté un coup d’œil dans le hall. Son regard a de nouveau croisé celui du sergent MacPhee. Après que ce dernier eut détourné le regard, l’appelant a commencé à se diriger vers la sortie de l’édifice. Le sergent MacPhee, qui avait décidé de le surveiller jusqu’à ce qu’il sorte de la gare, l’a suivi.

[116] Juste avant d’atteindre la sortie, l’appelant s’est immobilisé et s’est de nouveau tourné vers le sergent MacPhee, qui l’a devancé en passant par la première série de portes de sortie, qui s’ouvraient automatiquement. Au moment où l’appelant gagnait à son tour le vestibule, le sergent MacPhee s’est retourné et, se plaçant de côté, il s’est présenté à l’appelant en lui montrant sa carte d’identité et son insigne. Le sergent MacPhee a dit : [TRADUCTION] « Bonjour monsieur. Je suis un policier qui travaille ici à la gare d’autobus. Nous n’avons rien à vous reprocher et vous êtes libre de partir en tout temps. Nous ne faisons que parler aux voyageurs. » L’appelant a répondu « D’accord. »

[117] Le sergent MacPhee et l’appelant ont parlé de l’endroit d’où était parti ce dernier, de la durée de son voyage et du temps qu’il faisait. À un moment donné pendant leur conversation, l’appelant a déposé son sac. Il a volontairement produit une pièce d’identité lorsqu’on lui a demandé de le

and the appellant in the foyer at this point. Sergeant MacPhee asked the appellant how long he would be in Calgary. The appellant responded that he would be staying for the weekend and that his cousin had just become engaged. While the tone was cordial, Sergeant MacPhee later testified that he had noticed the appellant was becoming “increasingly antsy” and uncomfortable as the conversation continued.

[118] Sergeant MacPhee asked the appellant when he had bought his ticket and was told that it had been purchased at the last minute. Sergeant MacPhee then indicated that he worked primarily on narcotics investigations, and he told the appellant that drug couriers often come through the bus terminal with large quantities of drugs and get charges laid against them. Sergeant MacPhee asked the appellant if he was carrying any drugs and the appellant denied that he was. The appellant then picked up his bag and put it over his shoulder. Sergeant MacPhee asked if there were drugs in the bag and then asked the appellant if he would show him what was in it. The appellant put the bag down and began to open it as Sergeant MacPhee said “Thanks, sir. You’re certainly not obliged to, to show me but thanks” (A.R., at p. 90).

[119] Sergeant MacPhee knelt down as the appellant unzipped the bag and said “Just an officer safety thing here, do you mind?” as he gestured towards the bag (R.R., at pp. 24-25). Sergeant MacPhee testified that he was trying to take control of the situation to ensure that he would not face a firearm or other weapon taken out of the bag. Before Sergeant MacPhee could touch the bag, the appellant pulled it away, saying “What are you doing?” Sergeant MacPhee testified that the appellant was very agitated and panicked at this juncture.

[120] Sergeant MacPhee then signalled to the third plain-clothes officer, Sergeant Bouey, who

faire. C’est à ce moment que l’agent Ritchie s’est joint au sergent MacPhee et à l’appelant dans le vestibule. Le sergent MacPhee a demandé à l’appelant combien de temps il séjournerait à Calgary. L’appelant a répondu qu’il y passerait la fin de semaine et que son cousin venait de se fiancer. Bien que le ton ait été cordial, le sergent MacPhee a par la suite déclaré qu’il avait remarqué qu’au fur et à mesure que la conversation progressait l’appelant devenait [TRADUCTION] « de plus en plus nerveux » et mal à l’aise.

[118] Au sergent MacPhee qui lui demandait quand il avait acheté son billet, l’appelant a répondu qu’il l’avait acheté à la dernière minute. Le sergent MacPhee a alors indiqué que son travail consistait principalement à mener des enquêtes en matière de stupéfiants, et il a dit à l’appelant que des passeurs de drogue transitent souvent par la gare d’autobus avec de grandes quantités de drogues et qu’ils font l’objet d’accusations. Le sergent MacPhee a demandé à l’appelant s’il transportait de la drogue et ce dernier lui a répondu par la négative. L’appelant a alors ramassé son sac et l’a glissé sur son épaule. Le sergent MacPhee lui a demandé s’il y avait de la drogue dans le sac en question et s’il accepterait de lui en montrer le contenu. L’appelant a déposé le sac et a commencé à l’ouvrir alors que le sergent MacPhee lui disait [TRADUCTION] « Merci monsieur. Vous n’êtes sûrement pas obligé de me montrer, mais je vous en remercie » (d.a., p. 90).

[119] Le sergent MacPhee s’est agenouillé au moment où l’appelant ouvrait la fermeture éclair du sac et a dit, en faisant un geste vers le sac, [TRADUCTION] « Simple mesure de sécurité de la part d’un policier, vous n’avez pas d’objections? » (d.i., p. 24-25) Le sergent MacPhee a témoigné qu’il s’efforçait de maîtriser la situation de manière à s’assurer qu’aucune arme à feu ou autre arme ne serait sortie du sac et braquée sur lui. Avant que le sergent MacPhee puisse toucher le sac, l’appelant l’a retiré en demandant « Que faites-vous? » Le sergent MacPhee a affirmé que l’appelant était alors très agité et affolé.

[120] Le sergent MacPhee a ensuite fait signe au troisième policier en civil, le sergent Bouey — qui

was about 40 feet away in the terminal lobby with the dog, to come over. Sergeant MacPhee testified that the appellant was visibly upset, and shaking, as Sergeant Bouey and the dog arrived.

[121] Upon entering the foyer, the dog immediately sat down to indicate the presence of one of the narcotics she was trained to detect. Sergeant MacPhee confirmed the positive indication with the dog's handler, Sergeant Bouey.

[122] Sergeant MacPhee then told the appellant that he was under arrest for possession of and/or trafficking in a controlled substance and advised him of his rights. After indicating that he understood his rights, the appellant said "Yeah, yeah, but there's nothing there. I smoked a joint a while ago. That's about it." He then pulled a breath mint container out of his jeans pocket and took out what was later determined to be heroin, saying it was "something a guy gave me on the bus" (A.R., at p. 96.1). Meanwhile, Constable Ritchie had begun searching the appellant's bag (which had no identification tags on it) immediately after the arrest and had found a box taped shut at the bottom of the bag under some clothing. There was a brown paper bag in the box, and in it were two plastic bags containing 17 ounces of cocaine. The appellant was charged with possession of cocaine for the purpose of trafficking, and possession of heroin.

[123] At trial, Romaine J. dismissed the appellant's application under ss. 8, 9, 10 and 24(2) of the *Charter* to exclude evidence of the cocaine seized from his bag by the police. Considering the evidence as a whole in light of the totality of the circumstances, she found that the police had begun questioning the appellant at an appropriate stage of the investigation and that, if he was in fact detained, an investigative detention was justified by a reasonable suspicion. Romaine J. did not find that the use of the sniffer dog was a search incidental to an investigative detention. Rather, she held that the odours from the bag, which emanated freely in a public

se trouvait environ 40 pieds plus loin dans le hall de la gare avec le chien — de s'amener. Le sergent MacPhee a déclaré que l'appelant était visiblement contrarié et tremblait lorsque le sergent Bouey et le chien sont arrivés.

[121] Dès son entrée dans le vestibule, le chien s'est mis en position assise pour indiquer la présence d'un stupéfiant qu'il avait été dressé à détecter. Le sergent MacPhee a confirmé cette indication positive avec le maître-chien, le sergent Bouey.

[122] Le sergent MacPhee a alors informé l'appelant qu'il était en état d'arrestation pour possession ou trafic d'une substance réglementée, ou les deux à la fois, et il l'a informé de ses droits. Après avoir indiqué qu'il comprenait quels étaient ses droits, l'appelant a ajouté [TRADUCTION] « Ouais, ouais, mais il n'y a rien là. J'ai fumé un joint il y a quelque temps. C'est à peu près tout. » Il a ensuite tiré de sa poche de jeans un contenant de pastilles à la menthe, et en a sorti ce qui a par la suite été jugé comme étant de l'héroïne, en disant que c'était « quelque chose qu'un gars [lui avait] donné dans l'autobus » (d.a., p. 96.1). Entre-temps, l'agent Ritchie avait commencé à fouiller le sac de l'appelant (auquel n'était fixée aucune étiquette d'identification) immédiatement après la mise en état d'arrestation et avait découvert au fond du sac, sous des vêtements, une boîte fermée à l'aide de ruban adhésif. Dans cette boîte, il y avait un sac en papier brun contenant deux sacs en plastique dans lesquels se trouvaient 17 onces de cocaïne. L'appelant a été accusé de possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic et de possession d'héroïne.

[123] Au procès, la juge Romaine a rejeté la demande fondée sur les art. 8, 9 et 10 ainsi que le par. 24(2) de la *Charte*, que l'appelant avait présentée dans le but de faire écarter la preuve constituée de la cocaïne que les policiers avaient saisie dans son sac. Considérant la preuve comme un tout eu égard à l'ensemble des circonstances, la juge a estimé que les policiers avaient commencé à questionner l'appelant au bon moment au cours de leur enquête et que, si ce dernier avait été effectivement détenu, des soupçons raisonnables en justifiaient la détention aux fins d'enquête. La juge Romaine n'a pas conclu que l'utilisation du chien renifleur constituait



transportation facility, did not constitute information in which the appellant had a reasonable expectation of privacy and that s. 8 of the *Charter* was accordingly not engaged. It was therefore unnecessary for Romaine J. to consider excluding the evidence under s. 24(2). She nonetheless indicated that if she had found a *Charter* infringement, she would not have excluded the evidence.

[124] The majority of the Alberta Court of Appeal dismissed the appellant's appeal, upholding the trial judge's decision that there was no *Charter* infringement. Côté J.A., for the majority, noted that it had been conceded at trial and on appeal that if the drug evidence were to be admitted, a conviction would be proper.

[125] Paperny J.A. dissented on the basis of the trial judge's analysis of ss. 8 and 24(2) of the *Charter*. She found that the appellant had had a reasonable expectation of privacy in respect of the odours emanating from his personal luggage. Paperny J.A. concluded that because the sniffer dog was used without a warrant and no exigent circumstances were established, the appellant's s. 8 rights were infringed. She would have excluded the evidence under s. 24(2) and would thus have allowed the appeal and entered an acquittal.

## 2. Issues

[126] The issues in this appeal are whether the appellant's right to be secure against unreasonable search or seizure pursuant to s. 8 of the *Charter* was infringed in the circumstances of this case and, if so, whether the evidence obtained should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

[127] The Crown has not argued that there was statutory authority for the use of the sniffer dog

une fouille accessoire à une détention aux fins d'enquête. Elle a plutôt jugé que les odeurs provenant du sac, qui s'échappait librement dans un établissement de transport public, ne constituaient pas un renseignement à l'égard duquel l'appelant avait une attente raisonnable en matière de vie privée, et que l'art. 8 de la *Charte* ne s'appliquait donc pas. Par conséquent, il n'était pas nécessaire que la juge Romaine se demande s'il y avait lieu d'écarter la preuve en application du par. 24(2). Elle a néanmoins indiqué que, si elle avait conclu à l'existence d'une violation de la *Charte*, elle n'aurait pas écarté la preuve en question.

[124] La Cour d'appel de l'Alberta, à la majorité, a rejeté l'appel de l'appelant et confirmé la décision de la juge du procès selon laquelle il n'y avait eu aucune violation de la *Charte*. Le juge Côté, s'exprimant au nom des juges majoritaires, a souligné qu'au procès et en appel il avait été reconnu qu'une déclaration de culpabilité serait appropriée si la drogue devait être admise en preuve.

[125] La juge Paperny a fondé sa dissidence sur l'analyse que la juge du procès avait effectuée de l'art. 8 et du par. 24(2) de la *Charte*. Selon elle, l'appelant avait une attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard des odeurs émanant de ses bagages personnels. La juge a conclu qu'il y avait eu atteinte aux droits garantis à l'appelant par l'art. 8 du fait que le chien renifleur avait été utilisé sans mandat préalable et que l'existence d'une situation d'urgence n'avait pas été établie. Elle aurait écarté la preuve en application du par. 24(2) et aurait, par conséquent, accueilli l'appel et prononcé un verdict d'acquiescement.

## 2. Questions en litige

[126] Dans le présent pourvoi, il s'agit de déterminer si, dans les circonstances de la présente affaire, il y a eu atteinte au droit de l'appelant à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte* et, dans l'affirmative, si la preuve obtenue devrait être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*.

[127] Le ministère public n'a pas prétendu qu'un texte législatif autorisait le recours au chien renifleur

in this case or, alternatively, that the dog was used in an *incidental* search (i.e., a search incidental to arrest or to an investigative detention). Therefore, we must consider whether the use of a sniffer dog by the police as an *independent* investigative tool in this case was authorized at common law pursuant to principles developed in accordance with the requirements of the *Charter*.

### 3. Analysis

[128] The *Charter* provision raised in this appeal reads as follows:

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

[129] The appellant claims that his right to be secure against unreasonable search or seizure was infringed by the police when they used a sniffer dog to search his bag in a bus terminal and the dog indicated the presence of narcotics. He seeks exclusion of the evidence of the drugs that were discovered.

[130] After briefly discussing the use of sniffer dogs by law enforcement authorities, I will review the analytical framework for s. 8 of the *Charter* and the limits on common law police powers. I will then apply these legal propositions to the facts of this case.

#### 3.1 *The Use of Sniffer Dogs*

[131] It can be seen from the record in this case that sniffer dogs have been used in Canada for decades to fulfill numerous law enforcement functions. For example, the intervener Attorney General of Quebec submits that law enforcement authorities, including the Sûreté du Québec and municipal police forces, have used sniffer dogs to detect drugs and explosives, and to find missing persons, since the 1960s. Also, the Société de la faune et des parcs du Québec uses sniffer dogs to detect fish, meat and ammunition in order to intercept poachers.

en l'espèce ou, subsidiairement, que le chien a été utilisé dans le cadre d'une fouille *accessoire* (c'est-à-dire une fouille accessoire à une arrestation ou à une détention aux fins d'enquête). Nous devons donc nous demander si, en l'espèce, le recours des policiers à un chien renifleur, en tant qu'outil d'enquête *indépendant*, était autorisé par la common law selon des principes établis conformément aux exigences de la *Charte*.

### 3. Analyse

[128] Voici le libellé de la disposition de la *Charte* qui est invoquée en l'espèce :

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

[129] L'appelant soutient que les policiers ont porté atteinte à son droit à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives lorsqu'ils ont utilisé un chien renifleur pour fouiller son sac dans une gare d'autobus et que le chien a indiqué la présence de stupéfiants. Il demande que la drogue qui a été découverte soit écartée de la preuve.

[130] Après avoir analysé brièvement l'utilisation de chiens renifleurs par les autorités chargées d'appliquer la loi, j'examinerai le cadre analytique de l'art. 8 de la *Charte* et les limites des pouvoirs que la common law confère aux policiers. J'appliquerai ensuite ces principes juridiques aux faits de la présente affaire.

#### 3.1 *L'utilisation de chiens renifleurs*

[131] En l'espèce, le dossier permet de constater qu'au Canada les chiens renifleurs sont utilisés depuis des décennies pour exécuter de nombreuses tâches liées à l'application de la loi. Par exemple, l'intervenant le procureur général du Québec souligne que, depuis les années 1960, les autorités chargées d'appliquer la loi, dont la Sûreté du Québec et les services de police municipaux, ont recours aux chiens renifleurs pour détecter des drogues et des explosifs, et pour chercher des personnes disparues. De plus, la Société de la faune et des parcs du Québec utilise des chiens renifleurs pour détecter le poisson, la viande et les munitions qui permettront d'intercepter les braconniers.

[132] The primary reason that sniffer dogs appear to be so attractive as a law enforcement tool is their keen sense of smell and high degree of accuracy. According to Romaine J., the evidence disclosed “that a dog sniff is reliable over 92% of the time in supporting an inference of the presence of drugs” (para. 73). With such a high success rate, a sniffer dog may properly be considered comparable to a very reliable informer.

[133] Furthermore, the sniffer dogs have long been used as a law enforcement tool in other countries. See, for example, from Australia: *Law Enforcement (Powers and Responsibilities) Act 2002* (N.S.W.), ss. 145 to 150 (drug detection dogs), and ss. 193 to 196 (firearms and explosives detection dogs); *Police Powers and Responsibilities Act 2000* (Qld.), 2000, No. 6, ss. 34 to 39, as amended by *Police Powers and Responsibilities (Drug Detection Dogs) Amendment Act 2005* (Qld.), 2005, No. 63; *Australian Federal Police Act 1979* (Cth.), s. 12A; and *Questions of Law Reserved (No. 3 of 1998)* (1998), 71 S.A.S.R. 223 (S.C.). From the United States, see *Illinois v. Caballes*, 543 U.S. 405 (2005); for U.S. state court decisions, see para. 193 below. While these examples do not obviate the need to engage in a critical review of the constitutionality of the use of sniffer dogs under s. 8 of the *Charter*, they do suggest that the sniffer dog has served as a helpful tool for various purposes, such as ensuring public safety, being proactive in preventing and detecting crime, investigating specific crimes and dealing with exigent circumstances.

### 3.2 Analytical Framework for Section 8

[134] Since the first decision in which it interpreted s. 8 of the *Charter*, this Court has consistently held that s. 8 protects a reasonable expectation of privacy. In *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 159-60, Dickson J. (as he then was) stated:

[132] Il semble que ce soit avant tout en raison de leur odorat très développé et de leur grande fiabilité que les chiens renifleurs sont si attrayants comme outil d'application de la loi. Selon la juge Romaine, la preuve révélait [TRADUCTION] « que le chien renifleur est fiable plus de 92 pour 100 du temps pour confirmer la présence de drogues » (par. 73). Avec un taux de réussite aussi élevé, le chien renifleur peut se comparer à juste titre à un informateur très fiable.

[133] De plus, les chiens renifleurs sont utilisés depuis longtemps dans d'autres pays pour appliquer la loi. Voir, par exemple, en ce qui concerne l'Australie : la *Law Enforcement (Powers and Responsibilities) Act 2002* (N.S.W.), art. 145 à 150 (chiens détecteurs de drogue), et art. 193 à 196 (chiens détecteurs d'armes à feu et d'explosifs); la *Police Powers and Responsibilities Act 2000* (Qld.), 2000, No. 6, art. 34 à 39, modifiée par la *Police Powers and Responsibilities (Drug Detection Dogs) Amendment Act 2005* (Qld.), 2005, No. 63; l'*Australian Federal Police Act 1979* (Cth.), art. 12A; *Questions of Law Reserved (No. 3 of 1998)* (1998), 71 S.A.S.R. 223 (S.C.). Quant aux États-Unis, voir l'arrêt *Illinois c. Caballes*, 543 U.S. 405 (2005); pour de la jurisprudence des tribunaux des États américains, voir le par. 193. Bien qu'ils n'éliminent pas la nécessité de procéder à un examen critique de la constitutionnalité de l'utilisation des chiens renifleurs au regard de l'art. 8 de la *Charte*, ces exemples indiquent effectivement que les chiens renifleurs se sont révélés utiles à diverses fins, notamment pour assurer la sécurité du public, pour prévenir et détecter de façon proactive le crime, pour mener des enquêtes relatives à des crimes particuliers et pour intervenir dans des situations d'urgence.

### 3.2 Cadre analytique de l'art. 8

[134] Depuis la première décision dans laquelle elle a interprété l'art. 8 de la *Charte*, notre Cour a constamment jugé que cette disposition protège une attente raisonnable en matière de vie privée. Dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 159-160, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a affirmé ceci :

The guarantee of security from *unreasonable* search and seizure only protects a *reasonable* expectation. This limitation on the right guaranteed by s. 8, whether it is expressed negatively as freedom from “unreasonable” search and seizure, or positively as an entitlement to a “reasonable” expectation of privacy, indicates that an assessment must be made as to whether in a particular situation the public’s interest in being left alone by government must give way to the government’s interest in intruding on the individual’s privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement. [Emphasis in original.]

Thus, s. 8 requires balancing important societal interests against the individual claimant’s privacy interests.

[135] Cory J. further refined the analytical framework for s. 8 in *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, at para. 33, making it clear that the evaluation of a s. 8 claim entails two distinct inquiries: “The first is whether the accused had a reasonable expectation of privacy. The second is whether the search was an unreasonable intrusion on that right to privacy.” The second inquiry is undertaken only if the first results in an affirmative answer.

[136] Regarding the first inquiry, this Court explained in *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527, at p. 533, that a police activity is a search only if it “invades a reasonable expectation of privacy”. The Court added in *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8, at para. 11, that “not every form of examination conducted by the government will constitute a ‘search’ for constitutional purposes”. In *R. v. Tessling*, [2004] 3 S.C.R. 432, 2004 SCC 67, at para. 19, the Court explicitly rejected a category-based approach to determining whether specific investigative techniques engage s. 8 of the *Charter*. Thus, an examination conducted by the state will be a “search” within the meaning of s. 8 only if it constitutes an intrusion on an individual’s reasonable privacy interest.

La garantie de protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies *abusives* ne vise qu’une attente *raisonnable*. Cette limitation du droit garanti par l’art. 8, qu’elle soit exprimée sous la forme négative, c’est-à-dire comme une protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies « abusives », ou sous la forme positive comme le droit de s’attendre « raisonnablement » à la protection de la vie privée, indique qu’il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s’immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d’assurer l’application de la loi. [Souligné dans l’original.]

L’article 8 oblige donc à soupeser des intérêts sociétaux importants en fonction du droit à la vie privée du demandeur concerné.

[135] Le juge Cory a précisé davantage le cadre analytique de l’art. 8 dans l’arrêt *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, par. 33, en indiquant clairement que, pour évaluer une demande fondée sur l’art. 8, il faut répondre à deux questions distinctes : « La première est de savoir si l’accusé pouvait raisonnablement s’attendre au respect de sa vie privée. La seconde est de savoir si la perquisition constituait une atteinte abusive à ce droit à la vie privée. » Ce n’est que si la première question donne lieu à une réponse affirmative qu’il faut répondre à la seconde question.

[136] En ce qui concerne la première question, notre Cour a expliqué, dans l’arrêt *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527, p. 533, qu’une activité de la police ne constitue une fouille que si elle « a pour effet de déjouer une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée ». Dans l’arrêt *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8, par. 11, la Cour a ajouté que « tout type d’enquête gouvernementale ne constituera pas forcément, sur le plan constitutionnel, une “fouille ou perquisition” ». Dans l’arrêt *R. c. Tessling*, [2004] 3 R.C.S. 432, 2004 CSC 67, par. 19, la Cour a explicitement rejeté le recours à une approche fondée sur des catégories pour déterminer si des techniques d’enquête particulières font entrer en jeu l’art. 8 de la *Charte*. Par conséquent, une enquête de l’État ne constituera une « fouille ou perquisition » au sens de l’art. 8 que si elle porte atteinte au droit raisonnable d’un individu à la vie privée.

[137] Therefore, the instant case does not require a category-based decision on the constitutionality of the use of sniffer dogs by the police that will apply in all circumstances. Rather, what must be determined is, first, whether the appellant had a reasonable expectation of privacy in the circumstances of this case and, if so, whether the use of a sniffer dog in these circumstances intruded unreasonably on his reasonable expectation of privacy and thereby infringed s. 8 of the *Charter*. This is consistent with the contextual approach to s. 8 that prevails in this Court's jurisprudence.

### 3.2.1 Reasonableness of the Expectation of Privacy

[138] In analysing a s. 8 claim, the first step is to identify the alleged privacy interest. This interest must be "framed in broad and neutral terms": *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36, at p. 50. When a court considers whether an accused had a reasonable expectation of privacy, the issue is not whether he or she was involved in criminal activity. As this Court stated in *Hunter v. Southam*, at p. 160, an *ex post facto* analysis to determine this would be at odds with the purpose of s. 8, which is to *prevent* unreasonable searches before they occur. Thus, to assess whether the expectation of privacy was reasonable, the court must first frame the alleged privacy interest in broad and neutral terms.

[139] It is clear from this Court's s. 8 jurisprudence that the constitutional protection against unreasonable search or seizure is not automatic and is not engaged in all situations. In *Edwards*, at para. 56, Cory J. stated that "[t]he reasonable expectation of privacy concept has worked well in Canada. It has proved to be reasonable, flexible, and viable. I can see no reason for abandoning it in favour of the discredited rule of automatic standing." This Court has indicated that s. 8 will not be engaged unless the claimant has a reasonable expectation

[137] Il n'est donc pas nécessaire en l'espèce de rendre, au sujet de la constitutionnalité de l'utilisation des chiens renifleurs par les policiers, une décision fondée sur des catégories qui va s'appliquer dans tous les cas. Au contraire, il faut d'abord déterminer si, dans les circonstances de la présente affaire, l'appelant avait une attente raisonnable en matière de vie privée et, dans l'affirmative, si l'utilisation d'un chien renifleur dans ces circonstances a eu pour effet de déjouer de façon abusive cette attente raisonnable et de violer ainsi l'art. 8 de la *Charte*. Cela est compatible avec l'approche contextuelle relative à l'art. 8 qui est adoptée dans la jurisprudence de notre Cour.

### 3.2.1 Caractère raisonnable de l'attente en matière de vie privée

[138] La première étape de l'analyse d'une demande fondée sur l'art. 8 consiste à définir le prétendu droit à la vie privée, ce qui doit être fait « en termes [ . . . ] généraux et [ . . . ] neutres » : *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36, p. 50. Lorsqu'un tribunal se demande si un accusé avait une attente raisonnable en matière de vie privée, la question n'est pas de savoir si l'accusé était impliqué dans une activité criminelle. Comme notre Cour l'a dit à la p. 160 de l'arrêt *Hunter c. Southam*, une analyse après le fait destinée à trancher cette question entrerait en conflit avec l'objet de l'art. 8, qui est de *prévenir* les fouilles et les perquisitions abusives avant qu'elles ne se produisent. Par conséquent, pour déterminer si l'attente en matière de vie privée était raisonnable, le tribunal doit d'abord définir en termes généraux et neutres le droit à la vie privée que l'on prétend violé.

[139] Il ressort clairement de la jurisprudence de notre Cour relative à l'art. 8 que la protection constitutionnelle contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives n'est pas automatique et n'entre pas en jeu dans tous les cas. Dans l'arrêt *Edwards*, par. 56, le juge Cory a affirmé que « [l]a notion d'attente raisonnable en matière de vie privée a donné de bons résultats au Canada. Elle s'est avérée raisonnable, souple et viable. Je ne vois donc aucune raison de l'abandonner au profit de la règle discréditée de la reconnaissance automatique



of privacy: see, e.g., *Tessling, Edwards* and *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, at pp. 516-17 (regarding routine questioning, a baggage search and a pat of outer clothing by customs officers). In recent cases, the Court has explicitly followed a contextual approach, considering several factors in answering the threshold question whether the accused had a reasonable expectation of privacy in respect of the subject matter of the search or seizure.

de la qualité pour agir. » Notre Cour a indiqué que l'art. 8 ne s'applique que si le demandeur a une attente raisonnable en matière de vie privée; voir, par exemple, les arrêts *Tessling, Edwards* et *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, p. 516-517 (concernant les interrogatoires de routine, la fouille des bagages et la fouille par palpation des vêtements extérieurs effectués par des douaniers). Dans des arrêts récents, notre Cour a explicitement adopté une approche contextuelle consistant à examiner plusieurs facteurs pour répondre à la question préliminaire de savoir si l'accusé avait une attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard de ce qui a fait l'objet de la fouille, perquisition ou saisie.

[140] To determine whether the accused had a reasonable expectation of privacy, the totality of the circumstances must be considered. The accused must establish both an objective and a subjective expectation of privacy. In *Edwards*, at para. 45, and *Tessling*, at para. 32, this Court developed a non-exhaustive list of factors to assist in making this determination. The factors for determining whether the accused had a reasonable expectation of privacy may be summarized as including:

[140] Il faut tenir compte de l'ensemble des circonstances pour déterminer si l'accusé avait une attente raisonnable en matière de vie privée. Ce dernier doit prouver qu'il avait une attente à la fois objective et subjective en matière de vie privée. Dans les arrêts *Edwards*, par. 45, et *Tessling*, par. 32, notre Cour a établi une liste non exhaustive de facteurs utiles pour trancher cette question. Les facteurs servant à déterminer si l'accusé avait une attente raisonnable en matière de vie privée peuvent être résumés ainsi :

- (i) the presence of the accused at the time of the alleged search;
- (ii) the subject matter of the alleged search:
  - (a) ownership and historical use of the subject matter;
  - (b) whether the subject matter was in public view;
  - (c) whether the subject matter had been abandoned;
  - (d) where the subject matter is information, whether the information was already in the hands of third parties; if so, was there a duty of confidentiality in relation to it?

- (i) la présence de l'accusé au moment de la prétendue fouille ou perquisition;
- (ii) l'objet de la prétendue fouille ou perquisition :
  - a) la propriété et l'usage historique de l'objet;
  - b) la question de savoir si l'objet était à la vue du public;
  - c) la question de savoir si l'objet avait été abandonné;
  - d) dans le cas où l'objet est un renseignement, la question de savoir si des tiers possédaient déjà ce renseignement et, dans l'affirmative, si le renseignement en question était visé par une obligation de confidentialité;

(iii) the place where the alleged search occurred:

- (a) ownership, possession, control or use of the place where the alleged search took place;
- (b) the ability to regulate access, including the right to admit or exclude others from the place;
- (c) notification of the possibility of searches being conducted in the place;

(iv) the investigative technique used in the alleged search:

- (a) whether the police technique was intrusive in relation to the alleged privacy interest;
- (b) whether the information obtained in the alleged search exposed any intimate details of the accused's lifestyle, or information of a biographical nature.

[141] As in any contextual analysis, not all the factors will be relevant in a given case. The purpose of setting out a non-exhaustive list of factors stated in general terms is not to have each one considered slavishly regardless of materiality to the specific case, but to provide a helpful guide to ensure that relevant factors are not disregarded.

[142] In my view, because the requirement of a reasonable expectation of privacy is a guiding principle under s. 8, the consideration of relevant contextual factors is an integral part of the s. 8 analysis.

[143] Thus, where the applicability of s. 8 is at issue, failure to consider whether the claimant had a reasonable expectation of privacy that engages s. 8 may constitute an error of law. If the trial judge

(iii) le lieu où la prétendue fouille ou perquisition a été effectuée :

- a) la propriété, la possession, le contrôle ou l'utilisation du lieu où la prétendue fouille ou perquisition a été effectuée;
- b) l'habilité à régir l'accès au lieu, y compris le droit d'y laisser entrer ou d'en exclure autrui;
- c) la notification de la possibilité que des fouilles ou perquisitions soient effectuées dans ce lieu;

(iv) la technique d'enquête utilisée pour effectuer la prétendue fouille ou perquisition :

- a) la question de savoir si la technique policière a porté atteinte au prétendu droit à la vie privée;
- b) la question de savoir si le renseignement obtenu lors de la prétendue fouille ou perquisition révélait des détails intimes sur le mode de vie de l'accusé ou des renseignements d'ordre biographique le concernant.

[141] Comme dans toute analyse contextuelle, ces facteurs ne sont pas tous pertinents dans un cas donné. Cette liste non exhaustive de facteurs énoncés en termes généraux a pour objet non pas d'encourager l'examen servile de chaque facteur indépendamment de sa pertinence dans l'affaire en cause, mais plutôt de fournir un guide utile qui permettra d'éviter que des facteurs pertinents ne soient pas pris en considération.

[142] J'estime que, parce que l'exigence d'une attente raisonnable en matière de vie privée est un principe directeur qui sous-tend l'art. 8, l'examen des facteurs contextuels pertinents fait partie intégrante de l'analyse relative à l'art. 8.

[143] Ainsi, dans le cas où l'applicabilité de l'art. 8 est en cause, l'omission de vérifier si le demandeur avait une attente raisonnable en matière de vie privée qui fait intervenir l'art. 8 peut constituer une

carries out the reasonable expectation of privacy analysis, however, deference will be owed to his or her finding.

### 3.2.2 Reasonableness of the Search

[144] Once it is determined that the accused had a reasonable expectation of privacy and that s. 8 is accordingly engaged, the next step is to determine whether the search or seizure was reasonable. In *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 278, this Court held that “[a] search will be reasonable if it is authorized by law, if the law itself is reasonable and if the manner in which the search was carried out is reasonable.” I will briefly elaborate on each of these requirements in the context of this appeal.

[145] First, a search may be authorized either by legislation or at common law. No statute has been relied upon in this case as authorizing the use of the sniffer dog. To determine whether the use of the sniffer dog was authorized by law, I will therefore consider the common law. As I will discuss in detail below, this Court’s approach to recognizing common law powers of search is based on the test set out in *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659 (C.C.A.).

[146] Second, the reasonableness of the law authorizing a search must be evaluated. For legislation that authorizes a search to be reasonable, the traditional standard is reasonable grounds to believe that evidence of an offence will be discovered: *Hunter v. Southam*, at p. 161. This standard was established in a case involving a statutory search where the accused had a well-defined reasonable expectation of privacy, there were no exigent circumstances and the sweeping search technique in issue was clearly intrusive in relation to the claimant’s privacy interest. Where the authority for a search is a common law power, by contrast, the courts can define the scope of this power in a

erreur de droit. Toutefois, si le juge du procès effectue l’analyse de l’attente raisonnable en matière de vie privée, il y a lieu de faire montre de déférence à l’égard de sa conclusion.

### 3.2.2 Caractère raisonnable ou non abusif de la fouille ou perquisition

[144] Une fois que l’on décide qu’un accusé avait une attente raisonnable en matière de vie privée et que l’art. 8 entre donc en jeu, la prochaine étape consiste à déterminer si la fouille, la perquisition ou la saisie était raisonnable, c’est-à-dire non abusive. Dans l’arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 278, notre Cour a jugé qu’« [u]ne fouille ne sera pas abusive si elle est autorisée par la loi, si la loi elle-même n’a rien d’abusif et si la fouille n’a pas été effectuée d’une manière abusive ». Je vais brièvement expliciter chacune de ces conditions dans le contexte du présent pourvoi.

[145] Premièrement, une fouille ou perquisition peut être autorisée par une mesure législative ou par la common law. Aucun texte législatif autorisant l’utilisation du chien renifleur n’a été invoqué en l’espèce. Par conséquent, pour déterminer si l’utilisation du chien renifleur était légale, je vais examiner la common law. Comme je l’expliquerai plus loin, l’approche adoptée par notre Cour pour reconnaître l’existence en common law de pouvoirs de procéder à des fouilles ou à des perquisitions repose sur la grille d’analyse établie dans l’arrêt *R. c. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659 (C.C.A.).

[146] Deuxièmement, il faut évaluer le caractère raisonnable de la loi qui autorise une fouille ou perquisition. La norme traditionnelle qui s’applique pour déterminer si une mesure législative qui autorise une fouille ou perquisition est raisonnable est celle des motifs raisonnables de croire que des éléments de preuve établissant l’existence d’une infraction seront découverts : *Hunter c. Southam*, p. 161. Cette norme a été établie dans une affaire relative à une perquisition autorisée par la loi où l’accusé avait une attente raisonnable bien définie en matière de vie privée, où il n’y avait aucune situation d’urgence et où la technique de fouille approfondie en cause avait clairement porté atteinte au droit à la

manner consistent with the *Charter*: *R. v. Clayton*, [2007] 2 S.C.R. 725, 2007 SCC 32, at para. 21, *per* Abella J. (for the majority).

[147] Third, the manner in which the search was carried out must also be reasonable. It is at this stage of the analysis that the conduct of the police is evaluated. Even if a search is authorized by a law that is reasonable, it will be vitiated and the authority for it will be lost if it is conducted in an unreasonable manner.

[148] As was mentioned above, the Crown invokes no statutory authority for the use of the sniffer dog in this case. It is therefore necessary to determine whether the use of the dog was authorized at common law pursuant to the *Waterfield* test and, if so, to define the scope of the power in a manner consistent with the *Charter*.

### 3.2.2.1 *Development and Application of the Waterfield Test*

[149] This Court's approach to the recognition of police powers at common law was set out in *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2, which concerned the power of the police to conduct random vehicle stops for impaired driving as part of the R.I.D.E. program. Le Dain J., writing for the majority, held that the police act lawfully only if they are exercising powers that are "conferred by statute or derived as a matter of common law from their duties": p. 28.

[150] The test relied on by Le Dain J. in *Dedman* to determine whether a common law police power existed had been established in *Waterfield*, at pp. 661-62. This test has been applied in a variety of cases since *Dedman*. In *Clayton* (at para. 22), Abella J. approved of the Ontario Court of Appeal's articulation of the *Waterfield* test. As Doherty J.A.

vie privée du demandeur. Par contre, lorsque le pouvoir d'effectuer une fouille ou perquisition est conféré par la common law, les tribunaux peuvent en définir l'étendue d'une manière conforme à la *Charte* : *R. c. Clayton*, [2007] 2 R.C.S. 725, 2007 CSC 32, par. 21, la juge Abella (s'exprimant au nom des juges majoritaires).

[147] Troisièmement, la fouille ou la perquisition doit également avoir été effectuée d'une manière non abusive. C'est à cette étape de l'analyse que le comportement des policiers est évalué. Même si elle est autorisée par une loi raisonnable, une fouille ou perquisition sera viciée et injustifiée si elle est effectuée de façon abusive.

[148] Comme je l'ai déjà mentionné, le ministère public n'invoque aucun texte législatif pour justifier l'utilisation du chien renifleur en l'espèce. Par conséquent, il faut déterminer si l'utilisation du chien était permise en common law selon la grille d'analyse de *Waterfield* et, dans l'affirmative, définir l'étendue du pouvoir en question d'une manière conforme à la *Charte*.

### 3.2.2.1 *Établissement et application de la grille d'analyse établie dans l'arrêt Waterfield*

[149] L'approche adoptée par notre Cour pour reconnaître l'existence de pouvoirs policiers en common law a été énoncée dans l'arrêt *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2, qui portait sur le pouvoir des policiers d'intercepter des véhicules au hasard dans le cadre du programme R.I.D.E. visant à détecter les conducteurs aux facultés affaiblies. Le juge Le Dain, s'exprimant au nom des juges majoritaires, a conclu que les policiers n'agissent légalement que s'ils exercent un pouvoir qu'ils « possèdent en vertu d'une loi ou qui découle de leurs fonctions par l'effet de la *common law* » (p. 28).

[150] La grille d'analyse que le juge Le Dain a appliquée dans l'arrêt *Dedman* pour déterminer s'il existait un pouvoir policier en common law avait été établie dans l'arrêt *Waterfield*, p. 661-662. Depuis que l'arrêt *Dedman* a été rendu, cette grille d'analyse a été appliquée dans diverses affaires. Ainsi, dans l'arrêt *Clayton*, par. 22, la juge Abella a

had explained, the test involves two specific inquiries:

First, the prosecution must demonstrate that the police were acting in the exercise of a lawful duty when they engaged in the conduct in issue. Second, and in addition to showing that the police were acting in the course of their duty, the prosecution must demonstrate that the impugned conduct amounted to a justifiable use of police powers associated with that duty . . . .

(*R. v. Clayton* (2005), 196 O.A.C. 16, at para. 37)

[151] At the first stage of the *Waterfield* test, the law enforcement duties traditionally recognized at common law are “the preservation of the peace, the prevention of crime, and the protection of life and property”: *Dedman*, at p. 32.

[152] At the second stage of the test, the court must determine whether the conduct of the police was justified by applying the standard of what is reasonably necessary in light of the totality of the circumstances. As Le Dain J. explained in *Dedman*, at p. 35: “[T]he correct test [is found] in the use of the words ‘reasonably necessary’. . . . The interference with liberty must be necessary for the carrying out of the particular police duty and it must be reasonable”. As this Court added in *R. v. Mann*, [2004] 3 S.C.R. 59, 2004 SCC 52, at para. 39, the circumstances to be considered at the second stage of the *Waterfield* test include “the duty being performed, the extent to which some interference with individual liberty is necessary in the performance of that duty, the importance of the performance of the duty to the public good, the nature of the liberty being interfered with, and the nature and extent of the interference”.

[153] It will be instructive to briefly review the application of the *Waterfield* test in several key cases. In *Dedman*, Le Dain J. concluded with respect to the first stage of the test that randomly

approuvé la façon dont la Cour d’appel de l’Ontario a formulé la grille d’analyse de *Waterfield*. Comme le juge Doherty l’avait expliqué, cette analyse comporte deux étapes distinctes :

[TRADUCTION] Premièrement, la poursuite doit démontrer que le policier a agi dans l’exercice d’une fonction légitime. Deuxièmement, après avoir démontré que le policier a agi dans l’exercice de sa fonction, la poursuite doit établir que l’acte reproché équivaut à un exercice justifiable du pouvoir policier lié à cette fonction . . .

(*R. c. Clayton* (2005), 196 O.A.C. 16, par. 37)

[151] En ce qui concerne la première étape de l’analyse de *Waterfield*, les fonctions liées à l’application de la loi qui sont traditionnellement reconnues en common law sont « le maintien de la paix, la prévention du crime et la protection de la vie des personnes et des biens » : *Dedman*, p. 32.

[152] À la deuxième étape de l’analyse de *Waterfield*, le tribunal doit déterminer si le comportement des policiers était justifié en appliquant la norme de ce qui est raisonnablement nécessaire eu égard à l’ensemble des circonstances. Comme le juge Le Dain l’a expliqué dans l’arrêt *Dedman*, p. 35, « [l]e bon critère [se trouve dans l’emploi de] l’expression [TRADUCTION] “raisonnablement nécessaire”. L’atteinte à la liberté doit être nécessaire à l’accomplissement du devoir particulier de la police et elle doit être raisonnable ». Comme notre Cour l’a ajouté dans l’arrêt *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59, 2004 CSC 52, par. 39, les facteurs qui doivent être pris en considération à la deuxième étape de l’analyse de *Waterfield* sont notamment « le devoir dont s’acquitte le policier, la mesure dans laquelle l’atteinte à la liberté individuelle est nécessaire à l’accomplissement de ce devoir, l’importance que présente l’accomplissement de ce devoir pour l’intérêt public, la nature de la liberté à laquelle on porte atteinte, ainsi que la nature et l’étendue de l’atteinte ».

[153] Il est intéressant d’examiner brièvement la façon dont la grille d’analyse de *Waterfield* a été appliquée dans plusieurs arrêts clés. Dans l’arrêt *Dedman*, le juge Le Dain a conclu, au sujet de



stopping vehicles to deter and detect impaired driving fell within the duties of the police “to prevent crime and to protect life and property by the control of traffic”: p. 35. On the second stage of the test, Le Dain J. regarded impaired driving as a serious problem. He stated that while driving on a highway free from unreasonable interference is an important right, driving is a licensed and regulated activity, and the vehicle stops were of relatively short duration and only slightly inconvenient. He also considered it to be a significant factor that the campaign to detect impaired drivers was well publicized and served a deterrent purpose. Le Dain J. accordingly held that the random vehicle stop, as part of a program to detect and deter impaired driving, was based on common law authority.

[154] In *R. v. Godoy*, [1999] 1 S.C.R. 311, the Court considered whether the police had the power at common law to enter a dwelling while investigating a 911 call. Lamer C.J. held that, because of the police duty to protect life, the requirement of the first stage of the *Waterfield* test is satisfied where a 911 caller is or may be in distress, or if the call is disconnected before the nature of the emergency is established. Regarding the second stage of the test, although residents have a privacy interest in the sanctity of their homes, the public interest in an effective emergency response system is significant enough to justify a limited intervention by the police in the house to protect life and safety. Accordingly, the Court found that the forced entry into the home of the accused was justifiable in light of the totality of the circumstances, but only to determine whether there was an emergency.

[155] In *Mann*, the Court considered whether the police have a common law power to detain an

la première étape de l’analyse, que l’interception de véhicules au hasard dans le but de détecter et décourager la conduite avec facultés affaiblies relevait du devoir des policiers « de prévenir les infractions et de protéger la vie des personnes et la propriété par la surveillance de la circulation » (p. 35). À la deuxième étape de l’analyse, le juge Le Dain a estimé que la conduite avec facultés affaiblies constituait un grave problème. Selon lui, bien que le droit de circuler sur les routes sans entrave déraisonnable soit important, il s’agit d’une activité réglementée qui nécessite un permis, et l’interception des véhicules était relativement brève et ne causait pas beaucoup d’inconvénients. Il a aussi considéré important le fait que la campagne visant à déceler les conducteurs aux facultés affaiblies était bien médiatisée et avait un caractère dissuasif. Le juge Le Dain a donc décidé que l’interception de véhicules au hasard, dans le cadre d’un programme visant à déceler et à décourager la conduite avec facultés affaiblies, était autorisée par la common law.

[154] Dans l’arrêt *R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311, la Cour s’est demandé si la common law habilitait les policiers à entrer dans une résidence lorsqu’ils enquêtent sur un appel au 911. Le juge en chef Lamer a conclu que, en raison du devoir des policiers de protéger la vie des gens, la première étape de l’analyse de *Waterfield* est franchie lorsque la personne qui a composé le 911 est ou peut être en difficulté, ou si la communication est coupée avant que la nature de l’urgence soit établie. Pour ce qui est de la deuxième étape de l’analyse, bien que chacun ait le droit au respect de sa vie privée dans l’intimité de son foyer tenu pour inviolable, l’intérêt que présente pour le public le maintien d’un système d’intervention d’urgence efficace est suffisamment important pour justifier une intervention policière limitée dans un domicile en vue de protéger la vie des gens qui s’y trouvent et d’assurer leur sécurité. Par conséquent, la Cour a jugé que l’entrée par la force dans le domicile de l’accusé était justifiable eu égard à l’ensemble des circonstances, mais uniquement pour déterminer s’il y avait une urgence.

[155] Dans l’arrêt *Mann*, la Cour s’est demandé si la common law habilite les policiers à détenir

individual for investigative purposes and to search him or her incidentally to that investigative detention. In that case, the accused, who matched the description of a suspect in a nearby break and enter, was detained by the police. He was subjected to a pat-down search, during which the officer searching him felt a soft object in his pocket. The officer reached into the pocket and removed a small bag of marijuana, and the accused was then arrested for possession for the purpose of trafficking. The accused contended that his *Charter* rights under ss. 8, 9, 10(a) and 10(b) had been infringed, and sought exclusion of the evidence of the marijuana under s. 24(2). Iacobucci J., writing for the majority, applied the *Waterfield* test to determine whether the conduct of the police fell within the scope of their common law powers. Concerning the detention of the accused, Iacobucci J. found that the requirement of the first stage of the test was satisfied, because the police were acting in pursuit of their duty to protect life and property. As for the second stage, he held that investigative detention is permissible if there are reasonable grounds to suspect that the individual is connected with a particular crime and that such a detention is necessary (para. 45).

[156] *Clayton* involved a 911 call indicating that several persons were openly displaying handguns in a parking lot. The police responded within minutes and stopped the first car leaving the rear parking lot. Because the co-accused driver and passenger were behaving suspiciously, the officers searched them. Loaded prohibited firearms were found. The accused claimed that their rights under ss. 8 and 9 of the *Charter* had been infringed. Abella J., writing for the majority, held that the requirement of the first stage of the *Waterfield* test was satisfied because the police were engaged in the investigation and prevention of crime. On the second stage of the test, Abella J. found that the police search of the two accused was justified because of the seriousness of the offence, the genuine risk of serious

une personne aux fins d'enquête et à la soumettre à une fouille accessoire à cette détention aux fins d'enquête. Dans cette affaire, l'accusé, qui correspondait à la description d'un suspect impliqué dans une introduction par effraction commise non loin de l'endroit où il se trouvait, a été détenu par les policiers. Il a été soumis à une fouille par palpation pendant laquelle le policier qui le fouillait a senti un objet mou à l'intérieur de sa poche. Le policier a glissé sa main dans cette poche et en a retiré un petit sac de marijuana; l'accusé a alors été mis en état d'arrestation pour possession aux fins de trafic. L'accusé a soutenu qu'il y avait eu atteinte aux droits qui lui sont garantis par les art. 8 et 9 ainsi que par les al. 10(a) et 10(b) de la *Charte*, et il a demandé que la preuve constituée de la marijuana soit écartée en application du par. 24(2). Le juge Iacobucci, s'exprimant au nom des juges majoritaires, a appliqué la grille d'analyse de *Waterfield* pour déterminer si le comportement des policiers était conforme aux pouvoirs qui leur sont conférés par la common law. En ce qui concerne la détention de l'accusé, le juge Iacobucci a estimé que l'exigence de la première étape de l'analyse était respectée du fait que les policiers s'acquittaient alors de leur devoir de protéger la vie des gens et les biens. Pour ce qui est de la deuxième étape, il a conclu que la détention d'une personne aux fins d'enquête est acceptable s'il y a des motifs raisonnables de soupçonner que cette personne est impliquée dans un crime donné et qu'il est nécessaire de la détenir (par. 45).

[156] Dans l'affaire *Clayton*, il était question d'un appel au 911 indiquant que plusieurs personnes exhibaient des pistolets dans un stationnement. Les policiers sont intervenus dans les minutes qui ont suivi l'appel et ont intercepté la première voiture qui s'apprêtait à quitter le stationnement arrière. Ils ont fouillé le conducteur coaccusé et le passager en raison de leur comportement suspect. Des armes à feu prohibées chargées ont été découvertes. Les accusés ont soutenu qu'il y avait eu atteinte aux droits qui leur sont garantis par les art. 8 et 9 de la *Charte*. La juge Abella, s'exprimant au nom des juges majoritaires, a conclu que l'exigence de la première étape de l'analyse de *Waterfield* était respectée du fait que les policiers exerçaient alors leur fonction d'enquête et de prévention du crime.

bodily harm to the public, and the fact that, based on the behaviour of the accused, the officers had a reasonable suspicion that they might be in possession of firearms. The conduct of the police was found to be temporally, geographically and logistically responsive to the totality of the circumstances of the case.

### 3.2.2.2 *Standards for Justifying a Search Pursuant to a Common Law Power*

[157] Having reviewed the framework for determining whether a common law police power exists, I will now consider the standards for justifying a search conducted pursuant to such a power. As was mentioned above, the case at bar does not concern the use of a sniffer dog in an *incidental* search. Rather, the issue is whether the use of a sniffer dog by the police as an *independent* investigative tool in this case was authorized at common law pursuant to principles developed in accordance with the requirements of the *Charter*.

[158] A preliminary question arises: Should the Court develop these standards here? With respect, simply referring this matter to Parliament is not in my view an appropriate solution. The questions raised by this appeal concern the recognition of a common law power in conformity with the Constitution, a task — indeed a responsibility — historically and presently within the purview of this Court's institutional competence. As Iacobucci J. stated in *Mann*, at para. 18:

Where, as in this case, the relevant common law rule has evolved gradually through jurisprudential treatment, the judiciary is the proper forum for the recognition and ordering of further legal developments, absent legislative intervention. . . . It is, of course, open to Parliament to enact legislation in line with what it

Au sujet de la deuxième étape de l'analyse, la juge Abella s'est dite d'avis que la fouille policière des deux accusés était justifiée en raison de la gravité de l'infraction, de l'existence d'un risque réel de préjudice corporel grave pour le public et du fait que le comportement des accusés avait fait naître chez les policiers des soupçons raisonnables que ceux-ci pouvaient avoir des armes à feu en leur possession. Elle a jugé que le délai de réaction des policiers, la délimitation géographique de leur intervention et les moyens qu'ils avaient employés étaient adaptés à l'ensemble des circonstances de l'affaire.

### 3.2.2.2 *Normes applicables pour justifier une fouille ou perquisition fondée sur un pouvoir conféré par la common law*

[157] Après avoir examiné le critère requis pour déterminer s'il existe un pouvoir policier conféré par la common law, je vais maintenant examiner les normes applicables pour justifier une fouille ou perquisition fondée sur un tel pouvoir. Comme je l'ai déjà mentionné, il n'est pas question, dans le présent pourvoi, de l'utilisation d'un chien renifleur pour effectuer une fouille *accessoire*. La question est plutôt de savoir si, en l'espèce, le recours des policiers à un chien renifleur, en tant qu'outil d'enquête *indépendant*, était autorisé par la common law selon les principes établis conformément aux exigences de la *Charte*.

[158] Une question préliminaire se pose : La Cour devrait-elle établir les normes en l'espèce? J'estime, en toute déférence, qu'il ne convient pas de renvoyer simplement la question au législateur. Les questions soulevées par le présent pourvoi portent sur la reconnaissance d'un pouvoir de common law conforme à la Constitution, une tâche — voire une responsabilité — qui, historiquement et présentement, s'inscrit dans les limites de la compétence institutionnelle de notre Cour. Comme l'a affirmé le juge Iacobucci, au par. 18 de l'arrêt *Mann* :

Lorsque, comme c'est le cas dans le présent pourvoi, la règle de common law pertinente a évolué graduellement au fil de décisions judiciaires, les tribunaux sont le cadre indiqué pour reconnaître et arrêter de nouveaux raffinements juridiques en l'absence d'intervention du législateur. [ . . . ] Certes, le Parlement est libre d'édicter

deems the best approach to the matter, subject to overarching requirements of constitutional compliance. As well, Parliament may seek to legislate appropriate practice and procedural techniques . . .

[159] For the purpose of identifying the circumstances in which the police may use sniffer dogs while discharging a lawful police duty, the pivotal question is what grounds, if any, the police must have for their use of the dogs to fall within the scope of their common law powers and comply with s. 8 of the *Charter*. Three standards have been proposed for determining when a sniffer dog may be used. Since there is no general police power to routinely use sniffer dogs for any purpose, or at any time or place, it is necessary to determine which of the three standards is applicable. For the purpose of the second stage of the *Waterfield* test, the determination of the applicable standard must be based on what is *reasonably necessary in light of the totality of the circumstances*. Although the police have many investigative tools at their disposal, not all of them will be appropriate in every situation. Some tools are so intrusive in relation to the reasonable privacy interests of an accused that to use them will not be proper without safeguards.

[160] What are the proposed standards? The lowest one would require no grounds for the use of a sniffer dog, whereas the highest one would — absent exigent circumstances — require reasonable grounds to believe that evidence of an offence will be discovered. In between these two is the intermediate standard of reasonable suspicion that evidence of an offence will be discovered. I will discuss each of these standards in turn.

[161] In certain circumstances, the use of a given investigative technique has been approved, without a requirement of specific grounds, on the basis that the accused did not have a reasonable expectation of privacy. For example, in *R. v. Boersma*,

une loi établissant la démarche qu'il juge la meilleure à cet égard, pourvu qu'il se conforme aux exigences primordiales de la Constitution. De même, il est possible que le Parlement veuille instaurer, par voie législative, des pratiques et procédures . . .

[159] Pour définir les circonstances dans lesquelles les policiers peuvent utiliser un chien renifleur dans l'exercice d'une fonction légitime, la question cruciale est de savoir quelles raisons, s'il en est, doivent motiver leur utilisation d'un chien pour qu'elle soit conforme à l'art. 8 de la *Charte* et aux pouvoirs qui leur sont conférés par la common law. Trois normes ont été proposées pour déterminer dans quels cas un chien renifleur peut être utilisé. Étant donné que les policiers n'ont aucun pouvoir général d'utiliser systématiquement des chiens renifleurs à quelque fin que ce soit ou en tout temps et en tout lieu, il est nécessaire de déterminer laquelle de ces trois normes s'applique. Pour les besoins de la deuxième étape de l'analyse de *Waterfield*, la norme applicable doit être déterminée en fonction de ce qui est *raisonnablement nécessaire eu égard à l'ensemble des circonstances*. Les nombreux outils d'enquête dont disposent les policiers ne peuvent pas tous nécessairement être utilisés dans chaque cas. Certains outils portent tellement atteinte au droit raisonnable d'un accusé à la vie privée que leur utilisation doit être assujettie à des garanties.

[160] Quelles sont les normes proposées? La norme la moins stricte veut qu'aucun motif ne soit nécessaire pour recourir à un chien renifleur, tandis que la norme la plus stricte exige qu'en l'absence d'une situation d'urgence il y ait des motifs raisonnables de croire que des éléments de preuve établissant l'existence d'une infraction seront découverts. Entre ces deux normes, il y a la norme intermédiaire des soupçons raisonnables que des éléments de preuve établissant l'existence d'une infraction seront découverts. Je vais examiner successivement chacune de ces normes.

[161] Dans certaines circonstances, l'utilisation d'une technique d'enquête a été approuvée sans que des motifs précis soient requis, parce que l'accusé n'avait aucune attente raisonnable en matière de vie privée. Par exemple, dans l'affaire *R. c. Boersma*,

[1994] 2 S.C.R. 488, the police did not infringe s. 8 by walking along a dirt road and observing the marijuana crop of the accused in plain sight on Crown land. In *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, at para. 62, Cory J., writing for the majority, stated: “where an accused who is not in custody discards a kleenex or cigarette butt, the police may ordinarily collect and test these items without any concern about consent”. Regarding sniffer dogs, the United States Supreme Court and the Supreme Court of South Australia have taken the position that no grounds are required before the police may use them: see *Illinois v. Caballes*; *United States v. Place*, 462 U.S. 696 (1983); *Questions of Law Reserved (No. 3 of 1998)*. In Canada, however, where an accused has a reasonable expectation of privacy that engages s. 8, it may be problematic to allow the police to use a given investigative technique without requiring grounds.

[162] In the case at bar, Paperny J.A., in dissent, adopted the highest standard, that the police must have reasonable grounds to believe that evidence of an offence will be discovered before they may use a sniffer dog: para. 139. As was mentioned above, this standard was established in *Hunter v. Southam*, at p. 160, a case in which the accused had a well-defined reasonable expectation of privacy, there were no exigent circumstances, it was not impracticable to obtain prior judicial authorization and the search technique was clearly intrusive.

[163] The intermediate standard of reasonable suspicion that evidence of an offence will be discovered has been advanced in the instant case by the interveners the Attorney General of Quebec and the Criminal Lawyers’ Association (Ontario).

[164] Some clarification is required regarding what the reasonable suspicion standard entails. The grounds required to justify an investigative

[1994] 2 R.C.S. 488, les policiers n’ont pas violé l’art. 8 en marchant sur un chemin de terre et en apercevant des plants de marijuana que l’accusé cultivait à la vue de tous sur une terre publique. Dans l’arrêt *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, par. 62, le juge Cory, s’exprimant au nom des juges majoritaires, a affirmé que « lorsqu’un accusé qui n’est pas détenu jette un papier-mouchoir ou un mégot de cigarette, la police peut normalement recueillir ces objets et les faire analyser, sans avoir à se soucier d’obtenir un consentement ». En ce qui concerne les chiens renifleurs, la Cour suprême des États-Unis et la Cour suprême de l’Australie-Méridionale ont jugé que les policiers n’ont besoin d’aucun motif pour les utiliser : voir *Illinois c. Caballes*; *United States c. Place*, 462 U.S. 696 (1983); *Questions of Law Reserved (No. 3 of 1998)*. Toutefois, au Canada, lorsqu’un accusé a une attente raisonnable en matière de vie privée qui fait intervenir l’art. 8, il peut être problématique de permettre aux policiers d’utiliser une certaine technique d’enquête sans exiger qu’ils aient des motifs de le faire.

[162] En l’espèce, la juge Paperny, dissidente, a retenu la norme la plus stricte selon laquelle, pour pouvoir recourir à un chien renifleur, les policiers doivent avoir des motifs raisonnables de croire que des éléments de preuve établissant l’existence d’une infraction seront découverts : par. 139. Comme nous l’avons vu, cette norme a été établie dans l’arrêt *Hunter c. Southam*, p. 160. Dans cette affaire, l’accusé avait une attente raisonnable bien définie en matière de vie privée, il n’y avait aucune situation d’urgence, il n’était pas impossible d’obtenir une autorisation judiciaire préalable et la technique de perquisition était nettement envahissante.

[163] La norme intermédiaire des soupçons raisonnables que des éléments de preuve établissant l’existence d’une infraction seront découverts a été proposée en l’espèce par les intervenants le procureur général du Québec et la Criminal Lawyers’ Association (Ontario).

[164] Des précisions s’imposent au sujet de ce que comporte la norme des soupçons raisonnables. Dans l’arrêt *Mann*, notre Cour à la majorité a



detention were defined by the majority of this Court in *Mann*. Iacobucci J. referred, citing the relevant cases, to a number of different formulations of the applicable standard, including “reasonable grounds to suspect”, “reasonable suspicion”, “articulable cause” and “sufficient reasonable articulable suspicion”: paras. 31-32 and 45. He expressed a preference for a new term: “reasonable grounds to detain” (para. 33). But in summarizing the standard being applied in that case, Iacobucci J. then used the expression “reasonable grounds to suspect”: para. 45. In my view, “reasonable grounds to suspect” is substantively equivalent to “reasonable suspicion”. It is clear that the standard adopted by Iacobucci J. in *Mann* is lower than that of “reasonable grounds to believe”, and that it was inspired by the “articulable cause” standard, which has been equated to that of reasonable suspicion: see *R. v. Jacques*, [1996] 3 S.C.R. 312, at para. 52, *per* Major J. In my view, the “reasonable suspicion” standard is readily applicable in practice, is meaningful to the police and trial judges, and is likely to be used in cases other than those involving detention. Thus, in the case at bar, the trial judge, after discussing *Mann* at length, framed her analysis of the grounds required to detain the accused in terms of reasonable suspicion: see para. 55.

[165] The reasonable suspicion standard is lower than the standard of reasonable grounds to believe required for a lawful arrest: see *Mann*, at para. 27. To meet the reasonable suspicion standard, the police must rely on “a constellation of objectively discernible facts”: *R. v. Simpson* (1993), 12 O.R. (3d) 182 (C.A.), at p. 202, *per* Doherty J.A. While no single factor can on its own ground reasonable suspicion, a number of factors taken together may cause the police to entertain a reasonable suspicion. However, a mere “hunch based on intuition gained by experience” is not enough to meet the reasonable suspicion standard: *Mann*, at para. 30.

défini les motifs requis pour justifier une détention aux fins d’enquête. Citant la jurisprudence pertinente, le juge Iacobucci a mentionné un certain nombre de formulations différentes de la norme applicable, notamment : « motifs raisonnables de soupçonner », « soupçons raisonnables », « motifs concrets » et « suffisamment de soupçons précis et raisonnables » (par. 31-32 et 45). Il a indiqué qu’il préférerait utiliser une nouvelle expression, celle des « motifs raisonnables de détention » (par. 33). Toutefois, en résumant la norme qui était appliquée dans cette affaire, le juge Iacobucci a parlé des « motifs raisonnables de soupçonner » (par. 45). À mon avis, l’expression « motifs raisonnables de soupçonner » correspond essentiellement aux « soupçons raisonnables ». Il est clair que la norme adoptée par le juge Iacobucci dans l’arrêt *Mann* est moins stricte que celle des « motifs raisonnables de croire », et qu’elle s’inspirait de la norme des « motifs concrets » qui a été assimilée à celle des soupçons raisonnables : voir l’arrêt *R. c. Jacques*, [1996] 3 R.C.S. 312, par. 52, le juge Major. À mon avis, la norme des « soupçons raisonnables » s’applique facilement en pratique, est significative pour les policiers et les juges de première instance, et est susceptible d’être utilisée dans d’autres cas que ceux où il est question de détention. Ainsi, après avoir examiné en profondeur l’arrêt *Mann* en l’espèce, la juge du procès a analysé sous l’angle des soupçons raisonnables les motifs requis pour déterminer l’accusé : voir par. 55.

[165] La norme des soupçons raisonnables est moins stricte que celle des motifs raisonnables de croire qui doit être respectée pour qu’une arrestation soit légale : voir l’arrêt *Mann*, par. 27. Pour satisfaire à la norme des soupçons raisonnables, les policiers doivent s’appuyer sur [TRADUCTION] « un ensemble de faits objectivement discernables » : *R. c. Simpson* (1993), 12 O.R. (3d) 182 (C.A.), p. 202, le juge Doherty. Bien qu’aucun facteur ne puisse à lui seul justifier des soupçons raisonnables, un certain nombre de facteurs pris ensemble peuvent faire naître des soupçons raisonnables chez les policiers. Toutefois, une simple « intuition [...] basée sur [l’]expérience » n’est pas suffisante pour que la norme des soupçons raisonnables soit respectée : *Mann*, par. 30.

[166] The reasonable suspicion standard is a pragmatic and balanced response to the realities of modern law enforcement. To combat impaired driving, for example, Parliament enacted s. 254(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which authorizes peace officers to require drivers to provide roadside breath samples for testing by means of an approved screening device on the basis of a reasonable suspicion of alcohol consumption. According to Fish J. in *R. v. Woods*, [2005] 2 S.C.R. 205, 2005 SCC 42, at para. 30, “[t]hese screening tests . . . necessarily interfere with rights and freedoms guaranteed by the *Charter*, but only in a manner that is reasonably necessary to protect the public’s interest in keeping impaired drivers off the road.”

[167] The reasonable suspicion standard has also been held to apply in the customs context, in *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652, and *Jacques*, and where, as in *Clayton*, the police are confronting the pressing problem of gun crime.

[168] This standard can be applicable only where there are circumstances that serve as safeguards against unreasonable intrusions on privacy and ensure a balance that affords proper protection. Consequently, a reasonable suspicion standard may be sufficient where the investigative technique is relatively non-intrusive and the expectation of privacy is not high. To determine whether the reasonable suspicion standard is met in a given case, the totality of the circumstances must be considered.

[169] It is apparent from this review that there is a continuum of standards that the courts have recognized to be constitutionally valid. These standards range from no grounds to reasonable suspicion, to reasonable grounds to believe. Which standard should be applied to determine whether an investigative technique has been properly used in a given case will depend on what is reasonably necessary in light of the totality of the circumstances. Indeed,

[166] La norme des soupçons raisonnables constitue une réponse pragmatique et équilibrée aux réalités modernes de l’application de la loi. Pour lutter contre la conduite avec facultés affaiblies, par exemple, le législateur a adopté le par. 254(2) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui autorise l’agent de la paix, qui a des raisons de soupçonner qu’un conducteur a consommé de l’alcool, à lui ordonner de lui fournir un échantillon d’haleine qui sera analysé à l’aide d’un appareil de détection approuvé. Selon le juge Fish, dans l’arrêt *R. c. Woods*, [2005] 2 R.C.S. 205, 2005 CSC 42, par. 30, « [c]es tests de détection [. . .] portent nécessairement atteinte aux droits et libertés garantis par la *Charte*, mais seulement dans les limites raisonnables et nécessaires pour protéger l’intérêt du public à ce que les conducteurs avec facultés affaiblies ne puissent prendre la route. »

[167] La norme des soupçons raisonnables a également été jugée applicable en contexte douanier dans les arrêts *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652, et *Jacques*, ainsi que lorsque, comme dans l’affaire *Clayton*, les policiers sont confrontés au problème urgent des crimes comportant l’usage d’une arme à feu.

[168] Cette norme n’est applicable que dans une situation où il existe des garanties contre les atteintes abusives au droit à la vie privée et un équilibre qui assure une protection adéquate. La norme des soupçons raisonnables peut donc être suffisante lorsque la technique d’enquête est relativement peu envahissante et que l’attente en matière de vie privée n’est pas grande. Il faut tenir compte de l’ensemble des circonstances pour décider si la norme des soupçons raisonnables est respectée dans un cas donné.

[169] Il ressort de cet examen qu’il existe un éventail de normes qui ont été jugées constitutionnelles par les tribunaux. Ces normes vont de l’absence de motifs jusqu’aux soupçons raisonnables et aux motifs raisonnables de croire. Pour déterminer quelle norme doit être appliquée pour décider si une technique d’enquête a été utilisée à bon droit dans un cas donné, il faut tenir compte de ce qui est raisonnablement nécessaire eu égard à l’ensemble

where common law powers of search are concerned, the *Waterfield* test itself provides for the balancing needed to ascertain which standard will be applicable in each case.

### 3.3 *Application to This Appeal*

[170] Having set out the analytical framework for s. 8 and for common law police powers, I will now apply it to the facts of this case. I will begin by identifying the appellant's privacy interest and will then determine whether his expectation of privacy was reasonable. After doing so, I will consider the reasonableness of the alleged search; this analysis will involve identifying the grounds required to justify the use of the sniffer dog in the circumstances of this case and evaluating the manner in which the search was conducted.

#### 3.3.1 Reasonableness of the Appellant's Expectation of Privacy

[171] The first step is to determine whether the appellant had a reasonable expectation of privacy that engages the constitutional protection of s. 8 against unreasonable search or seizure. This requires a clear identification of the privacy interest in question and a contextual assessment of both the objective and subjective reasonableness of that interest.

[172] The key question at this stage of the analysis is: Did the appellant, while in a public bus terminal, have a reasonable expectation of privacy in respect of odours emanating from his bag that are imperceptible to humans? In my view, the trial judge erred in concluding that he did not.

[173] Romaine J. erred in analysing the reasonableness of the appellant's expectation of privacy by incorrectly finding that the purpose of the use of the sniffer dog was to identify odours *outside* of his bag.

des circonstances. En fait, lorsqu'il est question de pouvoirs de fouille ou de perquisition conférés par la common law, la grille d'analyse de *Waterfield* prescrit elle-même l'évaluation qui devra être effectuée pour déterminer quelle norme s'appliquera dans chaque cas.

### 3.3 *Application au présent pourvoi*

[170] Après avoir exposé le cadre analytique de l'art. 8 et des pouvoirs policiers conférés par la common law, je vais maintenant l'appliquer aux faits de la présente affaire. Je vais d'abord définir le droit de l'appellant à la vie privée et ensuite déterminer si l'attente qu'il avait en matière de vie privée était raisonnable. Je vais ensuite examiner le caractère raisonnable de la prétendue fouille; cette analyse consistera notamment à déterminer les motifs requis pour justifier l'utilisation du chien renifleur dans les circonstances de la présente affaire, ainsi qu'à évaluer la manière dont la fouille a été effectuée.

#### 3.3.1 Caractère raisonnable de l'attente de l'appellant en matière de vie privée

[171] La première étape consiste à déterminer si l'appellant avait une attente raisonnable en matière de vie privée qui fait intervenir la protection constitutionnelle de l'art. 8 contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives. Pour ce faire, il faut définir clairement le droit à la vie privée en cause et procéder à une évaluation contextuelle du caractère raisonnable, tant objectif que subjectif, de ce droit.

[172] À ce stade de l'analyse, la principale question à laquelle il faut répondre est la suivante : Pendant qu'il se trouvait dans une gare d'autobus, l'appellant avait-il une attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard des odeurs émanant de son sac qui sont imperceptibles aux humains? À mon avis, la juge du procès a commis une erreur en tirant une conclusion négative à cet égard.

[173] En analysant le caractère raisonnable de l'attente que l'appellant avait en matière de vie privée, la juge Romaine a commis une erreur en concluant à tort que le chien renifleur avait été utilisé pour identifier les odeurs à l'extérieur du sac de l'appellant.

[174] It is significant that the odours in and emanating from the appellant's bag were imperceptible to humans, hence the need for a dog to detect the narcotics. This is not a case in which the police were relying on their own senses. Rather, they used the dog to obtain information about the possible presence of a controlled substance *inside* the appellant's bag, as opposed to something that was outside the bag. They used the dog to identify the contents of, and not merely the odours emanating from, the bag. By detecting what was in the air in the vicinity of the appellant's bag, the dog functioned as an investigative tool that allowed the police to conclude, in light of the dog's 90 to 92 percent success rate, that there was a controlled substance inside the bag.

[175] The dog's positive indication allowed for a strong, immediate and direct inference to be made about the contents of the appellant's bag, and this involved a certain intrusion on informational privacy, as defined in *Tessling*, at para. 23. The right to informational privacy protects biographical information, including the very nature of the information. In a case involving this right, the relevant elements of informational privacy include intimate personal details about an accused, such as his or her having come into contact with a controlled substance either as a drug trafficker, an illegal drug user or a legal drug user (such as a user of marijuana for medicinal purposes), or by being in the company of drug users. The very personal nature of this information suggests that the appellant had an objectively reasonable expectation of privacy.

[176] Other factors also indicate that the appellant had an objectively reasonable expectation of privacy. He owned and used the bag, he was present at the time of the search, the bag was one that could be carried close to the body, and he did not abandon it or leave it unattended. The conduct of the police in this case also intruded to a certain extent on the

[174] Fait important, les odeurs à l'intérieur du sac de l'appellant et celles qui en émanaient étaient imperceptibles aux humains, d'où la nécessité de recourir à un chien pour détecter les stupéfiants. Ce n'est pas un cas où les policiers se fiaient à leurs propres sens. Ils ont plutôt utilisé le chien pour recueillir des renseignements concernant la présence possible d'une substance réglementée à l'intérieur du sac de l'appellant, plutôt qu'au sujet de quelque chose qui se trouvait à l'extérieur du sac en question. Ils ont utilisé le chien pour déterminer le contenu du sac et non simplement pour identifier les odeurs qui en émanaient. En décelant ce qu'il y avait dans l'air à proximité du sac de l'appellant, le chien a servi d'outil d'enquête qui a permis aux policiers de conclure — eu égard au taux de réussite du chien qui était de 90 à 92 pour 100 — que le sac contenait une substance réglementée.

[175] L'indication positive donnée par le chien a immédiatement et directement permis aux policiers de faire une forte inférence sur le contenu du sac de l'appellant, ce qui comportait une certaine atteinte au droit au respect du caractère privé des renseignements personnels, défini au par. 23 de l'arrêt *Tessling*. Le droit au respect du caractère privé des renseignements personnels s'applique aux données biographiques, y compris la nature même de ces données. Dans une affaire où il est question de ce droit, les éléments pertinents qui sont protégés sont notamment les détails intimes concernant un accusé, tel le fait d'être entré en contact avec une substance réglementée soit en tant que trafiquant de drogue, en tant que personne qui consomme de la drogue illégalement ou encore légalement comme celle qui consomme de la marijuana à des fins médicales, ou parce qu'il fréquente des consommateurs de drogue. Ainsi, la nature personnelle de ces informations indique que l'appellant avait une attente objectivement raisonnable en matière de vie privée.

[176] D'autres facteurs indiquent également que l'appellant avait une attente objectivement raisonnable en matière de vie privée. L'appellant était le propriétaire et l'utilisateur du sac et il était présent au moment de la fouille; de plus, le sac en question pouvait être porté près du corps et il n'a été ni abandonné ni laissé sans surveillance par l'appellant.

appellant's right to territorial privacy: members of the public have historically used bus terminals to travel as a means of exercising their freedom of mobility, security screening was not done routinely in this terminal and there were no signs indicating that a luggage search was possible. Romaine J. therefore erred in finding that the appellant did not have an objectively reasonable expectation of privacy.

[177] Nevertheless, the appellant's objectively reasonable expectation of privacy in this case is not as high as that in *Hunter v. Southam*. The search in the present case was conducted neither in a workplace nor in a private residence, but in a public place. Moreover, the search technique employed by the police was only minimally intrusive. Thus, the appellant's objectively reasonable expectation of privacy in this case is low compared to the one in *Hunter v. Southam*.

[178] Romaine J. also erred in finding that the appellant did not have a subjective expectation of privacy, as her analysis disregarded the evidence that he had carried the bag close to his body (over his shoulder and close to his elbow) and that he had sought to control access to it. In my view, because he made it clear — both verbally and physically (by preventing Sergeant MacPhee from handling his bag when he opened it) — that he wanted to control access to his bag, the appellant showed that he had a subjective expectation of privacy.

[179] Therefore, it can in my opinion be concluded from the totality of the circumstances that the appellant had a reasonable expectation of privacy that engaged s. 8.

### 3.3.2 Reasonableness of the Sniffer-Dog Search

[180] Having found that the appellant had a reasonable expectation of privacy, I will now consider

Le comportement adopté par les policiers en l'espèce a aussi, dans une certaine mesure, porté atteinte au droit à la vie privée de l'appellant en ce qui a trait aux lieux : les voyageurs utilisent depuis longtemps les gares d'autobus pour exercer leur liberté de circulation; aucun contrôle de sécurité systématique n'était effectué dans la gare en question et aucune affiche n'indiquait que les bagages pouvaient être fouillés. La juge Romaine a donc commis une erreur en concluant que l'appellant n'avait aucune attente objectivement raisonnable en matière de vie privée.

[177] Cependant, l'attente objectivement raisonnable que l'appellant avait en matière de vie privée dans la présente affaire n'est pas aussi grande que dans l'affaire *Hunter c. Southam*. En l'espèce, la fouille a été effectuée non pas dans un lieu de travail ou dans une résidence privée, mais plutôt dans un lieu public. De plus, la technique de fouille utilisée par les policiers ne portait qu'une atteinte minime. Par conséquent, l'attente objectivement raisonnable que l'appellant avait en matière de vie privée en l'espèce était faible comparativement à celle constatée dans *Hunter c. Southam*.

[178] La juge Romaine a aussi commis une erreur en concluant que l'appellant n'avait pas d'attente subjective en matière de vie privée, étant donné que, dans son analyse, elle n'a pas tenu compte de la preuve que l'appellant avait transporté le sac près de son corps (sur son épaule et près de son coude) et qu'il avait tenté d'en limiter l'accès. J'estime que, parce qu'il a clairement indiqué — tant verbalement que physiquement (en empêchant le sergent MacPhee de toucher au sac au moment où il l'ouvrait) — qu'il voulait limiter l'accès à son sac, l'appellant a montré qu'il avait une attente subjective en matière de vie privée.

[179] Par conséquent, je suis d'avis que l'ensemble des circonstances permet de conclure que l'appellant avait une attente raisonnable en matière de vie privée qui faisait intervenir l'art. 8.

### 3.3.2 Caractère raisonnable de la fouille effectuée à l'aide du chien renifleur

[180] Après avoir conclu que l'appellant avait une attente raisonnable en matière de vie privée, je vais



whether the search was reasonable. As I noted above, the use of the sniffer dog in this case has not been characterized as a search incidental to an investigative detention. The alleged authority for the search is not dependent, therefore, on the detention of the appellant.

[181] Rather, what is in issue is whether the circumstances of this case justify the recognition of a common law power to conduct a search using a sniffer dog. It must therefore be asked whether the conduct of the police in using the dog satisfied the *Waterfield* test.

### 3.3.2.1 *Application of the Waterfield Test*

[182] As was mentioned above, to satisfy the requirement of the first stage of the *Waterfield* test, the Crown must demonstrate that the police were acting in pursuit of a lawful duty when they engaged in the conduct at issue. In the case at bar, the trial judge found that the police were investigating ongoing narcotics trafficking as part of a proactive program being carried out in bus terminals, train stations and airports. It is well established at common law that the investigation and prevention of crime is a duty of the police: see *Dedman*, p. 32, and *Knowlton v. The Queen*, [1974] S.C.R. 443. In my view, the police were clearly acting in pursuit of their common law duty to investigate and prevent crime when they observed and questioned the appellant and, subsequently, when they used the dog to detect the presence of narcotics. I therefore have no difficulty in finding that the requirement of the first stage of the *Waterfield* test is satisfied in the instant case.

[183] However, it is not enough that the police were acting in pursuit of a lawful duty when they used the dog in this case. The Crown must also establish that the powers were used in a way that met the standard of what is reasonably necessary in light of the totality of the circumstances.

maintenant examiner la question de savoir si la fouille était raisonnable, c'est-à-dire non abusive. Comme je l'ai déjà souligné, l'utilisation du chien renifleur en l'espèce n'a pas été qualifiée de fouille accessoire à une détention aux fins d'enquête. Le prétendu pouvoir de procéder à la fouille n'est donc pas fonction de la détention de l'appellant.

[181] La question est plutôt de savoir si les circonstances de la présente affaire justifient la reconnaissance d'un pouvoir de common law d'effectuer une fouille à l'aide d'un chien renifleur. Il faut donc se demander si le comportement que les policiers ont adopté en utilisant le chien satisfaisait à la grille d'analyse de *Waterfield*.

### 3.3.2.1 *Application de la grille d'analyse de Waterfield*

[182] Comme nous l'avons vu, pour satisfaire à l'exigence de la première étape de l'analyse de *Waterfield*, le ministère public doit démontrer que les policiers agissaient dans l'exercice d'une fonction légitime lorsqu'ils ont adopté le comportement en cause. En l'espèce, la juge du procès a conclu que les policiers enquêtaient sur le trafic de stupéfiants dans le cadre d'un programme proactif visant les gares d'autobus, les gares ferroviaires et les aéroports. Il est bien établi en common law que les policiers ont le devoir d'effectuer des enquêtes criminelles et de prévenir le crime : voir les arrêts *Dedman*, p. 32, et *Knowlton c. La Reine*, [1974] R.C.S. 443. J'estime qu'il est évident que les policiers s'acquittaient de leur devoir de common law d'effectuer des enquêtes criminelles et de prévenir le crime au moment où ils observaient et questionnaient l'appellant et lorsque, par la suite, ils ont utilisé le chien pour détecter la présence de stupéfiants. Je n'ai donc aucune difficulté à conclure que l'exigence de la première étape de l'analyse de *Waterfield* est respectée en l'espèce.

[183] Toutefois, il ne suffit pas que les policiers aient agi dans l'exercice d'une fonction légitime lorsqu'ils ont utilisé le chien en l'espèce. Le ministère public doit aussi établir que les pouvoirs ont été exercés d'une manière qui respectait la norme de ce qui est raisonnablement nécessaire eu égard à l'ensemble des circonstances.

[184] The objective being pursued by the police was an important one, because trafficking in illegal drugs is a serious criminal offence. As has already been mentioned, the offence in issue in this case carries a maximum punishment of life imprisonment. Drug trafficking leads to other crimes. Illegal hard drugs such as cocaine are widely recognized to be a serious problem in our society. Their use not only fuels organized crime, but can also destroy lives. The police have determined that public transportation is one of the conduits through which illegal drugs pass in Canada, so they have taken proactive steps to intercept them and, where appropriate, to prosecute the drug couriers who facilitate the movement of these substances: see also *R. v. Truong* (2002), 168 C.C.C. (3d) 132, 2002 BCCA 315 (use of a sniffer dog in an airport as part of Operation Jetway). By directing their law enforcement efforts at bus, train and air travel — and not just at one or two of these modes of travel — the police have embarked on a comprehensive program which appears to be designed to ensure that none of these means of transportation becomes more attractive than another for drug traffickers.

[185] The method employed by the police officers in the case at bar was to use a well-trained and highly accurate sniffer dog as an investigative tool in furtherance of their law enforcement duties. The officer in charge of the Operation Jetway team on the day in question was experienced and well trained. The trial judge found that Sergeant MacPhee had acted properly at all times while observing, questioning and investigating the appellant. Other officers became involved only once Sergeant MacPhee entertained reasonable suspicions. This demonstrates a prudent progression in the investigation towards the eventual use of the dog, as opposed to a casual or cavalier attitude to using it.

[186] Regarding the scope of the interference with the appellant's privacy interest, the dog could not have been less intrusive — she merely sat down immediately upon entering the foyer to indicate the presence of a controlled substance. The subsequent physical search of the appellant's bag by the officers

[184] L'objectif visé par les policiers était important du fait que le trafic de drogues illicites est une infraction criminelle grave. Comme je l'ai déjà mentionné, l'infraction dont il est question en l'espèce est punissable d'une peine maximale d'emprisonnement à vie. Le trafic des stupéfiants mène à d'autres crimes. Il est largement reconnu que les drogues dures illicites comme la cocaïne constituent un problème grave dans notre société. En plus d'alimenter le crime organisé, la consommation de ces drogues peut détruire des vies. La police a déterminé que le transport public est l'un des moyens utilisés pour faire passer des drogues illicites au Canada, et elle a donc pris des mesures proactives destinées à intercepter ces substances et, s'il y a lieu, à poursuivre les passeurs de drogue qui en facilitent la circulation : voir également *R. c. Truong* (2002), 168 C.C.C. (3d) 132, 2002 BCCA 315 (utilisation d'un chien renifleur dans un aéroport dans le cadre de l'opération Jetway). En ciblant les autobus, les trains et le secteur du transport aérien — et non seulement une ou deux de ces façons de voyager —, les policiers ont mis en place un vaste programme qui paraît avoir pour but d'empêcher que l'un de ces moyens de transport devienne plus attrayant que les autres aux yeux des trafiquants de drogue.

[185] Dans la présente affaire, les policiers ont choisi d'utiliser un chien renifleur bien dressé et très fiable comme outil d'enquête en exerçant leurs fonctions liées à l'application de la loi. Le policier qui, le jour en question, était responsable de l'équipe de l'opération Jetway était expérimenté et qualifié. La juge du procès a conclu que le sergent MacPhee avait toujours agi correctement en observant et questionnant l'appelant et en enquêtant sur lui. Ce n'est que lorsque le sergent MacPhee a eu des soupçons raisonnables que d'autres policiers sont intervenus. Cela démontre que le recours subséquent au chien est le résultat d'une évolution prudente de l'enquête et non d'une attitude désinvolte ou cavalière.

[186] Quant à l'étendue de l'atteinte au droit de l'appelant à la vie privée, le chien n'aurait pas pu agir de façon moins envahissante : dès son entrée dans le vestibule, il s'est simplement mis en position assise pour indiquer la présence d'une substance réglementée. La fouille du sac de l'appelant à laquelle les policiers

could not have taken place were it not for the dog's positive indication of the presence of narcotics.

[187] The trial judge found that the police had a reasonable suspicion that justified their use of the dog. The observation and questioning of the appellant by the police resulted in “objectively discernible facts” that, in combination, aroused a reasonable suspicion that he was in possession of a controlled substance (para. 54). The facts that Sergeant MacPhee observed before speaking to the appellant are summarized by the trial judge as follows (at para. 27):

- (a) the original “elongated” eye contact between Sergeant MacPhee and the appellant as the appellant disembarked from the bus;
- (b) the unusual route the appellant took around the bus;
- (c) the fact that the appellant positioned himself behind Sergeant MacPhee for no apparent reason;
- (d) the way the appellant carried his bag over his shoulder;
- (e) the absence of identification tags on the appellant's bag;
- (f) the way the appellant stopped and turned to make eye contact with Sergeant MacPhee on his way to the washroom;
- (g) the appellant's “elongated” eye contact with Sergeant MacPhee after leaving the washroom; and
- (h) the way the appellant stopped and turned before going through the terminal's exit doors.

The discussion between the appellant and Sergeant MacPhee further raised the officer's suspicions, including the appellant's admission that he had purchased his ticket at the last minute and his increasingly suspicious behaviour as drug trafficking was discussed — he became “antsy”, fidgety, inattentive and irritated, and his behaviour progressed

ont ensuite procédé n'aurait pas pu avoir lieu si le chien n'avait pas signalé la présence de stupéfiants.

[187] La juge du procès a conclu que les policiers avaient des soupçons raisonnables qui justifiaient leur utilisation du chien. En observant et en questionnant l'appelant, les policiers ont relevé des [TRADUCTION] « faits objectivement discernables » qui, pris ensemble, ont fait naître des soupçons raisonnables qu'il était en possession d'une substance réglementée (par. 54). La juge du procès résume ainsi les faits que le sergent MacPhee a relevés avant de parler à l'appelant (par. 27) :

- a) le long regard initial que le sergent MacPhee et l'appelant ont échangé au moment où ce dernier descendait de l'autobus;
- b) la façon inhabituelle dont l'appelant a fait le tour de l'autobus;
- c) le fait que l'appelant se soit placé derrière le sergent MacPhee sans raison apparente;
- d) la manière dont l'appelant transportait son sac sur son épaule;
- e) l'absence d'étiquette d'identification sur le sac de l'appelant;
- f) le fait que l'appelant se soit immobilisé et se soit retourné pour échanger un regard avec le sergent MacPhee lorsqu'il se dirigeait vers les toilettes;
- g) le long regard que le sergent MacPhee et l'appelant ont échangé après que l'appelant eut quitté les toilettes;
- h) le fait que l'appelant se soit immobilisé et se soit retourné juste devant les portes de sortie de la gare.

La discussion entre l'appelant et le sergent MacPhee a augmenté les soupçons du policier, notamment lorsque l'appelant a reconnu avoir acheté son billet à la dernière minute et que son comportement est devenu de plus en plus suspect au fur et à mesure qu'ils parlaient de trafic de stupéfiants — il est devenu « nerveux », agité, distrait, irrité et progressivement

towards panic as Sergeant MacPhee approached his bag. Because Romaine J. properly considered the foregoing evidence in light of the totality of the circumstances, her findings of fact are entitled to deference. Taking a global view of the facts, she concluded (at para. 55):

Most of the facts listed are specific to Mr. Kang-Brown and not merely behaviour that could be said to be common to any traveller. Some of them, such as the “elongated stare”, may be of little weight on their own, but, as a group, they serve to give Sergeant MacPhee the requisite reasonable suspicion necessary to justify an investigative detention. The observations were made by an experienced and trained officer, and had nothing of an impermissible discriminatory nature that could taint them. [Emphasis added.]

[188] This raises an important legal question in this appeal: What grounds were required before the police were reasonably justified in using their sniffer dog in the instant case?

[189] Given that I have found that the appellant had a reasonable expectation of privacy that engaged s. 8, it would not have been reasonable for the police to use a sniffer dog to check his bag if they had no grounds for doing so. The police were investigating the trafficking of illegal drugs. Although the trafficking of illegal drugs via public transportation is a serious problem, no evidence was adduced in this case that would support the random use of a sniffer dog to check the luggage of all bus travellers. As we have seen, however, the police had grounds for using the dog. Were these grounds sufficient in the circumstances of this case?

[190] *Hunter v. Southam* (at pp. 159-60) requires that the privacy interests of individuals be balanced against societal interests. The question we must answer is whether it was reasonably necessary in light of the totality of the circumstances of this case to adopt the highest standard.

[191] The intermediate standard has been applied not only in exigent circumstances, as in *Mann* and

affolé lorsque le sergent MacPhee s’est approché de son sac. Parce que la juge Romaine a considéré à bon droit la preuve qui précède en fonction de l’ensemble des circonstances, ses conclusions de fait commandent la déférence. Prenant les faits de façon globale, elle a conclu (par. 55) :

[TRADUCTION] Les faits énumérés concernent, pour la plupart, M. Kang-Brown et non simplement un comportement susceptible d’être qualifié de commun à tous les voyageurs. Certains de ces faits, comme le « long regard », peuvent avoir peu de poids lorsqu’ils sont pris individuellement, mais collectivement, ils contribuent à susciter chez le sergent MacPhee les soupçons raisonnables requis pour justifier une détention aux fins d’enquête. Les observations émanaient d’un policier expérimenté et qualifié, et n’avaient aucunement une nature discriminatoire inacceptable susceptible de les ternir. [Je souligne.]

[188] Cela soulève une importante question juridique dans le présent pourvoi : Quels motifs devaient avoir les policiers pour être raisonnablement justifiés d’utiliser leur chien renifleur en l’espèce?

[189] Étant donné que j’ai conclu que l’appelant avait une attente raisonnable en matière de vie privée qui faisait intervenir l’art. 8, il n’aurait pas été raisonnable que les policiers utilisent un chien renifleur pour vérifier son sac s’ils n’avaient eu aucun motif de le faire. Les policiers enquêtaient sur le trafic de drogues illicites. Bien que le trafic de drogues illicites au moyen des transports publics soit un problème grave, on n’a produit en l’espèce aucune preuve qui justifierait l’utilisation au hasard d’un chien renifleur pour vérifier les bagages de toutes les personnes qui voyagent en autobus. Toutefois, comme nous l’avons vu, les policiers avaient des motifs d’utiliser le chien en question. Ces motifs étaient-ils suffisants dans les circonstances de la présente affaire?

[190] Selon l’arrêt *Hunter c. Southam* (p. 159-160), le droit à la vie privée des individus doit être soupesé en fonction des intérêts de la société. La question à laquelle nous devons répondre est de savoir si, eu égard à l’ensemble des circonstances de la présente affaire, il était raisonnablement nécessaire d’adopter la norme la plus stricte.

[191] La norme intermédiaire a été appliquée non seulement dans des situations d’urgence comme

*Clayton*, but also where, as in *Dedman*, a lower expectation of privacy is combined with the need to combat serious social problems. In the case at bar, in my view, not only did the appellant have a lower expectation of privacy in the face of a serious social problem, but a number of safeguards were in place that limited the intrusiveness of the use of the sniffer dog. The dog in this case was used in a public place, as opposed to a private residence or a workplace. It could only detect drugs that were identified as posing serious problems. The officers concerned were well trained and experienced, and rather than using the dog routinely or randomly, they used it as a last resort in a progressive investigation that the trial judge found to be completely proper. Armed with a reasonable suspicion, the police used the dog as a minimally intrusive investigative tool. Furthermore, they would not have been able to obtain a warrant, as the appellant's behaviour suggested that he was growing increasingly nervous and was preparing to exit the terminal. In these circumstances, the reasonable suspicion standard constitutes a reasonably necessary, and therefore justifiable, use of police powers because it strikes an appropriate balance between the appellant's reasonable privacy interest and society's interest in interdicting illicit substances carried on public transportation.

[192] The use of sniffer dogs as a law enforcement tool would be neutralized were this Court to require reasonable grounds to believe that evidence of an offence will be discovered before finding their use constitutional. If police officers already have reasonable grounds, they will, *ipso facto*, be engaged in activities that are more intrusive than the use of a sniffer dog, and the only way a sniffer dog might then be useful would be as a means to expedite the search. See K. L. Pollack, "Stretching the *Terry* Doctrine to the Search for Evidence of Crime: Canine Sniffs, State Constitutions, and the Reasonable Suspicion Standard" (1994), 47 *Vand. L. Rev.* 803, at p. 805. Therefore, although a "mere

dans les affaires *Mann* et *Clayton*, mais également lorsque l'attente en matière de vie privée est moindre et qu'il est nécessaire de s'attaquer à des problèmes sociaux graves, comme c'était le cas dans l'affaire *Dedman*. J'estime qu'en l'espèce l'appelant avait non seulement une attente moindre en matière de vie privée face à un grave problème social, mais encore qu'il existait un certain nombre de garanties qui limitaient le caractère envahissant de l'utilisation du chien renifleur. En l'espèce, le chien a été utilisé dans un lieu public plutôt que dans une résidence privée ou dans un lieu de travail. Il ne pouvait détecter que les drogues reconnues comme posant de graves problèmes. Les policiers en cause étaient qualifiés et expérimentés, et au lieu d'utiliser le chien de manière systématique ou au hasard, ils y recouraient en dernier ressort dans le cadre d'une enquête progressive tout à fait adéquate, selon la juge du procès. Les policiers, qui avaient des soupçons raisonnables, ont eu recours au chien en tant qu'outil d'enquête impliquant une atteinte minime. De plus, ils n'auraient pas été en mesure d'obtenir un mandat étant donné qu'il ressortait du comportement de l'appelant que celui-ci devenait de plus en plus nerveux et qu'il se préparait à sortir de la gare. Dans ces circonstances, l'application de la norme des soupçons raisonnables constitue un exercice de pouvoirs policiers raisonnablement nécessaire et donc justifiable du fait qu'il permet d'établir un juste équilibre entre le droit raisonnable de l'appelant à la vie privée et l'intérêt qu'a la société à empêcher que les transports publics servent au trafic de substances illicites.

[192] Les chiens renifleurs deviendraient un outil inefficace pour appliquer la loi si notre Cour devait exiger qu'il y ait des motifs raisonnables de croire que des éléments de preuve établissant l'existence d'une infraction seront découverts pour que l'utilisation de ces chiens soit conforme à la Constitution. Si les policiers ont déjà des motifs raisonnables, ils exerceront par le fait même des activités plus envahissantes que l'utilisation d'un chien renifleur, et la seule utilité que pourrait alors avoir un chien renifleur serait d'accélérer la fouille ou perquisition. Voir K. L. Pollack, « Stretching the *Terry* Doctrine to the Search for Evidence of Crime : Canine Sniffs, State Constitutions, and the Reasonable Suspicion



hunch” will never be sufficient for the purposes of the reasonable suspicion standard, courts must not, in assessing the grounds, be so demanding that this standard becomes a reincarnation of the reasonable grounds to believe standard.

[193] In the United States, numerous state courts have adopted the reasonable suspicion standard for sniffer-dog searches: see, e.g., *People v. Dunn*, 564 N.E.2d 1054 (N.Y. Ct. App. 1990), at p. 1058; *State v. Pellicci*, 580 A.2d 710 (N.H. Sup. Ct. 1990), at pp. 716-17; *McGahan v. State*, 807 P.2d 506 (Alaska Ct. App. 1991), at pp. 510-11; *Commonwealth v. Johnston*, 530 A.2d 74 (Pa. Super. Ct. 1987), at pp. 79-80; W. R. LaFave, *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment* (4th ed. 2004), vol. 1, § 2.2(g), fn. 431 (citing other state decisions in which the reasonable suspicion standard was adopted for sniffer-dog searches). See also *United States v. Place*, at p. 723, *per* Blackmun J. (Marshall J. concurring).

[194] In the case at bar, because the police had a reasonable suspicion that narcotics would be discovered, I find that they were justified in using a sniffer dog to check the appellant’s bag.

### 3.3.2.2 *Evaluation of the Manner in Which the Sniffer-Dog Search Was Conducted*

[195] Having found that the search in this case was justified on the basis of the reasonable suspicion standard and that the police had a reasonable suspicion, I must now determine whether the search was conducted in a reasonable manner.

[196] The police did not, in the context of Operation Jetway, use sniffer dogs randomly at the bus terminal where the appellant was searched. First, they had obtained the permission of the terminal’s management to do so. Second, it is after

Standard » (1994), 47 *Vand. L. Rev.* 803, p. 805. Par conséquent, même si une « simple intuition » ne sera jamais suffisante pour les besoins de la norme des soupçons raisonnables, les tribunaux ne doivent pas, dans leur évaluation des motifs, être exigeants au point de faire de cette norme une réincarnation de la norme des motifs raisonnables de croire.

[193] Aux États-Unis, de nombreux tribunaux des États ont appliqué la norme des soupçons raisonnables aux fouilles ou perquisitions effectuées à l’aide d’un chien renifleur : voir, par exemple, *People v. Dunn*, 564 N.E.2d 1054 (N.Y. Ct. App. 1990), p. 1058; *State v. Pellicci*, 580 A.2d 710 (N.H. Sup. Ct. 1990), p. 716-717; *McGahan v. State*, 807 P.2d 506 (Alaska Ct. App. 1991), p. 510-511; *Commonwealth v. Johnston*, 530 A.2d 74 (Pa. Super. Ct. 1987), p. 79-80; W. R. LaFave, *Search and Seizure : A Treatise on the Fourth Amendment* (4<sup>e</sup> éd. 2004), vol. 1, §2.2g), note en bas de page 431 (où l’on cite d’autres décisions de tribunaux des États dans lesquelles la norme des soupçons raisonnables a été appliquée à des fouilles ou perquisitions effectuées à l’aide d’un chien renifleur). Voir également l’arrêt *United States v. Place*, p. 723, le juge Blackmun (avec l’appui du juge Marshall).

[194] En l’espèce, puisque les policiers avaient des soupçons raisonnables que des stupéfiants seraient découverts, je conclus qu’ils étaient justifiés d’utiliser un chien renifleur pour vérifier le sac de l’appelant.

### 3.3.2.2 *Évaluation de la manière dont la fouille à l’aide d’un chien renifleur a été effectuée*

[195] Après avoir conclu qu’en l’espèce la fouille était justifiée selon la norme des soupçons raisonnables et que les policiers avaient de tels soupçons, je dois maintenant déterminer si la fouille a été effectuée d’une manière non abusive.

[196] Dans le cadre de l’opération Jetway, les policiers n’utilisaient pas des chiens renifleurs au hasard à la gare d’autobus où l’appelant a été fouillé. Ils avaient plutôt été autorisés à le faire par la direction de la gare; de plus, ce n’est qu’après

having observed the appellant in this public place that the police determined that he was a person of interest. The trial judge found their questioning of the appellant to be entirely appropriate. Only after Sergeant MacPhee's reasonable suspicion was sufficiently aroused did he signal for the sniffer dog to approach.

[197] In this case, the dog could not have been more passive or less intrusive in her work. All she did to give a positive indication of the presence of narcotics was to sit down. I therefore have no difficulty in concluding, based on the record, that the sniffer-dog search was conducted in a reasonable manner.

[198] As in the case considered by Fish J.A. (as he then was) in *R. v. Murray* (1999), 136 C.C.C. (3d) 197 (Que. C.A.), in light of the totality of the circumstances, the police in the case at bar made limited and prudent use of a law enforcement tool that was available to them. This demonstrates that potentially valuable police tools such as roadblocks (as in *Murray*) and sniffer dogs (as in this case) can be restricted to constitutionally valid uses. A ban is not warranted.

[199] Accordingly, it is my view that the use of the sniffer dog in this case was a justifiable use of police powers associated with investigating and preventing drug trafficking at a public bus terminal, and was in full compliance with s. 8 of the *Charter*.

### 3.3.2.3 *Subsequent Physical Search of the Appellant's Bag*

[200] It is clear from the evidence of the high accuracy rate of the dog in question that its positive indication of the presence of narcotics provided the police with reasonable grounds to arrest the appellant and to search his bag by hand in a search incidental to arrest. Therefore, the appellant's s. 8 rights were not infringed in this case.

avoir observé l'appellant dans ce lieu public que les policiers ont jugé que ce dernier présentait un intérêt. La juge du procès a estimé que leur interrogatoire de l'appellant était tout à fait approprié. Ce n'est qu'après qu'il a eu suffisamment de soupçons raisonnables que le sergent MacPhee a fait signe d'amener le chien renifleur.

[197] Dans la présente affaire, le chien n'aurait pas pu faire son travail de façon plus passive ou moins envahissante. Pour indiquer la présence de stupéfiants, il se mettait simplement en position assise. Je n'ai donc aucune hésitation à conclure, sur le fondement du dossier, que la fouille à l'aide du chien renifleur a été effectuée d'une manière non abusive.

[198] Comme dans l'affaire *R. c. Murray* (1999), 136 C.C.C. (3d) 197 (C.A. Qué.), examinée par le juge Fish (maintenant juge de notre Cour), les policiers en l'espèce ont, compte tenu de l'ensemble des circonstances, fait un usage limité et prudent d'un outil d'application de la loi dont ils disposaient. Cela démontre qu'il est possible d'exiger que des mesures susceptibles d'être très utiles aux policiers — tels les barrages routiers (comme dans l'affaire *Murray*) et les chiens renifleurs (comme en l'espèce) — ne soient prises que d'une manière conforme à la Constitution. Une interdiction n'est pas justifiée.

[199] Je suis donc d'avis qu'en l'espèce l'utilisation du chien renifleur constituait un exercice justifiable des pouvoirs policiers liés à la fonction d'enquête et de prévention du trafic de stupéfiants dans une gare d'autobus et qu'elle était tout à fait conforme à l'art. 8 de la *Charte*.

### 3.3.2.3 *Fouille subséquente du sac de l'appellant*

[200] Il ressort de la preuve du taux de fiabilité élevé du chien en question que le fait qu'il a indiqué la présence de stupéfiants a donné aux policiers des motifs raisonnables d'arrêter l'appellant et de fouiller manuellement son sac dans le cadre d'une fouille accessoire à son arrestation. Par conséquent, les droits que l'art. 8 garantit à l'appellant n'ont pas été violés en l'espèce.

3.3.2.4 *Additional Comments*

[201] I have had the benefit of reading the reasons of Binnie J., which invite the following comments.

[202] First, in determining whether the police in the instant case had the reasonable suspicion they needed to search the suspect, he deconstructs the evidence in microscopic detail, piece by piece and stage by stage. Breaking the conduct of the police down by stages to determine whether each piece of evidence is relevant or probative instead of considering the evidence as a whole as it naturally unfolded results in an artificial analysis. In my view, this recasting of the facts neither accurately nor fairly reflects the totality of the facts and circumstances confronted by the police in this case.

[203] Second, by deconstructing the evidence through an artificial stage-by-stage analysis, Binnie J. intervenes not only in the trial judge's legal approach, but also in her findings of fact: see in particular the comment quoted above from para. 55 of Romaine J.'s reasons. Binnie J. offers no justification for either his reinterpretation of the evidence adduced at trial or his direct contradiction of Romaine J.'s findings of fact. In my view, deconstructing the evidence in this way is improper.

[204] Moreover, the mention, at para. 81 of Justice Binnie's reasons, that the dog "‘alerted’ to the appellant as he alighted" is problematic for two reasons: first, it is not properly before this Court (Sergeant MacPhee testified that he did not recall being made aware of this fact, and the trial judge made no finding on the matter) and, second, it amounts to a veiled attempt both to impugn the conduct of the police officers in this case and to criticize Operation Jetway in its entirety. This exceeds the scope of this Court's jurisdiction in the instant case.

[205] Finally, the stage-by-stage reinterpretation — and ultimate rejection — of the evidence in

3.3.2.4 *Commentaires additionnels*

[201] J'ai pris connaissance des motifs du juge Binnie, ce qui m'incite à faire les commentaires suivants.

[202] Premièrement, pour déterminer si, en l'espèce, les policiers avaient les soupçons raisonnables requis pour fouiller le suspect, il déconstruit la preuve pour la réduire en pièces microscopiques et il en analyse individuellement chaque élément et chaque étape. Le fait de diviser par étapes le comportement des policiers pour décider si chaque élément de preuve est pertinent ou probant, au lieu d'examiner l'ensemble de la preuve au fur et à mesure qu'elle s'est formée naturellement, rend l'analyse artificielle. J'estime que ce remaniement des faits ne reflète ni exactement ni équitablement l'ensemble des faits et des circonstances auquel les policiers faisaient face en l'espèce.

[203] Deuxièmement, en déconstruisant la preuve au moyen d'une analyse artificielle de chaque étape, le juge Binnie modifie non seulement l'approche juridique de la juge du procès, mais encore ses conclusions de fait : voir notamment le commentaire précité tiré du par. 55 des motifs de la juge Romaine. Le juge Binnie ne fournit aucune justification de sa réinterprétation de la preuve présentée au procès ni de sa contradiction directe des conclusions de fait de la juge Romaine. J'estime qu'il ne convient pas de déconstruire ainsi la preuve.

[204] De plus, l'allégation, mentionnée au par. 81 des motifs du juge Binnie, que le chien « a "éveillé l'attention" sur l'appelant au moment où il descendait » est problématique pour deux raisons : premièrement, elle est irrecevable devant notre Cour (le sergent MacPhee ayant témoigné qu'il ne se souvenait pas d'avoir pris connaissance de ce fait, et la juge du procès n'ayant tiré aucune conclusion à cet égard) et, deuxièmement, elle constitue une tentative dissimulée de jeter le doute sur le comportement des policiers en l'espèce et de critiquer l'ensemble de l'opération Jetway. Cela outrepassse la compétence de notre Cour en l'espèce.

[205] Enfin, la réinterprétation étape par étape — et le rejet en fin de compte — de la preuve soumise

this case implies that the evidentiary requirements for meeting the reasonable suspicion standard are so high that this standard is equivalent to that of reasonable grounds to believe, and is accordingly redundant. Not only does this conflation of legal standards do little to clarify the law, but its effect promises to be that the police will have even less certainty regarding the proper use of sniffer dogs. I cannot imagine a fact situation that would, on Binnie J.'s analysis, while satisfying the evidentiary requirements for reasonable suspicion, fail to satisfy the requirements for reasonable grounds to believe. Consequently, the inevitable implication of his approach is to tilt the balance between individual and societal interests in favour of individuals regardless of whether doing so is justifiable.

### 3.4 *Application of Section 24(2)*

[206] It is not necessary to consider excluding the evidence under s. 24(2) of the *Charter*, since no infringement of a *Charter* right has been established.

## 4. Disposition

[207] The police depend on sniffer dogs to detect explosives at airports, drugs in public places and fugitives from justice. They cannot be expected to succeed in discharging their duty to prevent crimes as serious as the ones involved in such situations without the assistance of investigative tools like sniffer dogs. Drug traffickers have shown that there are no limits to their imagination when it comes to concealing hard drugs, whose odours are often imperceptible to humans, and then spiriting them across international borders and across the country. One of the most effective tools for detecting such substances is the sniffer dog, and this is why sniffer dogs have been used, and used successfully, for decades in this country. However, as I stated at the outset of these reasons, the effectiveness of a law enforcement tool is only one of many factors to be considered in determining whether its use is constitutional. It is this Court's responsibility to

en l'espèce laisse entendre que les exigences en matière de preuve auxquelles il faut satisfaire pour respecter la norme des soupçons raisonnables sont si élevées que cette norme équivaut à celle des motifs raisonnables de croire et est donc redondante. Non seulement cette fusion de normes juridiques contribue peu à clarifier le droit, mais encore elle permet de croire que les policiers seront alors encore moins certains de l'utilisation qu'ils peuvent faire des chiens renifleurs. Je ne vois pas quels faits pourraient, selon l'analyse du juge Binnie, satisfaire à la norme des soupçons raisonnables et, en même temps, ne pas satisfaire à celle des motifs raisonnables de croire. Son approche a donc pour conséquence inévitable de créer, entre les intérêts des individus et ceux de la société, un déséquilibre en faveur des individus peu importe que ce soit justifiable ou non.

### 3.4 *Application du par. 24(2)*

[206] Il n'est pas nécessaire, en l'espèce, d'examiner la question de l'exclusion de la preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*, étant donné que l'existence d'une violation d'un droit garanti par la *Charte* n'a pas été établie.

## 4. Dispositif

[207] Les policiers ont besoin des chiens renifleurs pour détecter les explosifs dans les aéroports et les drogues dans les endroits publics, de même que pour trouver les personnes qui fuient la justice. On ne peut s'attendre à ce qu'ils réussissent à s'acquitter de leur devoir de prévenir des crimes graves comme ceux dont il est question dans ces cas sans utiliser des outils d'enquête comme les chiens renifleurs. Les trafiquants de drogue ont démontré que leur imagination ne connaît pas de limites lorsqu'il s'agit de dissimuler des drogues dures, dont les odeurs sont souvent imperceptibles aux humains, pour les faire passer en contrebande et les faire circuler à travers le pays. Le chien renifleur est l'un des outils les plus efficaces pour détecter ces substances, et c'est pour cette raison qu'il est utilisé — et ce, avec succès — depuis des décennies dans notre pays. Toutefois, comme je l'ai fait remarquer au début des présents motifs, l'efficacité d'un outil

provide guidance on the permissible uses of such tools in particular contexts and circumstances.

[208] Where, as in the instant case, a common law police power is in issue, this Court is responsible for providing guidance to the lower courts and the police on the lawful uses of tools such as sniffer dogs. Parliament may choose at any time to enact legislation to more precisely delimit the valid uses of sniffer dogs. Any such legislation would, in the event that the matter was brought before this Court, be subject to review by the Court to ensure that it is consistent with the *Charter*. However, in the intervening time — months, and likely years —, the police need legal guidance on the permissible uses of sniffer dogs. For the Court to decline to provide such guidance at this time entails grave risks. On the one hand, if there is excessive ambiguity concerning the permissible use of sniffer dogs, law enforcement authorities may take an overly cautious approach by failing to employ sniffer dogs where their use would be critically important and constitutionally valid. On the other hand, an overly aggressive use of sniffer dogs risks infringing the constitutionally protected privacy interests of an unknown, and potentially unlimited, number of individuals.

[209] Sniffer dogs have many uses in many different contexts. In each case, it is first necessary to determine whether the accused had a reasonable expectation of privacy in light of the totality of the circumstances. If the accused had a reasonable expectation of privacy that engaged s. 8 of the *Charter*, the court must then determine, based on the *Waterfield* test, what grounds were required for the use of the dog to be authorized. If the standard is met, then the final requirement under s. 8 is that the dog be used in a reasonable manner.

d'application de la loi n'est que l'un des nombreux facteurs qui doivent être considérés pour déterminer la constitutionnalité de son utilisation. Il incombe à notre Cour de donner des indications sur les usages qui peuvent être faits de tels outils dans certains contextes et circonstances.

[208] Lorsque, comme en l'espèce, il est question d'un pouvoir policier conféré par la common law, il incombe à notre Cour de donner aux tribunaux d'instance inférieure et aux policiers des indications sur les utilisations légitimes qui peuvent être faites d'outils comme les chiens renifleurs. Le législateur peut en tout temps choisir d'adopter une mesure législative destinée à délimiter plus précisément les utilisations qui peuvent être faites des chiens renifleurs. Si une telle mesure était soumise à l'appréciation de notre Cour, elle ferait alors l'objet d'un contrôle destiné à en assurer la conformité à la *Charte*. Toutefois, d'ici là au cours des mois et probablement des années qui vont suivre, les policiers ont besoin de repères juridiques sur les utilisations acceptables des chiens renifleurs. Le refus de la Cour de fournir maintenant de tels repères comporterait de graves risques. D'une part, s'il y a trop d'ambiguïté au sujet de l'utilisation acceptable des chiens renifleurs, les autorités chargées d'appliquer la loi risqueront de faire montre de prudence excessive en omettant de recourir à ces chiens dans des cas où leur utilisation aurait une importance cruciale et serait conforme à la Constitution. D'autre part, le recours trop agressif à des chiens renifleurs risque de porter atteinte aux droits constitutionnels à la vie privée d'un nombre indéterminé et potentiellement illimité d'individus.

[209] Les chiens renifleurs sont utilisés de maintes façons dans de nombreux contextes différents. Dans chaque cas, il est d'abord nécessaire de déterminer si l'accusé avait une attente raisonnable en matière de vie privée eu égard à l'ensemble des circonstances. Si l'accusé avait une attente raisonnable en matière de vie privée qui faisait intervenir l'art. 8 de la *Charte*, le tribunal doit alors déterminer, selon la grille d'analyse de *Waterfield*, quels motifs étaient requis pour que l'utilisation du chien soit permise. Si la norme est respectée, l'art. 8 exige enfin que le chien soit utilisé de manière non abusive.



[210] In the circumstances of this case, I have found that the appellant had a reasonable expectation of privacy that engaged s. 8 of the *Charter*. I have concluded that the standard to be met by the police was a reasonable suspicion that evidence of an offence would be discovered. Given that the police had a reasonable suspicion that such evidence would be discovered, and given that the search was conducted in a reasonable manner, I conclude that s. 8 of the *Charter* was not infringed.

[211] Because I have found that the appellant's right under s. 8 of the *Charter* to be secure against unreasonable search or seizure was not infringed in the circumstances of this case, I would dismiss the appeal and affirm the convictions.

The following are the reasons delivered by

[212] BASTARACHE J. (dissenting) — The appellant, Gurmakh Kang-Brown, has been found guilty of possession of heroin and possession of cocaine for the purpose of trafficking. The illicit drugs were discovered after Kang-Brown's bag was sniffed by a police dog trained in drug identification at a bus terminal in Calgary. The issue raised before this Court is whether the dog sniff constituted an unreasonable search under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, if so, whether the drugs discovered pursuant to that search ought to have been excluded as evidence at Kang-Brown's trial.

[213] I have read the respective reasons of my colleagues Binnie, LeBel and Deschamps JJ. and, with respect, I cannot agree with any of them on both this appeal and the accompanying case of *R. v. A.M.*, [2008] 1 S.C.R. 569, 2008 SCC 19. In my view, the important role that sniffer dogs play in the prevention and deterrence of crime must be considered when assessing appropriate use of these animals by law enforcement officers. Although it

[210] Dans les circonstances de la présente affaire, j'ai conclu que l'appellant avait une attente raisonnable en matière de vie privée qui faisait intervenir l'art. 8 de la *Charte*. J'ai estimé que la norme à laquelle devaient satisfaire les policiers était celle des soupçons raisonnables que des éléments de preuve établissant l'existence d'une infraction seraient découverts. Étant donné que les policiers avaient des soupçons raisonnables que de tels éléments de preuve seraient découverts et que la fouille a été effectuée d'une manière non abusive, je conclus qu'il n'y pas eu de violation de l'art. 8 de la *Charte*.

[211] Étant donné que j'ai conclu que, dans les circonstances de la présente affaire, il n'y a pas eu d'atteinte au droit de l'appellant à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte*, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer les déclarations de culpabilité.

Version française des motifs rendus par

[212] LE JUGE BASTARACHE (dissident) — L'appellant, M. Gurmakh Kang-Brown, a été reconnu coupable de possession d'héroïne et de possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic. Ces drogues illicites ont été découvertes après qu'un chien policier dressé à détecter des drogues ait reniflé le sac de M. Kang-Brown dans une gare d'autobus de Calgary. En l'espèce, notre Cour est appelée à décider si l'intervention du chien renifleur constituait une fouille abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, si les drogues découvertes grâce à cette fouille auraient dû être écartées de la preuve au procès de M. Kang-Brown.

[213] J'ai lu les motifs respectifs de mes collègues les juges Binnie, LeBel et Deschamps dans le présent pourvoi et dans le pourvoi connexe *R. c. A.M.*, [2008] 1 R.C.S. 569, 2008 CSC 19, mais, en toute déférence, je ne puis y souscrire. Il faut, selon moi, tenir compte du rôle important que les chiens renifleurs jouent en matière de prévention et de dissuasion du crime lorsqu'il s'agit d'évaluer l'utilisation que peuvent en faire les policiers. Bien qu'il

is preferable that Parliament provide some specific rules respecting when and how sniffer dogs ought to be employed by police, the absence of legislative direction on this issue makes it necessary for common law principles relating to search and seizure to be applied by the courts. I agree with Binnie and Deschamps JJ. that the common law allows use of sniffer dogs where there is a reasonable suspicion of illegal activity involving drugs.

[214] In my view, however, it is sufficient, under certain conditions, in the context of both public bus terminals and schools, that this reasonable suspicion be of a generalized nature. Thus, where reasonably informed passengers and students would be aware that they may be subject to a sniffer-dog search while on the relevant premises, it is not necessary that police have a reasonable suspicion relating to a specific individual in order for the use of sniffer dogs to be permissible. Allowing dogs to be used, in some circumstances, as part of a random and comprehensive search ensures that inappropriate profiling and targeting does not occur in order to justify individualized suspicion and recognizes the significant role sniffer dogs can have at preventing and deterring drug trafficking. This kind of search is consistent with s. 8 of the *Charter* in some locations, including in airports, public bus and train depots, and in schools.

[215] In my view, the search in this case did not infringe the appellant's *Charter* right against unreasonable search and seizure. Despite the fact that Kang-Brown did have a reasonable expectation of privacy in his luggage, the police proceeded after they had established a reasonable suspicion that he was carrying illicit substances. Although the police in this case based their search on individualized suspicion, it would have been equally permissible for them to use sniffer dogs to search the luggage of *all* of the passengers at the Greyhound station that day, providing that (a) the police had a reasonable suspicion that drug activity might be occurring at

soit préférable que le législateur établisse des règles particulières sur la question de savoir quand et comment les policiers devraient recourir aux chiens renifleurs, il faut, en l'absence de telles directives de la part du législateur, que les tribunaux appliquent les principes de common law en matière de fouilles, de perquisitions et de saisies. Je conviens avec les juges Binnie et Deschamps que la common law permet le recours aux chiens renifleurs lorsqu'il y a des soupçons raisonnables qu'une activité illégale liée à des drogues est exercée.

[214] Toutefois, j'estime que, dans le contexte des gares d'autobus et des écoles, il suffit, sous réserve de certaines conditions, que les soupçons raisonnables soient de nature générale. Donc, dans le cas où des passagers ou des élèves raisonnablement bien informés sauraient qu'ils risquent de faire l'objet d'une fouille à l'aide d'un chien renifleur lorsqu'ils se trouvent aux endroits pertinents, il n'est pas nécessaire que les policiers aient des soupçons raisonnables au sujet d'un individu particulier pour que leur recours à des chiens renifleurs soit acceptable. En permettant dans certains cas que des chiens soient utilisés dans le cadre d'une fouille générale effectuée au hasard, on évite le profilage et le ciblage inappropriés qui ont pour but de justifier des soupçons précis, et on reconnaît l'important rôle de prévention et de dissuasion que les chiens renifleurs peuvent jouer en matière de trafic de stupéfiants. Une fouille de cette nature est conforme à l'art. 8 de la *Charte* lorsqu'elle est effectuée à certains endroits comme les aéroports, les gares d'autobus, les gares ferroviaires et les écoles.

[215] À mon avis, la fouille en l'espèce n'a pas porté atteinte au droit que la *Charte* garantit à l'appelant contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives. Même si M. Kang-Brown avait une attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard de ses bagages, les policiers ont agi après avoir eu des soupçons raisonnables qu'il transportait des substances illicites. Bien qu'en l'espèce les policiers aient effectué la fouille sur la foi de soupçons précis, ils auraient tout aussi bien pu utiliser des chiens renifleurs pour fouiller les bagages de *tous* les passagers se trouvant dans la gare Greyhound ce jour-là, pourvu a) qu'ils aient eu des soupçons

the terminal; and (b) reasonably informed passengers were aware of the fact that their baggage may be subject to a sniffer-dog search.

[216] The search against the appellant was reasonable within the meaning of s. 8 of the *Charter*, and the evidence was thus correctly admitted by the trial judge. I would therefore dismiss his appeal from conviction.

### I. Facts

[217] The specific facts of this case are outlined in detail in the decision of the trial judge ((2005), 386 A.R. 48, 2005 ABQB 608, at paras. 2-30), and I will not repeat them in their entirety here. For the purposes of these reasons, it is sufficient to note that the appellant was spotted by an undercover RCMP officer as he disembarked a Greyhound bus at the Calgary bus terminal. After the appellant and the officer locked eyes on several occasions, Kang-Brown was approached. The officer identified himself as a member of the RCMP and told Kang-Brown that he was free to leave at any time. When Kang-Brown refused to allow the officer to search his bag after a request to do so, a second officer approached with a dog trained to detect drugs. The dog sniffed the bag and signalled to his handler that drugs were present. Kang-Brown was subsequently arrested and the bag searched, revealing 17 ounces of cocaine. The appellant was also carrying a small mint container containing heroine, which he gave to the officers upon arrest.

[218] The officers in this case were operating as part of the Jetway project. Jetway is a national RCMP initiative that involves undercover officers monitoring travellers in airports and bus and train stations in order to identify and arrest those carrying drugs, explosives, weapons, or other contraband. The program was established in 1997 and trains officers to identify individuals exhibiting

raisonnables qu'une activité liée à la drogue pouvait avoir lieu dans la gare, et b) que des passagers raisonnablement bien informés aient su que leurs bagages pouvaient faire l'objet d'une fouille à l'aide d'un chien renifleur.

[216] La fouille dont a fait l'objet l'appelant n'était pas abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte* et c'est donc à bon droit que la juge du procès a admis la preuve ainsi recueillie. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi que l'appelant a formé contre sa déclaration de culpabilité.

### I. Les faits

[217] Les faits de la présente affaire sont exposés en détail dans la décision de la juge du procès ((2005), 386 A.R. 48, 2005 ABQB 608, par. 2-30) et je ne les reprendrai pas en entier ici. Pour les besoins des présents motifs, il suffit de souligner qu'un agent de la GRC, habillé en civil, a remarqué l'appelant au moment où il descendait d'un autobus Greyhound à la gare d'autobus de Calgary. Le policier a abordé M. Kang-Brown après que ceux-ci eurent échangé des regards à plusieurs reprises. Le policier s'est présenté comme étant un agent de la GRC et a dit à M. Kang-Brown qu'il était libre de partir en tout temps. Lorsque M. Kang-Brown a refusé de permettre au policier de fouiller son sac après que celui-ci lui en ait fait la demande, un deuxième policier s'est approché avec un chien dressé à détecter des drogues. Le chien a reniflé le sac et a indiqué la présence de drogues à son maître. Monsieur Kang-Brown a ensuite été arrêté et une fouille de son sac a permis de découvrir 17 onces de cocaïne. L'appelant transportait également un petit contenant de pastilles à la menthe qui renfermait de l'héroïne et qu'il a remis aux policiers au moment de son arrestation.

[218] Dans la présente affaire, les policiers participaient à l'opération Jetway, qui est un programme national de la GRC dans le cadre duquel des policiers habillés en civil surveillent les voyageurs dans les aéroports, les gares d'autobus et les gares ferroviaires en vue de repérer et d'arrêter les personnes qui transportent de la drogue, des explosifs, des armes ou d'autres marchandises de contrebande.

behaviours which are inconsistent with those of the normal travelling public, including nervousness, avoidance, “rubbernecking”, or elongated stares. When a suspicious individual is identified by an undercover Jetway officer, he or she is approached with the aim of creating a consensual encounter and a consensual search of his or her belongings. Individuals who are approached are told that they are speaking with an officer and that they are free to leave at any time. As this case demonstrates, a sniffer dog may also be used as part of the Jetway process. If the accumulated information leads the officers to believe that there are sufficient grounds for arrest, they do so and then search the suspect’s luggage.

## II. Analysis

[219] Law enforcement officers have been aided by the canine’s keen sense of smell for many years. Evidence in this case indicates that sniffer dogs are currently used by police to detect explosives, to track human scents, to locate human remains, and to identify accelerants frequently used for arson. They are also, of course, used to detect the odour of prohibited substances, including many types of narcotics.

[220] The dog used in this case, Chevy, exemplifies the incredible advantages of using these animals to aid in the detection of illicit substances. Chevy is trained to detect marijuana, cannabis resin, methamphetamine, opium, heroin, psilocybin (magic mushrooms), cocaine and crack cocaine. When she detects one of these substances, she sits down, a signal which her officer-handler is trained to recognize as an “alert” that the odour of drugs has been detected. Chevy’s success rate is estimated to be between 90 and 92 percent, meaning that when she indicates that she has smelt drugs she is in all likelihood correct. Chevy is not alone with this high degree of accuracy — the trial judge found that a sniffer dog’s signal that drugs have been detected

Le programme établi en 1997 consiste à former des policiers à déceler les comportements inhabituels de certains voyageurs, dont les signes de nervosité, les gestes furtifs, les « regards vers l’arrière » ou les longs regards. Lorsqu’un policier en civil qui participe à l’opération Jetway repère un individu suspect, il aborde l’individu en question dans le but de l’amener à engager librement la conversation et à consentir à une fouille de ses effets personnels. Les individus abordés sont informés qu’ils s’adressent à un policier et qu’ils sont libres de partir en tout temps. Comme le démontre la présente affaire, il se peut également qu’un chien renifleur soit utilisé au cours de ce processus. Si les renseignements recueillis amènent les policiers à croire qu’il existe des motifs suffisants de procéder à une arrestation, ils le font et ils fouillent ensuite les bagages du suspect.

## II. Analyse

[219] Les policiers comptent depuis de nombreuses années sur l’odorat très développé des chiens pour les assister dans leur travail. La preuve en l’espèce indique que, de nos jours, les policiers recourent aux chiens renifleurs pour localiser des restes humains et pour détecter des explosifs, des odeurs humaines ainsi que des accélérateurs souvent utilisés pour allumer des incendies criminels. Bien sûr, les chiens renifleurs sont également utilisés pour détecter l’odeur de substances prohibées, dont celle de nombreux types de stupéfiants.

[220] Chevy, le chien qui a été utilisé en l’espèce, illustre bien les avantages incroyables que comporte le recours à ces animaux pour déceler les substances illicites. Chevy est dressé pour détecter la marijuana, la résine de cannabis, la méthamphétamine, l’opium, l’héroïne, la psilocybine (champignons magiques), la cocaïne et le crack. Lorsqu’il détecte l’une de ces substances, il se met en position assise, ce qui pour le maître-chien « indique » que l’animal a flairé une drogue. Le taux de réussite estimatif de Chevy est de 90 à 92 pour 100, ce qui signifie qu’il a fort probablement raison lorsqu’il indique qu’il a flairé une drogue. Chevy n’est pas le seul chien à faire montre d’une si grande fiabilité — la juge du procès a conclu que le signal que donne

is reliable over 92 percent of the time. It is thus clear that a well-trained sniffer dog is an incredibly powerful and reliable tool in the battle to control trafficking of illicit substances, and it is not surprising that they are widely used in Canada and elsewhere.

[221] This does not mean, however, that it is appropriate or desirable for police to use dogs as part of their investigatory process in a completely unregulated manner. Many decisions must be made about when and how dogs ought to be used in law enforcement, and both the public and the police are entitled to know how these animals can and will be used in Canada. This direction is best provided by Parliament, which is able to create a wholistic and harmonious scheme for the use of sniffer dogs in this country. Courts, on the other hand, are ill equipped to deal with the multitude of issues arising from the use of sniffer dogs. Not only are judges restricted to considering the issues and factual scenarios placed directly before them by specific parties (and therefore unable to create a wholistic scheme regulating the use of dogs generally); they also do not have access to the expertise necessary to determine what type of training sniffer dogs should receive or what degree of accuracy they should have in order to be deemed “reliable”. Courts are also poorly positioned to determine when dogs should be used on bags as opposed to persons, when a warrant ought to be obtained prior to use of the dogs, and what form notice must take when sniffer dogs are used in a generalized way. All of these important decisions are best left to Parliament, which can study the various aspects of sniffer-dog use and craft policies suited for the Canadian context, in which *Charter* rights must be carefully balanced against the need for effective law enforcement.

un chien renifleur pour indiquer qu’il a détecté des drogues est fiable plus de 92 pour 100 du temps. Il est donc évident qu’un chien renifleur bien dressé est un outil extrêmement puissant et fiable dans la lutte contre le trafic de substances illicites, et il n’est pas étonnant que le recours à ces chiens soit si répandu au Canada et ailleurs.

[221] Toutefois, cela ne signifie pas qu’il est approprié ou souhaitable que les policiers utilisent des chiens dans leurs enquêtes sans être assujettis à des règles. De nombreuses décisions doivent être prises quant à savoir quand et comment des chiens devraient être utilisés pour appliquer la loi, et tant la population que les policiers sont en droit de savoir de quelle façon ces animaux peuvent être et seront utilisés au Canada. Il est préférable que ces directives soient données par le législateur, qui est en mesure d’établir un régime global et cohérent applicable à l’utilisation des chiens renifleurs dans notre pays. Les tribunaux, pour leur part, ne sont pas en mesure de régler la multitude de questions soulevées par l’utilisation des chiens renifleurs. Non seulement les juges doivent-ils se contenter d’examiner les questions et les faits qui leur sont directement soumis par les parties à un recours (et ne sont donc pas en mesure d’établir un régime global applicable à l’utilisation des chiens renifleurs en général), mais encore ils n’ont pas accès à l’expertise nécessaire pour déterminer comment les chiens renifleurs devraient être dressés et quel devrait être leur taux de réussite pour qu’ils soient jugés « fiables ». Les tribunaux sont également mal placés pour décider quels chiens devraient être utilisés pour fouiller des sacs par opposition à des personnes, dans les cas où un mandat autorisant leur utilisation devrait être obtenu, et quelle forme de préavis doit être donné en cas d’utilisation généralisée des chiens renifleurs. Il est préférable que toutes ces décisions importantes soient prises par le législateur, qui est en mesure d’étudier les différents aspects de l’utilisation d’un chien renifleur et de concevoir des politiques adaptées au contexte canadien, dans lequel les droits garantis par la *Charte* doivent être soigneusement soupesés en fonction de la nécessité d’appliquer efficacement la loi.



[222] Unfortunately, Parliament has remained silent on the use of sniffer dogs, and the courts must therefore evaluate police use of this tool, absent any statutory direction from this country's policy makers.

[223] The first issue which must be considered is whether the use of a sniffer dog constitutes a "search" within the meaning of s. 8 of the *Charter*. A state action is only considered a "search" if it invades a reasonable expectation of privacy (*R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8, at para. 11), and the first stage of the inquiry therefore focuses on whether or not such an expectation was present.

[224] The second issue is whether the police action constituted an "unreasonable intrusion on that right to privacy" (*R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, at para. 33). A search will be deemed reasonable where it was authorized by law and carried out in a reasonable manner (*R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 278). The appropriate framework for determining whether a particular police technique is authorized under the common law was reiterated in the recent case of *R. v. Clayton*, [2007] 2 S.C.R. 725, 2007 SCC 32. There, the majority of this Court endorsed the finding of the Ontario Court of Appeal:

Where the prosecution relies on the ancillary power doctrine [common law] to justify police conduct that interferes with individual liberties, a two-pronged case-specific inquiry must be made. First, the prosecution must demonstrate that the police were acting in the exercise of a lawful duty when they engaged in the conduct in issue. Second, and in addition to showing that the police were acting in the course of their duty, the prosecution must demonstrate that the impugned conduct amounted to a justifiable use of police powers associated with that duty . . . [para. 22]

[225] The Court in *Clayton* went on to emphasize earlier findings that the assessment of whether a police action can be justified requires careful balancing "between preventing excessive intrusions on an individual's liberty and privacy, and enabling the police to do what is reasonably necessary to

[222] Malheureusement, le législateur est resté muet sur la question de l'utilisation des chiens renifleurs, et les tribunaux doivent donc, en l'absence de directives législatives, évaluer l'utilisation que les policiers font de cet outil.

[223] La première question qui doit être examinée est de savoir si l'utilisation d'un chien renifleur constitue une « fouille » au sens de l'art. 8 de la *Charte*. On considère qu'un acte de l'État constitue une « fouille » ou « perquisition » uniquement s'il a pour effet de déjouer une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée (*R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8, par. 11), et la première étape de l'examen porte donc sur la question de savoir si une telle attente existait.

[224] La deuxième question qui se pose est de savoir si la mesure policière constituait une « atteinte abusive à ce droit à la vie privée » (*R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, par. 33). Une fouille sera jugée non abusive si elle était autorisée par la loi et si elle n'a pas été effectuée d'une manière abusive (*R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 278). Le cadre d'analyse approprié pour déterminer si une technique policière particulière est autorisée en common law a été exposé de nouveau dans l'arrêt récent *R. c. Clayton*, [2007] 2 R.C.S. 725, 2007 CSC 32. Dans cet arrêt, les juges majoritaires de notre Cour ont souscrit à la conclusion suivante de la Cour d'appel de l'Ontario :

[TRADUCTION] Lorsque la poursuite invoque la doctrine des pouvoirs accessoires [de la common law] pour justifier une atteinte policière aux libertés individuelles, une analyse en deux étapes fondée sur les faits s'impose. Premièrement, la poursuite doit démontrer que le policier a agi dans l'exercice d'une fonction légitime. Deuxièmement, après avoir démontré que le policier a agi dans l'exercice de sa fonction, la poursuite doit établir que l'acte reproché équivaut à un exercice justifiable du pouvoir policier lié à cette fonction . . . [par. 22]

[225] Dans l'arrêt *Clayton*, la Cour a ensuite mis l'accent sur des conclusions antérieures voulant que, pour déterminer si une mesure policière est justifiable, il faille prendre soin d'établir un juste équilibre « entre la prévention de l'atteinte injustifiée à la liberté et à la vie privée d'une personne et l'octroi

perform their duties in protecting the public”: para. 26, citing *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2. Factors to be considered in this balancing include the importance of the police duty to the public good, the liberty interfered with, and the nature and extent of the interference: para. 25, citing *R. v. Godoy*, [1999] 1 S.C.R. 311, at para. 18.

A) *Reasonable Expectation of Privacy*

[226] Establishing the existence of a reasonable expectation of privacy requires an assessment of “the totality of the circumstances” (*R. v. Tessling*, [2004] 3 S.C.R. 432, 2004 SCC 67, at para. 19; *Edwards*, at para. 31), and the specific factors to be considered must be tailored to the particular case (*Tessling*, at para. 31).

[227] In my view, the circumstances of this case support a finding that the appellant had a reasonable, but limited, expectation of privacy in his luggage at the time the dog sniff occurred. A subjective expectation of privacy is evidenced by the protective manner in which the appellant carried his bag and his refusal to allow a voluntary search to occur. From an objective perspective, it is significant that the odour identified by the dog was not accessible to humans and that its detection provided immediate information about the *contents* of the appellant’s luggage. This Court has held that informational privacy protects “a biographical core of personal information which individuals in a free and democratic society would wish to maintain and control from dissemination to the state. This would include information which tends to reveal intimate details of the lifestyle and personal choices of the individual”: *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, at p. 293. The information collected about the contents of the appellant’s bag falls within this biographical core, and both a subjective and objective expectation of privacy have thus been established.

aux policiers de pouvoirs raisonnablement nécessaires à la protection des citoyens » : par. 26, où l’on cite l’arrêt *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2. Les facteurs dont il faut tenir compte pour établir cet équilibre sont notamment l’importance que le devoir du policier présente pour l’intérêt public, la liberté à laquelle il est porté atteinte, ainsi que la nature et l’étendue de cette atteinte : par. 25, où l’on cite l’arrêt *R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311, par. 18.

A) *L’attente raisonnable en matière de vie privée*

[226] Pour établir l’existence d’une attente raisonnable en matière de vie privée, il faut évaluer « l’ensemble des circonstances » (*R. c. Tessling*, [2004] 3 R.C.S. 432, 2004 CSC 67, par. 19; *Edwards*, par. 31), et les facteurs particuliers dont il faut tenir compte doivent être adaptés aux circonstances de l’affaire en cause (*Tessling*, par. 31).

[227] À mon avis, les circonstances de la présente affaire permettent de conclure qu’au moment où le chien renifleur est intervenu l’appelant avait une attente raisonnable, mais limitée, en matière de vie privée à l’égard de ses bagages. La façon dont l’appelant cherchait à protéger son sac en le transportant et son refus de consentir à une fouille volontaire témoignent de l’existence d’une attente subjective en matière de vie privée. D’un point de vue objectif, il est important de souligner que l’odeur détectée par le chien était imperceptible aux humains et que sa détection a fourni immédiatement des renseignements sur le *contenu* des bagages de l’appelant. Notre Cour a statué que le droit au respect du caractère privé des renseignements personnels protège « un ensemble de renseignements biographiques d’ordre personnel que les particuliers pourraient, dans une société libre et démocratique, vouloir constituer et soustraire à la connaissance de l’État. Il pourrait notamment s’agir de renseignements tendant à révéler des détails intimes sur le mode de vie et les choix personnels de l’individu » : *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, p. 293. L’information recueillie au sujet du contenu du sac de l’appelant fait partie de cet ensemble de renseignements biographiques, et l’existence d’une attente raisonnable, tant subjective qu’objective, en matière de vie privée est ainsi établie.

[228] It is significant, however, that the dog sniff occurred at a public bus depot. This Court has held repeatedly that the “place where the search occurs greatly influences the reasonableness of the individual’s expectation”: *Tessling*, at para. 44; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36, at p. 62. It has also found that the degree of personal privacy reasonably expected in airports is lower than in most other situations (*R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, at p. 528; *R. v. Jacques*, [1996] 3 S.C.R. 312, at para. 18; *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652, at para. 42), and I believe that a bus depot is, for the purposes of this analysis, analogous to an airport. In both a bus depot and an airport, a passenger is voluntarily using the terminal to access a public mode of transportation, and in both situations he or she is aware that the state has an interest in ensuring that that transportation system is both secure and not being used to further criminal activity.

[229] That the state’s interest at public transportation terminals extends beyond the obvious security considerations, and includes an interest in protecting against drug trafficking, was underscored by this Court’s finding in *Monney*. In that case, a unanimous panel held that a search conducted on an individual reasonably suspected of carrying drugs — but *not* suspected of being a security threat — was reasonable within the meaning of s. 8. In so finding, the Court cited with approval the holding in *Simmons* that “the degree of personal privacy reasonably expected at customs is lower than in most other situations”: *Monney*, at para. 42, citing with approval *Simmons*, at p. 528. The emphasis in *Monney* was thus not on the specific need to prevent security threats to air travellers, but rather on the validity of the state’s interest in preventing illegal activity, including drug trafficking, *at a particular location*.

[230] Although *Monney* refers specifically to an airport border crossing, I believe the key finding in that case applies equally to public bus and train terminals. The similarity in all of these situations

[228] Toutefois, il importe de souligner que le recours au chien renifleur a eu lieu dans l’endroit public qu’est une gare d’autobus. Notre Cour a conclu, à maintes reprises, que le « lieu de la perquisition influence grandement le caractère raisonnable de l’attente en matière de vie privée » : *Tessling*, par. 44; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36, p. 62. Elle a également jugé que les attentes raisonnables en matière de vie privée sont moindres dans les aéroports que dans la plupart des autres situations (*R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, p. 528; *R. c. Jacques*, [1996] 3 R.C.S. 312, par. 18; *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652, par. 42), et j’estime que, pour les besoins de la présente analyse, une gare d’autobus s’apparente à un aéroport. Tant dans une gare d’autobus que dans un aéroport, les passagers utilisent volontairement les lieux pour accéder à un mode de transport public, et, dans les deux cas, ils savent que l’État a intérêt à veiller à ce que le système de transport soit sûr et non utilisé à des fins criminelles.

[229] Dans la conclusion qu’elle tire dans l’affaire *Monney*, notre Cour souligne que l’intérêt de l’État dans les terminaux va au-delà des considérations évidentes de sécurité pour inclure également l’intérêt à protéger contre le trafic de stupéfiants. Dans cette affaire, la Cour a conclu, à l’unanimité, que la fouille d’un individu soupçonné raisonnablement de transporter de la drogue — mais *non* soupçonné de constituer une menace pour la sécurité — n’était pas abusive au sens de l’art. 8. Ce faisant, la Cour a cité, en l’approuvant, la conclusion de l’arrêt *Simmons* selon laquelle « les attentes raisonnables en matière de vie privée sont moindres aux douanes que dans la plupart des autres situations » : *Monney*, par. 42, où la Cour cite, en l’approuvant, l’arrêt *Simmons*, p. 528. Ainsi, dans l’arrêt *Monney*, l’accent a été mis non pas sur le besoin précis de prévenir les menaces à la sécurité des passagers aériens, mais plutôt sur la validité de l’intérêt de l’État à empêcher les activités illégales, y compris le trafic de stupéfiants, *dans un endroit particulier*.

[230] Bien que, dans l’arrêt *Monney*, la Cour mentionne expressément un passage frontalier dans un aéroport, je crois que la principale conclusion de cet arrêt s’applique également aux gares d’autobus

is the fact that passengers have a reduced expectation of privacy because they are transporting their belongings through an area known to be of particular importance to the state's fight against illegal activity, particularly the trafficking of illicit substances.

[231] As a result, it is my conclusion that although the appellant did have a reasonable expectation of privacy in his luggage, it was significantly reduced due to the location at which the search occurred. Nonetheless, privacy interests do not have to be of the highest form to attract s. 8 protection (*R. v. Buhay*, [2003] 1 S.C.R. 631, 2003 SCC 30, at para. 22), and it is therefore necessary to consider the reasonableness of the search itself in order to determine whether it breached the appellant's *Charter* rights.

B) *Reasonable Search Authorized by Common Law*

(1) Lawful Police Duty

[232] Police powers are derived from the nature and scope of their duties. At common law, these duties include "the preservation of the peace, the prevention of crime, and the protection of life and property": *Dedman*, at p. 32; *R. v. Mann*, [2004] 3 S.C.R. 59, 2004 SCC 52, at para. 26.

[233] The police involved in this case were part of the Jetway program and at the time the appellant was stopped they were attempting to identify and apprehend individuals carrying illegal drugs, weapons or other contraband on Canada's public transportation systems. It is in my view clear that this falls within the scope of their lawful duties at common law.

(2) Nature of the Search

[234] It is well established that the degree to which a particular police search technique intrudes

et aux gares ferroviaires. La similarité de toutes ces situations tient au fait que les passagers ont des attentes moindres en matière de vie privée parce qu'ils transportent leurs effets personnels dans une aire considérée comme ayant une importance particulière dans la lutte que l'État mène contre les activités illégales, particulièrement le trafic de substances illicites.

[231] Par conséquent, je conclus que, bien que l'appellant ait eu une attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard de ses bagages, cette attente était beaucoup moindre en raison de l'endroit où la fouille a été effectuée. Toutefois, il n'est pas nécessaire d'être en présence de la forme la plus élevée de droit à la vie privée pour que la protection de l'art. 8 s'applique (*R. c. Buhay*, [2003] 1 R.C.S. 631, 2003 CSC 30, par. 22), et il est donc nécessaire d'examiner le caractère raisonnable de la fouille elle-même pour déterminer si elle a porté atteinte aux droits garantis à l'appellant par la *Charte*.

B) *Fouille ou perquisition raisonnable autorisée par la common law*

(1) Fonction légitime des policiers

[232] Les pouvoirs des policiers découlent de la nature et de l'étendue de leurs fonctions. En common law, ces fonctions comprennent « le maintien de la paix, la prévention du crime et la protection de la vie des personnes et des biens » : *Dedman*, p. 32; *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59, 2004 CSC 52, par. 26.

[233] En l'espèce, les policiers participaient au programme Jetway et, lorsque l'appellant a été interpellé, ils tentaient de repérer et d'appréhender les individus qui transportent des drogues illégales, des armes ou d'autres marchandises de contrebande dans les systèmes de transport publics canadiens. Il est clair, selon moi, que cela est conforme à leurs fonctions légitimes issues de la common law.

(2) Nature de la fouille ou de la perquisition

[234] Il est bien établi que la mesure dans laquelle une technique de fouille policière porte atteinte au

on an individual's privacy interests is a key factor in determining whether a search was reasonable for the purposes of s. 8 (*Tessling*, at para. 50; *Buhay*, at para. 36; *Plant*, at p. 295). In my view, the use of the sniffer dog in this case was minimally intrusive for a number of reasons.

[235] First, the dog did not touch or approach the appellant in any way as part of her sniff for drugs. She did not bark at him or exhibit any signs of aggression. She did not even try to sniff him. Rather, her interest was exclusively with the appellant's bag, which was on the floor at the time the sniff search occurred.

[236] Second, the dog's method for indicating the presence of drugs was equally subdued. Again, she did not bark or snap at the appellant or otherwise create a scene which could in any way be described as either threatening or embarrassing for Kang-Brown. When Chevy detected the odour of drugs, she simply sat down.

[237] Third, the sniff did not require a significant amount of time or create undue inconvenience for the appellant. Sergeant MacPhee testified that the dog and her handler were at the bag within three seconds of his signal and that Chevy "immediately" indicated that she detected the odour of drugs emanating from Kang-Brown's bag. This was therefore not a situation where the police technique intruded on the appellant's privacy interest for an extended period of time.

[238] Fourth, it is significant that the only personal information revealed by a dog sniff is the presence or absence of the specific item the animal has been trained to detect. In this case, Chevy was trained to detect nine different types of narcotics. She was unable to distinguish between these substances, and unable to communicate any other information about the contents of the appellant's bag. It is the narrow specificity of the canine sniff search which led the United States Supreme Court to determine that it did not constitute a search

droit à la vie privée d'un individu est un élément clé pour déterminer si une fouille était raisonnable pour les besoins de l'art. 8 (*Tessling*, par. 50; *Buhay*, par. 36; *Plant*, p. 295). J'estime que l'atteinte portée par le recours au chien renifleur en l'espèce est minime pour un certain nombre de raisons.

[235] Premièrement, le chien n'a pas touché l'appelant et ne s'en est aucunement approché au moment où il tentait de déceler des odeurs de drogues. Il n'a ni aboyé après lui, ni manifesté de l'agressivité. Il n'a même pas essayé de le flairer. Il s'est plutôt intéressé exclusivement au sac de l'appelant, qui se trouvait sur le sol au moment où la fouille en question a eu lieu.

[236] Deuxièmement, c'est aussi calmement que le chien a indiqué la présence de drogues. Là encore, il n'a pas aboyé après l'appelant ou tenté de le mordre, ni autrement réagi d'une manière qui pourrait être qualifiée de menaçante ou embarrassante pour M. Kang-Brown. Chevy s'est simplement mis en position assise lorsqu'il a détecté l'odeur de drogues.

[237] Troisièmement, l'intervention du chien renifleur n'a pas duré longtemps et n'a pas causé d'inconvénients indus à l'appelant. Le sergent MacPhee a témoigné que le chien et son maître sont arrivés près du sac dans les trois secondes qui ont suivi son signal et que Chevy a « immédiatement » indiqué la présence d'odeur de drogues qui se dégageait du sac de M. Kang-Brown. Ce n'est donc pas un cas où la technique policière a porté atteinte au droit à la vie privée de l'appelant pendant une longue période de temps.

[238] Quatrièmement, il importe de souligner que le seul renseignement personnel que permet d'obtenir un chien renifleur est la présence ou l'absence de la substance particulière que l'animal a été dressé à détecter. En l'espèce, Chevy était dressé pour détecter neuf différents types de stupéfiants. Il était incapable de faire la différence entre ces neuf substances et de fournir quelque autre renseignement au sujet du contenu du sac de l'appelant. C'est en raison du caractère bien circonscrit de la fouille ou perquisition effectuée à l'aide d'un



within the meaning of the Fourth Amendment of the United States Constitution:

A “canine sniff” by a well-trained narcotics detection dog, however, does not require opening the luggage. It does not expose noncontraband items that otherwise would remain hidden from public view, as does, for example, an officer’s rummaging through the contents of the luggage. Thus, the manner in which information is obtained through this investigative technique is much less intrusive than a typical search. Moreover, the sniff discloses only the presence or absence of narcotics, a contraband item. Thus, despite the fact that the sniff tells the authorities something about the contents of the luggage, the information obtained is limited. This limited disclosure also ensures that the owner of the property is not subjected to the embarrassment and inconvenience entailed in less discriminate and more intrusive investigative methods.

In these respects, the canine sniff is *sui generis*. We are aware of no other investigative procedure that is so limited both in the manner in which the information is obtained and in the content of the information revealed by the procedure. Therefore, we conclude that the particular course of investigation that the agents intended to pursue here — exposure of respondent’s luggage, which was located in a public place, to a trained canine — did not constitute a “search” within the meaning of the Fourth Amendment.

(*United States v. Place*, 462 U.S. 696 (1983), at p. 707)

[239] Although I would not go so far as to say that the nature of a dog sniff renders it a “non-search” under the Canadian *Charter*, I do agree with the United States Supreme Court that a canine sniff is “much less intrusive” than other forms of police search.

[240] Finally, it is also, in my view, significant that the use of the police dog did not interfere with the appellant’s bodily integrity in any way. This Court has found that travellers being searched by

chien renifleur que la Cour suprême des États-Unis a décidé qu’il ne s’agissait pas d’une fouille ou perquisition au sens du Quatrième amendement de la Constitution américaine :

[TRADUCTION] Toutefois, l’intervention d’un chien renifleur bien dressé pour détecter des stupéfiants n’exige pas l’ouverture des bagages. Elle n’expose pas à la vue du public des objets ne constituant pas de la contrebande qui, autrement, resteraient cachés, comme c’est le cas, par exemple, quand un policier fouille les bagages. Cette technique d’enquête permet donc d’obtenir l’information d’une manière beaucoup moins envahissante qu’une fouille normale. En outre, le chien renifleur indique uniquement la présence ou l’absence de stupéfiants, qui sont des marchandises de contrebande. Ainsi, bien que le chien renifleur indique aux autorités quelque chose au sujet du contenu des bagages, l’information obtenue est limitée. De plus, en raison de cette divulgation limitée, le propriétaire des bagages n’est pas soumis à l’embarras et aux inconvénients qu’entraînent des méthodes d’enquête moins précises et plus envahissantes.

À ces égards, le recours à un chien renifleur est *sui generis*. Nous ne connaissons aucune autre technique d’enquête qui soit si limitée, tant dans la manière d’obtenir l’information que dans le contenu de l’information qu’elle permet d’obtenir. En conséquence, nous concluons que la méthode d’enquête particulière que les policiers avaient l’intention d’utiliser en l’espèce — celle consistant à exposer les bagages de l’intimé, qui se trouvaient dans un endroit public, à l’intervention d’un chien dressé — ne constituait pas une « fouille » ou « perquisition » au sens du Quatrième amendement.

(*United States c. Place*, 462 U.S. 696 (1983), p. 707)

[239] Sans aller jusqu’à dire que, de par sa nature, l’intervention d’un chien renifleur « ne constitue pas une fouille ou une perquisition » au sens de la *Charte* canadienne, je partage l’opinion de la Cour suprême des États-Unis selon laquelle le recours à un tel chien est « beaucoup moins envahissant[t] » que d’autres formes de fouilles ou perquisitions policières.

[240] Enfin, j’estime qu’il importe également de souligner que l’utilisation du chien policier n’a aucunement porté atteinte à l’intégrité physique de l’appelant. Notre Cour a conclu que les douaniers

customs officers are subject to three categories of searches based on the degree of intrusion into personal privacy and bodily integrity. The most highly intrusive type of search involves extremely invasive means and is frequently referred to as the body cavity search. The middle category of search involves a strip or skin search conducted in a private room. In *Simmons*, Dickson C.J. described the least intrusive kind of search as follows:

... the routine of questioning which every traveller undergoes at a port of entry, accompanied in some cases by a search of baggage and perhaps a pat or frisk of outer clothing. No stigma is attached to being one of the thousands of travellers who are daily routinely checked in that manner upon entry to Canada and no constitutional issues are raised. It would be absurd to suggest that a person in such circumstances is detained in a constitutional sense and therefore entitled to be advised of his or her right to counsel. [Emphasis added; p. 517.]

[241] In my view, there is equally no stigma attached to having one's bag sniffed by a police dog at a bus depot, a technique *even less* intrusive than those being described in *Simmons*. Here, the appellant was not subject to a frisk of any kind and his baggage was not opened and searched. He was not in any way the subject of a humiliating encounter that impacted on his dignity or his bodily integrity, and the dog sniff itself cannot even be said to be an "embarrassing process" (unlike being detained in a "drug loo facility" as was the case in *Monney*).

[242] For all of these reasons, it is my conclusion that a sniff by a drug dog, when used as it was here, is an investigative technique that intrudes on an individual's privacy in a very minimal way.

### C) *Standard for Conducting the Search*

[243] In *Mann*, this Court held that "police officers may detain an individual for investigative

peuvent soumettre les voyageurs à trois types de fouille qui portent plus ou moins atteinte à la vie privée et à l'intégrité de ces derniers. La fouille la plus envahissante est celle que l'on appelle souvent l'examen des cavités corporelles. La fouille intermédiaire est la fouille à nu effectuée dans une pièce fermée. Quant à la fouille la moins envahissante, voici comment le juge en chef Dickson la décrit dans l'arrêt *Simmons* :

... l'interrogatoire de routine auquel est soumis chaque voyageur à un port d'entrée, lequel est suivi dans certains cas d'une fouille des bagages et peut-être même d'une fouille par palpation des vêtements extérieurs. Il n'y a rien d'infamant à être l'un des milliers de voyageurs qui font, chaque jour, l'objet de ce type de contrôle de routine à leur entrée au Canada et aucune question constitutionnelle n'est soulevée à cet égard. Il serait absurde de laisser entendre qu'une personne qui se trouve dans une telle situation est détenue au sens constitutionnel du terme et a le droit, en conséquence, d'être informée de son droit à l'assistance d'un avocat. [Je souligne; p. 517.]

[241] À mon avis, il n'y a rien d'infamant non plus à ce qu'un chien policier flaire le sac d'un passager dans une gare d'autobus — une technique qui est *encore moins* envahissante que celles décrites dans l'arrêt *Simmons*. En l'espèce, l'appelant n'a pas été soumis à quelque type de fouille par palpation, et ses bagages n'ont été ni ouverts ni fouillés. Il n'a d'aucune façon été l'objet d'une confrontation humiliante portant atteinte à sa dignité ou à son intégrité physique, et on ne peut même pas dire que l'intervention même du chien renifleur était une « procédure embarrassante » (par opposition au fait d'être détenu dans une « salle d'évacuation des drogues », comme dans l'affaire *Monney*).

[242] Pour tous ces motifs, je conclus que l'utilisation d'un chien renifleur de drogue, comme celle qui a eu lieu en l'espèce, est une technique d'enquête qui porte très peu atteinte à la vie privée d'une personne.

### C) *Norme applicable à l'exécution de la fouille ou perquisition*

[243] Dans l'arrêt *Mann*, notre Cour a statué que « les policiers peuvent détenir une personne aux

purposes if there are reasonable grounds to suspect in all the circumstances that the individual is connected to a particular crime” (para. 45 (emphasis added)). This is a lower standard than the “reasonable and probable grounds” required for lawful arrest (para. 27), but was deemed justifiable when the detainee’s rights were balanced against officer safety. *Mann* illustrates the need for this Court to carefully balance the individual’s rights with the state interest in preventing and investigating crime each time it is asked to consider a novel police procedure. The emphasis that has consistently been put on this balancing process was highlighted by this Court in *Tessling*:

The community wants privacy but it also insists on protection. Safety, security and the suppression of crime are legitimate countervailing concerns. Thus s. 8 of the *Charter* accepts the validity of reasonable searches and seizures. A balance must be struck, as held in *Hunter v. Southam*, *supra*, at pp. 159-60, *per* Dickson J.:

... an assessment must be made as to whether in a particular situation the public’s interest in being left alone by government must give way to the government’s interest in intruding on the individual’s privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement.

The notion of the “balance” was also canvassed by Sopinka J. in advocating a “contextual approach” in *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, at p. 293:

Consideration of such factors as the nature of the information itself, the nature of the relationship between the party releasing the information and the party claiming its confidentiality, the place where the information was obtained, the manner in which it was obtained and the seriousness of the crime being investigated allows for a balancing of the societal interests in protecting individual dignity, integrity and autonomy with effective law enforcement. [Emphasis deleted; paras. 17-18.]

[244] In this case, the requisite balancing supports a finding that a sniff search of luggage using a police dog will not be in violation of s. 8 of the *Charter* where the police are acting on a reasonable

fins d’enquête s’ils ont des motifs raisonnables de soupçonner, à la lumière de toutes les circonstances, que cette personne est impliquée dans un crime donné » (par. 45 (je souligne)). Cette norme est moins stricte que les « motifs raisonnables et probables » requis pour qu’il y ait une arrestation légale (par. 27), mais elle a été considérée justifiable lorsque les droits du détenu étaient soupesés en fonction de la sécurité du policier. L’arrêt *Mann* montre la nécessité que notre Cour évalue soigneusement les droits des individus et l’intérêt de l’État dans la prévention du crime et les enquêtes criminelles chaque fois qu’on lui demande d’examiner une nouvelle procédure policière. Dans l’arrêt *Tessling*, notre Cour a fait ressortir l’importance qu’elle a constamment accordée à ce processus d’évaluation :

Les citoyens tiennent à leur vie privée, mais ils veulent également être protégés. La répression du crime et la sécurité sont des préoccupations légitimes tout aussi valables. Ainsi, l’art. 8 de la *Charte* reconnaît la validité des fouilles, perquisitions et saisies non abusives. Il faut établir un équilibre, comme le juge Dickson l’a indiqué dans *Hunter c. Southam*, précité, p. 159-160 :

... il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s’immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d’assurer l’application de la loi.

Le juge Sopinka a lui aussi abordé la notion d’« équilibre » lorsqu’il a préconisé l’adoption d’une « méthode contextuelle » dans l’arrêt *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, p. 293 :

L’examen de facteurs tels la nature des renseignements, celle des relations entre la partie divulguant les renseignements et la partie en réclamant la confidentialité, l’endroit où ils ont été recueillis, les conditions dans lesquelles ils ont été obtenus et la gravité du crime faisant l’objet de l’enquête, permet de pondérer les droits sociétaux à la protection de la dignité, de l’intégrité et de l’autonomie de la personne et l’application efficace de la loi. [Soulignement omis; par. 17-18.]

[244] En l’espèce, il est permis de conclure, après avoir procédé à l’évaluation requise, que la fouille de bagages à l’aide d’un chien renifleur ne contrevient pas à l’art. 8 de la *Charte* lorsque les policiers

suspicion about the committal of a crime. The reduced expectation of privacy at public terminals, the minimal intrusion caused by the search itself, and the effectiveness of this investigatory technique all support a standard lower than that of “reasonable and probable grounds”. In my view, “reasonable suspicion” is a sufficient standard. In some situations, like this one, that reasonable suspicion will relate to a particular individual, and the police will have gathered, through observation or other means, sufficient information about a specific person to justify a sniff search of his or her bags.

[245] In other situations, however, the police will have formed a reasonable suspicion that relates not to a particular person but rather to a particular location or event. As I have indicated, Parliament is in the best position to determine when it is appropriate for police to use sniffer dogs to perform random searches where such a generalized suspicion exists. Absent Parliamentary directive, however, courts will need to determine the constitutionality of basing searches on generalized suspicion on a case-by-case basis. In every instance, a balancing between the protection of personal privacy and the public interest in the prevention and detection of crime must underlie the analysis.

[246] In my view, it is, in some circumstances, appropriate for police to conduct random searches using sniffer dogs on the basis of generalized suspicion. Allowing this type of search recognizes the important role sniffer dogs can play not only in detecting crime but also in *preventing and deterring* crime. Given the accuracy and efficiency of sniffer-dog searches, it is reasonable to conclude that their known presence, or potential presence, at particular locations would have a significant preventative effect. Allowing random searches in certain situations also has the benefit of avoiding inappropriate profiling and reducing any embarrassment which may be associated with a targeted search. I agree with the finding in *Simmons* that there is no stigma attached “to being one of the

agissent sur la foi de soupçons raisonnables qu’un crime est commis. Les attentes moindres en matière de vie privée dans les terminaux, l’atteinte minime portée par la fouille elle-même et l’efficacité de cette technique d’enquête militent toutes en faveur de l’application d’une norme moins stricte que celle des « motifs raisonnables et probables ». À mon avis, les « soupçons raisonnables » constituent une norme suffisante. Dans certains cas, comme la présente affaire, les soupçons raisonnables porteront sur un individu particulier, et les policiers auront recueilli, grâce à l’observation ou à d’autres méthodes, suffisamment de renseignements à son sujet pour justifier la fouille de ses bagages à l’aide d’un chien renifleur.

[245] Toutefois, dans d’autres cas, les policiers auront des soupçons raisonnables au sujet non pas d’une personne particulière, mais plutôt d’un lieu ou d’un événement particulier. Comme je l’ai indiqué, le législateur est le mieux placé pour déterminer dans quels cas il est approprié que les policiers utilisent des chiens renifleurs pour effectuer des fouilles au hasard sur la foi de tels soupçons généraux. Cependant, faute de directives du législateur, les tribunaux devront se prononcer au cas par cas sur la constitutionnalité de fouilles effectuées sur la foi de soupçons généraux. Dans chaque cas, il faudra sopeser la protection de la vie privée personnelle et l’intérêt du public dans la prévention et la détection du crime.

[246] J’estime que, dans certains cas, il est de bon aloi que les policiers se fondent sur des soupçons généraux pour effectuer au hasard des fouilles à l’aide de chiens renifleurs. En permettant ce type de fouille, on reconnaît le rôle important que les chiens renifleurs peuvent jouer en matière non seulement de détection mais encore de *prévention et de dissuasion* du crime. Compte tenu de la fiabilité et de l’efficacité des fouilles effectuées à l’aide de chiens renifleurs, il est raisonnable de conclure que le fait de savoir que des chiens renifleurs se trouvent ou peuvent se trouver à certains endroits aurait un effet préventif important. Permettre des fouilles au hasard dans certains cas a également pour avantage d’éviter le profilage inapproprié et de diminuer tout embarras susceptible d’être lié à une

thousands of travellers who are daily routinely checked” at border crossings (p. 517), and believe that that lack of stigma results in large part from the random nature of the search process.

[247] Another factor impacting the lack of stigma associated with searches at border crossings is traveller expectations. Travellers are generally aware that they may be subject to random searches at these locations and “do not expect to be able to cross international borders free from scrutiny” (*Monney*, at para. 36, citing with approval *Simmons*, at p. 528). In my view, an individual’s knowledge that they may be subject to a random search as a result of their chosen location or chosen activity reduces their expectation of privacy while simultaneously decreasing the stigma associated with being selected for a search. As a result, reasonable knowledge that one may be subjected to the search is a factor which significantly increases the reasonableness of a search based on generalized suspicion and, in my view, ought to be a precondition to the police basing a search on this standard.

[248] It is not for the courts to provide a specific scheme for notification. What must be established, in each case, is whether a reasonably informed person would have been aware that dogs might be used to detect drugs, explosives or weapons in that particular place.

[249] It is unnecessary for the purposes of this case to determine whether the use of sniffer dogs at this bus terminal would have been reasonable if it were based on a generalized suspicion that drugs were likely on the premises. The trial judge found that the police were “suspicious” of the appellant on the basis of “certain observations” they had made about his behaviour in the terminal (paras. 44-45 and 55). She also found that these suspicions were based on “objectively discernible facts” (para.

fouille ciblée. Je souscris à la conclusion de l’arrêt *Simmons* selon laquelle il n’y a rien d’infamant « à être l’un des milliers de voyageurs qui font, chaque jour, l’objet [d’un] contrôle de routine » à des passages frontaliers (p. 517), et je crois que cela est en grande partie dû au fait que les fouilles sont effectuées au hasard.

[247] Les attentes des voyageurs expliquent également pourquoi il n’y a rien d’infamant à être fouillé à des passages frontaliers. Les voyageurs savent généralement qu’ils peuvent être soumis à des fouilles au hasard à ces endroits et ils « ne s’attendent pas à traverser les frontières internationales sans faire l’objet d’une vérification » (*Monney*, par. 36, où la Cour cite, en l’approuvant, l’arrêt *Simmons*, p. 528). À mon avis, le fait qu’un individu sache qu’il peut être soumis à une fouille au hasard en raison du lieu où il se trouve volontairement ou de l’activité qu’il a choisie d’exercer réduit ses attentes en matière de vie privée tout en diminuant l’embarras lié au fait d’être choisi pour être fouillé. Ainsi, la connaissance raisonnable du risque de faire l’objet d’une fouille est un facteur qui renforce énormément le caractère raisonnable d’une fouille effectuée sur la foi de soupçons généraux, et j’estime que cette connaissance devrait être une condition préalable d’une fouille policière fondée sur cette norme.

[248] Il n’appartient pas aux tribunaux d’établir un régime particulier de notification. Il faut plutôt déterminer, dans chaque cas, si une personne raisonnablement informée aurait su que des chiens pourraient être utilisés pour détecter la présence de drogues, d’explosifs ou d’armes à l’endroit en question.

[249] Il n’est pas nécessaire en l’espèce de déterminer si le recours à des chiens renifleurs dans la gare d’autobus en question aurait été raisonnable s’il avait été fondé sur des soupçons généraux qu’il pouvait y avoir de la drogue dans les lieux. La juge du procès a conclu que les policiers avaient des [TRADUCTION] « soupçons » à l’égard de l’appelant à la suite de « certaines observations » relatives à son comportement qu’ils avaient faites dans la gare (par. 44-45 et 55). Elle a également conclu que ces



55). The evidence of Sergeant MacPhee supports these findings, and it is clear that his suspicion arose prior to Chevy conducting the sniff search on Kang-Brown's bag. The standard of individualized suspicion has therefore been met in this case and, as a result, the search was reasonable within the meaning of s. 8 of the *Charter*.

[250] The judge was not shown to have committed an error in her appreciation of the facts, and there is no evidence to justify a second-guessing of the validity of the factors for establishing that the officers had formed a reasonable suspicion with regard to Kang-Brown.

[251] I do wish to note, however, that a public bus terminal is precisely the type of environment where a sniffer-dog search subsequent to generalized suspicion is appropriate. As I have mentioned, I find public depots to be analogous to airports, as in both cases the travelling public has a reduced expectation of privacy and an understanding that the state has an interest in preventing the public transportation system from being used to transport illicit substances. The Jetway program itself was introduced as a result of an ongoing concern about the presence of drugs at bus and rail depots, and its very existence is evidence of ongoing police suspicion that drugs and other contraband are likely to be found at these locations.

[252] The known presence of sniffer dogs performing random searches on passenger luggage is likely to greatly enhance the ability of police to deter those who are seeking to move drugs on Canada's public transportation systems. The accuracy and expediency of this kind of search create a real threat to those seeking to carry illegal substances through public terminals undetected. The powerful preventative impact of using police sniffer dogs is greatly minimized, however, when law enforcement officers are required to isolate a suspicious individual before the abilities of the dog

soupons reposaient sur des « faits objectivement discernables » (par. 55). Le témoignage du sergent MacPhee étaye ces conclusions et il est évident que ses soupçons ont été éveillés avant que Chevy flaire le sac de M. Kang-Brown. La norme des soupçons précis a donc été respectée en l'espèce et, par conséquent, la fouille n'était pas abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte*.

[250] Il n'a pas été démontré que la juge du procès avait commis une erreur dans son appréciation des faits, et aucun élément de preuve ne justifie de mettre en doute, a posteriori, la validité des facteurs utilisés pour établir que les policiers avaient des soupçons raisonnables à l'égard de M. Kang-Brown.

[251] Toutefois, je tiens à souligner qu'une gare d'autobus est précisément le genre d'endroit où il est approprié d'effectuer une fouille à l'aide d'un chien renifleur sur la foi de soupçons généraux. Comme je l'ai déjà dit, j'estime qu'une gare d'autobus s'apparente à un aéroport étant donné que, dans les deux cas, le voyageur a des attentes moindres en matière de vie privée et comprend que l'État a intérêt à empêcher que le système de transport public en question soit utilisé pour transporter des substances illicites. Le programme Jetway a lui-même été mis en place à la suite de craintes que de la drogue se trouve dans les gares d'autobus et les gares ferroviaires, et sa seule existence témoigne du fait que les policiers soupçonnent que des drogues et d'autres marchandises de contrebande sont susceptibles d'être découvertes à ces endroits.

[252] La présence connue de chiens renifleurs utilisés pour fouiller au hasard les bagages des voyageurs est susceptible d'accroître énormément la capacité des policiers de dissuader les gens qui cherchent à faire circuler de la drogue dans les systèmes de transport publics canadiens. La fiabilité et l'efficacité de ce type de fouille constituent une véritable menace pour les gens qui cherchent à transporter des substances illégales dans des terminaux sans se faire repérer. Toutefois, le puissant effet préventif de l'utilisation d'un chien renifleur est considérablement atténué lorsque les

are able to be used. Criminals will know that as long as they are able to avoid arousing initial police suspicion, they will also be able to avoid the scrutiny of the dogs. In my view, the incredible advantages of using police sniffer dogs as a preventative and investigative tool outweigh the minimal intrusion that their presence would create on the privacy interests of passengers. I would therefore find that the police are able to use the services of these dogs in public bus and train terminals as long as their reasonable suspicion that these areas are being heavily used for drug trafficking continues. As I have mentioned, the ability to use this power is subject to travellers being aware that their luggage may be subject to random searches by sniffer dogs.

[253] Finally, I wish to note that several other countries already allow sniffer dogs to perform random, generalized searches. As has been previously mentioned, the United States Supreme Court held that dog sniffs are not “searches” under the Fourth Amendment, and random use of sniffer dogs is therefore permissible in that country. In Queensland, Australia, legislation allows drug dogs to search, without a warrant, at licensed premises; at any place at which a sporting, recreational, entertainment, or “special” event is being held; and at any “public place” (*Police Powers and Responsibilities Act 2000* (Qld.), 2000, No. 6, ss. 34 to 36). The use of sniffer dogs is also common practice in the United Kingdom and New Zealand.

[254] In Canada, the *Charter* protects individuals from unreasonable search and seizure, and where a reasonable expectation of privacy exists, the use of sniffer dogs must be based on reasonable suspicion in order to be found constitutional. In some situations, however, this reasonable suspicion will attach not to a particular individual, but rather to

policiers sont tenus d’isoler un suspect avant que les qualités du chien puissent être mises à contribution. Les criminels sauront que, pourvu qu’ils puissent, au départ, éviter d’éveiller les soupçons des policiers, ils pourront ensuite éviter l’intervention des chiens. À mon avis, les avantages incroyables que comporte l’utilisation des chiens renifleurs en tant qu’outil de prévention et d’enquête l’emportent sur l’atteinte minime que leur présence porterait aux droits à la vie privée des passagers. Je conclus donc que les policiers peuvent recourir aux services de ces chiens dans les gares d’autobus et les gares ferroviaires pourvu qu’ils continuent d’avoir des soupçons raisonnables que ces endroits sont abondamment utilisés pour faire le trafic de stupéfiants. Comme nous l’avons vu, la capacité d’exercer ce pouvoir est assujettie à la condition que les voyageurs soient au courant que leurs bagages peuvent faire l’objet de fouilles au hasard effectuées à l’aide de chiens renifleurs.

[253] Enfin, je tiens à souligner que plusieurs autres pays autorisent déjà les fouilles générales effectuées au hasard à l’aide de chiens renifleurs. Comme je l’ai déjà mentionné, la Cour suprême des États-Unis a conclu que l’intervention d’un chien renifleur ne constitue pas une « fouille » au sens du Quatrième amendement et que l’utilisation au hasard de ces chiens est donc acceptable dans ce pays. Dans le Queensland, en Australie, une mesure législative autorise les fouilles sans mandat à l’aide de chiens détecteurs de drogue dans les débits de boissons alcoolisées, dans tout lieu où se tiennent des manifestations sportives ou récréatives, des spectacles ou des événements « spéciaux », ainsi que dans tout [TRADUCTION] « endroit public » (*Police Powers and Responsibilities Act 2000* (Qld.), 2000, No. 6, art. 34 à 36). L’utilisation de chiens renifleurs est aussi une pratique courante au Royaume-Uni et en Nouvelle-Zélande.

[254] Au Canada, la *Charte* protège les individus contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives, et lorsqu’il existe une attente raisonnable en matière de vie privée, le recours à un chien renifleur doit être fondé sur des soupçons raisonnables pour être jugé constitutionnel. Toutefois, dans certains cas, ces soupçons raisonnables concerneront

a particular activity or location. Where this is the case, the court must then determine whether the public interest in preventing, deterring and investigating crime outweighs the individual's right to be free from state interference.

[255] In this case, the appellant's baggage was subjected to a sniffer-dog search as a result of individualized suspicion, and it is therefore unnecessary to determine conclusively whether a random search of his bag would have been constitutional. The trial judge found that the officer's suspicion with respect to Kang-Brown was in place before the sniff occurred and was based on objective facts. There is no reason to interfere with her finding on that point, and the search was therefore reasonable within the meaning of s. 8 of the *Charter*.

[256] I would therefore dismiss this appeal.

*Appeal allowed, BASTARACHE, DESCHAMPS and ROTHSTEIN JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Dartnell & Lutz, Calgary; Alias A. Sanders, Calgary.*

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

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Quebec City.*

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

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

non pas un individu particulier, mais plutôt une activité particulière ou un lieu particulier. Le cas échéant, le tribunal doit alors déterminer si l'intérêt du public dans la prévention et la dissuasion du crime, ainsi que dans les enquêtes criminelles, l'emporte sur le droit individuel de ne pas être dérangé par l'État.

[255] Dans la présente affaire, les bagages de l'appelant ont fait l'objet d'une fouille à l'aide d'un chien renifleur sur la foi de soupçons précis, et il n'est donc pas nécessaire de déterminer de façon concluante si une fouille au hasard de son sac aurait été constitutionnelle. La juge du procès a conclu que le policier avait des soupçons au sujet de M. Kang-Brown avant l'intervention du chien renifleur et que ses soupçons reposaient sur des faits objectifs. Il n'y a aucune raison de modifier la conclusion qu'elle a tirée à cet égard, et la fouille n'était donc pas abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte*.

[256] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi accueilli, les juges BASTARACHE, DESCHAMPS et ROTHSTEIN sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelant : Dartnell & Lutz, Calgary; Alias A. Sanders, Calgary.*

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

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

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Québec.*

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

*Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : McCarthy Tétrault, Toronto.*

**Benjamin Cain MacKenzie** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario,  
British Columbia Civil Liberties Association,  
Canadian Civil Liberties Association and  
Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy  
and Public Interest Clinic** *Interveners*

INDEXED AS: **R. v. MacKENZIE****2013 SCC 50**

File No.: 34397.

2013: January 22; **2013: September 27**.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella,  
Rothstein, Cromwell, **Moldaver**, Karakatsanis and  
Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

*Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Sniffer dogs — Accused seeking to exclude evidence of marihuana seized during highway traffic stop — Whether police had reasonable grounds to suspect accused was involved in drug-related offence — Whether search was unreasonable — Whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Arbitrary detention — Accused seeking to exclude evidence of marihuana seized during highway traffic stop — Whether accused was arbitrarily detained — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 9.*

The accused was charged with possession of a controlled drug for the purpose of trafficking. He takes issue with a police sniffer-dog search of his vehicle that occurred during the course of a highway traffic stop. He says the police lacked reasonable suspicion that he was

**Benjamin Cain MacKenzie** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Procureur général de l'Ontario,  
Association des libertés civiles  
de la Colombie-Britannique,  
Association canadienne des libertés civiles  
et Clinique d'intérêt public et de politique  
d'internet du Canada  
Samuelson-Glushko** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : **R. c. MacKENZIE****2013 CSC 50**

N° du greffe : 34397.

2013 : 22 janvier; 2013 : 27 septembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges  
LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver,  
Karakatsanis et Wagner.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Chiens renifleurs — Exclusion de la preuve que constitue la marihuana saisie lors d'un contrôle routier demandée par l'accusé — La police avait-elle des motifs raisonnables de soupçonner l'accusé d'une infraction liée à la drogue? — La fouille était-elle abusive? — La preuve doit-elle être écartée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Détention arbitraire — Exclusion de la preuve que constitue la marihuana saisie lors d'un contrôle routier demandée par l'accusé — La détention de l'accusé était-elle arbitraire? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 9.*

L'accusé a été inculpé de possession d'une substance réglementée en vue d'en faire le trafic. Il conteste la fouille de son véhicule effectuée par la police à l'aide d'un chien renifleur lors d'un contrôle routier. Selon lui, les agents de police n'avaient pas de motifs raisonnables



involved in a drug-related offence when they had their dog sniff his vehicle. The police relied on the accused's erratic manner of driving, high level of nervousness, the pinkish hue of his eyes, his course of travel and contradictory answers on his travel dates in determining that the reasonable suspicion standard required for a valid sniffer-dog search was met. Asserting that the sniff was an unconstitutional search, the accused seeks to have the marihuana found in the rear hatch of his car excluded. The trial judge agreed with the accused and excluded the evidence directing that a verdict of not guilty be entered against the accused. The Court of Appeal reversed the decision finding that the constellation of objective factors was sufficient to meet the reasonable suspicion standard. The court set aside the acquittal and remitted the matter to trial.

*Held* (McLachlin C.J. and LeBel, Fish and Cromwell JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.: Police may use sniffer dogs for routine crime prevention in contexts where individuals have a reasonable, but lesser expectation of privacy and the police have reasonable grounds to suspect that a search will reveal evidence of a criminal offence. The use of sniffer dogs as a police investigative technique should be approached one case at a time, in each instance having regard to the context of the situation, balancing the extent of any privacy interest and the state's countervailing interest in law enforcement.

Reasonable suspicion must be grounded in objectively discernible facts, which can then be subjected to independent judicial scrutiny. While it is critical that the line between a hunch and reasonable suspicion be maintained to prevent the police from engaging in indiscriminate or discriminatory practices, it is equally vital that the police be allowed to carry out their duties without undue scepticism or the requirement that their every move be placed under a scanning electron-microscope.

Officer training and experience can play an important role in assessing whether the reasonable suspicion standard has been met. Police officers are trained to detect criminal activity. Thus, in assessing whether a case for reasonable suspicion has been made out, the analysis of objective reasonableness should be conducted through the lens of a reasonable person standing in the shoes of the police officer. Expert qualifications are not required as a precondition for police testimony on matters properly within the realm of officer training and experience.

de le soupçonner d'une infraction liée à la drogue lorsqu'ils ont utilisé le chien. D'après les policiers, vu la conduite imprévisible de l'accusé, sa nervosité extrême, la teinte rosâtre de ses yeux, son itinéraire et ses réponses contradictoires au sujet des dates de ses déplacements, la norme des soupçons raisonnables, à laquelle il faut satisfaire pour qu'une fouille effectuée à l'aide d'un chien renifleur soit valide, était respectée. En affirmant que la fouille était inconstitutionnelle, l'accusé demande l'exclusion de la marihuana découverte dans le coffre de sa voiture. Le juge de première instance a accepté les arguments de l'accusé, écarté la preuve et ordonné l'inscription d'un verdict d'acquittement. La Cour d'appel a infirmé sa décision, estimant que l'ensemble de facteurs objectifs suffisait pour que soit respectée la norme des soupçons raisonnables. Elle a annulé l'acquittement et ordonné la tenue d'un procès.

*Arrêt* (la juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Fish et Cromwell sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

*Les juges* Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis et Wagner : Les policiers peuvent faire appel à un chien renifleur pour les opérations courantes de prévention du crime là où les gens ont une attente en matière de vie privée raisonnable, quoique réduite, quand les policiers ont des motifs raisonnables de soupçonner que la fouille révélera des éléments de preuve d'une infraction. Il convient d'examiner au cas par cas l'utilisation de chiens renifleurs comme technique d'enquête policière, en prenant en compte le contexte et en soupesant d'une part le droit à la vie privée, quel qu'il soit, et d'autre part l'intérêt opposé de l'État à faire appliquer la loi.

Les soupçons raisonnables doivent reposer sur des faits objectivement discernables, qui peuvent ensuite être soumis à l'examen judiciaire indépendant. S'il est essentiel de maintenir cette distinction entre l'intuition et les soupçons raisonnables pour empêcher les policiers d'agir de manière aveugle ou discriminatoire, il est tout aussi essentiel de leur donner les coudées franches sans se montrer trop sceptiques à leur égard ou sans exiger que chacun de leurs gestes soit scruté à la loupe.

La formation et l'expérience d'un agent de police peuvent jouer un rôle important lorsqu'il s'agit de déterminer si la norme des soupçons raisonnables a été respectée. Les agents de police sont formés pour détecter les activités criminelles. Par conséquent, pour déterminer si l'existence de soupçons raisonnables a été prouvée, il faut procéder à l'analyse du caractère objectivement raisonnable du point de vue d'une personne raisonnable mise à la place du policier. Des compétences d'expert chez un agent de police qui témoigne sur des questions

However, police training and experience should not be accepted uncritically by the courts. Hunches or intuition grounded in an officer's experience will not suffice, nor is deference necessarily owed to a police officer's view of the circumstances because of his or her training or experience in the field. Essentially, a trial judge must appreciate the significance of police training and experience when evaluating the worth of the factors considered in forming a belief that an accused might be involved in a drug-related offence.

Reasonable suspicion must be assessed against the totality of the circumstances. Exculpatory, common, neutral, or equivocal information should not be discarded when assessing a constellation of factors. However, the test for reasonable suspicion will not be stymied when the factors which give rise to it are supportive of an innocent explanation. The police need not have evidence indicative of a reasonable *probability* of finding drugs under a reasonable suspicion standard. To require more would render the distinction between reasonable and probable grounds and reasonable suspicion all but illusory. We are looking here at possibilities, not probabilities. Are the facts objectively indicative of the *possibility* of criminal behaviour in light of the totality of the circumstances? If so, the objective component of the test will have been met. If not, the inquiry is at an end. While more innocent persons will be caught under a reasonable suspicion standard than under the reasonable and probable grounds standard, that is the logical consequence of the way these standards have been defined. This cost to individual privacy is accepted as a reasonable one in part because properly conducted sniff searches are minimally intrusive, narrowly targeted and highly accurate.

Here, the trial judge did not reject the officers' evidence as to the nature of their detail on the day in question and he declined to make an adverse finding of credibility. Therefore, it is accepted that the officer's testimony was credible. The factors identified by the officer provide the objective basis needed to support his belief that the accused might be involved in a drug-related offence. Looking at the totality of the evidence through the lens of an officer with training and field experience in the transportation and detection of drugs, the officer's subjective belief that the accused might be involved in a drug-related offence was objectively substantiated. Accordingly, the officer had reasonable suspicion that

qui se rapportent à sa formation et à son expérience ne sont pas exigées. Toutefois, les tribunaux ne doivent pas accepter sans réserves la formation et l'expérience des policiers. L'intuition fondée sur l'expérience du policier ne suffira pas, et les tribunaux ne sont pas tenus à la déférence à l'égard du point de vue d'un agent de police sur les circonstances du fait de sa formation ou de son expérience sur le terrain. Essentiellement, le juge doit prendre en compte l'importance de ces deux éléments lorsqu'il évalue les facteurs ayant amené le policier à croire à la possibilité d'une infraction liée à la drogue.

Les soupçons raisonnables doivent être examinés à la lumière de l'ensemble des circonstances. Il n'y a pas lieu d'écarter les facteurs disculpatoires, communs, neutres ou équivoques lors de l'examen de l'ensemble. Néanmoins, on ne saurait dire qu'il n'est pas satisfait au critère des soupçons raisonnables si les facteurs y donnant naissance peuvent admettre une explication innocente. Les policiers n'ont pas besoin d'éléments de preuve indiquant la *probabilité* raisonnable de découvrir de la drogue pour qu'il soit satisfait à la norme des soupçons raisonnables. Exiger davantage rendrait illusoire la distinction entre les motifs raisonnables et probables et les soupçons raisonnables. C'est une question de possibilités, non pas de probabilités. Les faits indiquent-ils objectivement la *possibilité* d'un comportement criminel compte tenu de l'ensemble des circonstances? Dans l'affirmative, il est satisfait à l'élément objectif du critère. Dans la négative, l'analyse prend fin. Bien que plus de personnes innocentes soient visées par la norme des soupçons raisonnables que par celle des motifs raisonnables et probables, c'est là la conséquence logique de la manière dont ces normes ont été définies. Cette incidence sur la vie privée, jugée raisonnable, est acceptée notamment parce que la fouille bien effectuée à l'aide d'un chien renifleur a un caractère peu envahissant, étroitement ciblé et hautement fiable.

En l'espèce, le juge de première instance n'a pas rejeté le témoignage des policiers à propos de la nature de leur peloton ce jour-là et n'a pas tiré de conclusion défavorable quant à la crédibilité. Par conséquent, la crédibilité du témoignage de l'agent est acceptée. Les facteurs relevés par ce dernier fournissent le fondement objectif nécessaire pour justifier sa croyance que l'accusé pouvait être impliqué dans une infraction liée à la drogue. Compte tenu de l'ensemble de la preuve, examinée du point de vue d'un agent de police formé et expérimenté en matière de transport et de détection de drogue, la croyance subjective de l'agent selon laquelle il était possible que l'accusé soit impliqué dans une infraction liée

the accused was engaged in a drug-related offence such that the police could enlist the sniffer dog to perform a sniff search of the accused's vehicle. The accused's s. 8 privacy rights were not breached and the marihuana seized from the rear hatch of his car was thus admissible at trial.

It is important that the detention and search issues be kept distinct because they stem from different police powers and must respect different *Charter* rights. The detention and the sniff must be independently justified, even if both are based on the same underlying facts that led police to reasonably suspect that the accused was involved in a drug-related offence. The conclusion that the police had reasonable suspicion sufficient to justify the sniffer-dog search thus leads to the conclusion that the police had reasonable grounds to detain the accused. There is no suggestion here that the manner in which the accused was detained was not reasonably necessary in the circumstances. Accordingly, there was no breach of the accused's right against arbitrary detention.

*Per* McLachlin C.J. and LeBel, Fish and Cromwell JJ. (dissenting): Rigorous judicial scrutiny of dog-sniff searches remains a vital part of the balance struck under s. 8 of the *Charter* between the need for effective law enforcement and the protection of the public's privacy rights. Without question, the police must be allowed to carry out their duties, and the reasonable suspicion standard acknowledges that innocent people may sometimes be reasonably suspected of a crime. Nevertheless, courts must remain vigilant and not shirk their role in evaluating police action for *Charter* compliance, particularly where the only effective check on that action is after-the-fact independent judicial assessment.

The police cannot simply draw on their experience in the field to create broad categories of "suspicious" behaviour into which almost anyone could fall. Such an approach risks transforming the already flexible standard of reasonable suspicion into the "generalized" suspicion standard that has been rejected in the past. In order to uphold and reinforce privacy rights, courts must not fail to hold police accountable when they stray from the proper exercise of their power and draw broad inferences of criminality without specific, individualized suspicion

à la drogue reposait sur des éléments objectifs. Par conséquent, l'agent avait des motifs raisonnables de soupçonner l'accusé d'une telle infraction et il pouvait faire appel au chien renifleur pour effectuer la fouille du véhicule de l'accusé. Il n'a pas été porté atteinte au droit de l'accusé à la vie privée découlant de l'art. 8, et la marihuana découverte dans le coffre de sa voiture et saisie était donc admissible au procès.

Il est important d'analyser séparément la détention et la fouille parce qu'elles reposent sur des pouvoirs policiers distincts et mettent en jeu différents droits garantis par la *Charte*. La détention et la fouille effectuée à l'aide d'un chien renifleur doivent être justifiées indépendamment, même si ces actions sont fondées sur les mêmes faits sous-jacents ayant donné naissance à des soupçons raisonnables quant à la participation de l'accusé à une infraction liée à la drogue. La conclusion selon laquelle les policiers avaient des soupçons raisonnables suffisants pour justifier d'utiliser le chien renifleur permet donc aussi de conclure que la police avait à l'égard de l'accusé des motifs raisonnables de détention. En l'espèce, rien ne permet de croire que la forme de détention de l'accusé n'était pas raisonnablement nécessaire dans les circonstances. Par conséquent, il n'y a pas eu atteinte au droit de l'accusé à la protection contre la détention arbitraire.

*La* juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Fish et Cromwell (dissidents) : L'examen rigoureux par les tribunaux des fouilles effectuées à l'aide de chiens renifleurs demeure un élément essentiel de l'équilibre, établi au regard de l'art. 8 de la *Charte*, entre la nécessité de l'application efficace de la loi et celle de la protection du droit à la vie privée. Assurément, il faut permettre aux policiers d'exercer leurs fonctions, et l'acceptation de la norme des soupçons raisonnables crée la possibilité que des personnes innocentes soient parfois raisonnablement soupçonnées d'un crime. Néanmoins, les tribunaux doivent demeurer vigilants et ne pas abdiquer leur fonction de vérification de la conformité à la *Charte* de l'action policière, particulièrement lorsque le seul moyen efficace de surveiller cette dernière se limite à une appréciation judiciaire indépendante effectuée après coup.

Les policiers ne peuvent pas se contenter de se fonder sur leur expérience pratique pour établir de larges catégories de comportements « suspects » susceptibles de s'appliquer à presque n'importe qui. On risque ainsi de substituer à la norme souple des soupçons raisonnables celle des soupçons « généraux » rejetée auparavant. Pour faire respecter et pour promouvoir le droit à la vie privée, les tribunaux ne doivent pas hésiter à demander des comptes aux policiers lorsqu'ils n'exercent pas correctement leur pouvoir et tirent des conclusions générales

that can be objectively assessed. The constellation of facts grounding reasonable suspicion must be based in the evidence, tied to the individual, and capable of supporting a logical inference of criminal behaviour. Further, exculpatory, neutral and equivocal factors form part of the constellation of relevant factors under the reasonable suspicion standard and cannot be disregarded by either the police or the court. The reasonable suspicion determination must be made from the perspective of a reasonable person standing in the shoes of the investigating officer. However, even while undertaking its objective assessment from an officer's perspective, a court should not show that officer's testimony any particular deference. The danger of placing undue emphasis on an officer's testimony is that a court may inadvertently subvert the objective component of the reasonable suspicion standard. The objective analysis of reasonable suspicion is often largely dependent on a police officer's personal observations. Credibility is therefore pertinent not only to the officer's subjective belief; it also affects the reasonableness of the officer's suspicion. As a result, an appellate court should keep a trial judge's credibility concerns in mind when undertaking its assessment of whether an officer had objective grounds on which to base his suspicion.

The police lacked the requisite reasonable suspicion to conduct the dog-sniff search in this case. Specifically, the police lacked objective grounds on which to justify deploying a sniffer dog to search the accused's vehicle. The trial judge committed neither an error of law nor a palpable and overriding error of fact. The trial judge understood the reasonable suspicion standard. Nothing in the trial judge's reasons indicates that he did not know that the experience and training of police officers is an important consideration. The police in this case relied on markers that apply broadly to innocent people, or markers only of generalized suspicion which were at best highly equivocal. Taking into account the officer's training and experience, the totality of the circumstances, including neutral and equivocal factors, and showing due deference to the trial judge's credibility concerns with regard to the officer's observations, the collective significance of these factors is not capable of supporting a logical inference of criminal behaviour. Therefore, the Court of Appeal had no basis on which to interfere with the trial judge's conclusion. Ultimately, the constellation of factors available to the police was insufficient to ground reasonable suspicion and the accused's *Charter* rights were breached

relatives à la criminalité sans soupçons précis et particuliers appréciables objectivement. L'ensemble des faits justifiant les soupçons raisonnables doit reposer sur la preuve, être lié au suspect et pouvoir étayer une inférence logique quant à l'existence d'un comportement criminel. En outre, les facteurs disculpatoires, neutres ou équivoques font partie de l'ensemble des facteurs pertinents dont il faut tenir compte pour l'application de la norme des soupçons raisonnables; ni les policiers ni le tribunal ne sauraient en faire abstraction. L'existence des soupçons raisonnables doit être appréciée du point de vue d'une personne raisonnable mise à la place de l'enquêteur. Toutefois, même en appréciant objectivement le point de vue du policier, le tribunal ne doit pas faire particulièrement preuve de déférence à l'égard du témoignage de ce dernier. En accordant trop de crédit au témoignage d'un policier, le tribunal risque de compromettre par inadvertance l'élément objectif de la norme des soupçons raisonnables. L'analyse objective des soupçons raisonnables est souvent subordonnée, en grande partie, aux observations personnelles du policier. La crédibilité n'est donc pas seulement pertinente pour évaluer la croyance subjective du policier; elle a également une incidence sur le caractère raisonnable de ses soupçons. Par conséquent, la cour d'appel doit tenir compte des réserves du juge de première instance sur la crédibilité lorsqu'elle détermine si des motifs objectifs étaient les soupçons du policier.

Les policiers n'avaient pas les soupçons raisonnables requis pour effectuer la fouille à l'aide d'un chien renifleur en l'espèce. En particulier, les policiers ne pouvaient justifier par un motif objectif la fouille du véhicule de l'accusé au moyen d'un tel chien. Le juge de première instance n'a commis ni erreur de droit, ni erreur manifeste et dominante de fait. Il avait bien compris la norme des soupçons raisonnables. Rien dans les motifs du juge n'indique qu'il ignorait que l'expérience et la formation des policiers constituaient une considération importante. En l'espèce, les policiers ont invoqué des caractéristiques applicables globalement aux personnes innocentes, c'est-à-dire des caractéristiques qui ne donnent naissance qu'à des soupçons généraux, pour le moins équivoques. Compte tenu de la formation et de l'expérience du policier ainsi que de l'ensemble des circonstances, y compris les facteurs neutres et équivoques, et si on fait preuve de la déférence voulue à l'endroit des réserves relatives à la crédibilité énoncées par le juge de première instance à propos des observations du policier, la signification collective de ces facteurs ne permet pas de tirer une inférence logique quant à l'existence d'un comportement criminel. Par conséquent, la Cour d'appel

as a result. Furthermore, the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute and should be excluded.

### Cases Cited

By Moldaver J.

**Referred to:** *R. v. Chehil*, 2013 SCC 49, [2013] 3 S.C.R. 220; *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456; *R. v. A.M.*, 2008 SCC 19, [2008] 1 S.C.R. 569; *R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341; *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527; *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8; *Florida v. Jardines*, 133 S.Ct. 1409 (2013); *R. v. Nolet*, 2010 SCC 24, [2010] 1 S.C.R. 851; *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59; *R. v. Yeh*, 2009 SKCA 112, 337 Sask. R. 1; *R. v. Schrenk*, 2010 MBCA 38, 255 Man. R. (2d) 12; *R. v. Aucoin*, 2012 SCC 66, [2012] 3 S.C.R. 408; *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3; *R. v. Turpin*, 2010 SKQB 444, 365 Sask. R. 67, aff'd 2012 SKCA 50, 393 Sask. R. 184; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Shepherd*, 2009 SCC 35, [2009] 2 S.C.R. 527; *R. v. Tran*, 2007 BCCA 491, 247 B.C.A.C. 109; *R. v. Whyte*, 2011 ONCA 24, 272 O.A.C. 317.

By LeBel J. (dissenting)

*R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456; *R. v. Chehil*, 2013 SCC 49, [2013] 3 S.C.R. 220; *Graat v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 819; *R. v. Yeh*, 2009 SKCA 112, 337 Sask. R. 1; *R. v. Dinardo*, 2008 SCC 24, [2008] 1 S.C.R. 788; *R. v. Morrissey* (1995), 22 O.R. (3d) 514; *R. v. Bramley*, 2009 SKCA 49, 324 Sask. R. 286; *R. v. Gagnon*, 2006 SCC 17, [2006] 1 S.C.R. 621; *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 8, 9, 10(b), 24(2).  
*Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, s. 5(2).  
*Traffic Safety Act*, S.S. 2004, c. T-18.1.

n'avait aucune raison d'annuler la conclusion du juge de première instance. En fin de compte, l'ensemble de facteurs dont disposaient les policiers ne suffisait pas pour justifier les soupçons raisonnables; par conséquent, les droits que la *Charte* garantit à l'accusé ont été violés. De plus, l'admission de la preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, et celle-ci doit donc être écartée.

### Jurisprudence

Citée par le juge Moldaver

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Chehil*, 2013 CSC 49, [2013] 3 R.C.S. 220; *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456; *R. c. A.M.*, 2008 CSC 19, [2008] 1 R.C.S. 569; *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341; *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527; *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8; *Florida c. Jardines*, 133 S.Ct. 1409 (2013); *R. c. Nolet*, 2010 CSC 24, [2010] 1 R.C.S. 851; *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59; *R. c. Yeh*, 2009 SKCA 112, 337 Sask. R. 1; *R. c. Schrenk*, 2010 MBCA 38, 255 Man. R. (2d) 12; *R. c. Aucoin*, 2012 CSC 66, [2012] 3 R.C.S. 408; *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3; *R. c. Turpin*, 2010 SKQB 444, 365 Sask. R. 67, conf. par 2012 SKCA 50, 393 Sask. R. 184; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Shepherd*, 2009 CSC 35, [2009] 2 R.C.S. 527; *R. c. Tran*, 2007 BCCA 491, 247 B.C.A.C. 109; *R. c. Whyte*, 2011 ONCA 24, 272 O.A.C. 317.

Citée par le juge LeBel (dissident)

*R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456; *R. c. Chehil*, 2013 CSC 49, [2013] 3 R.C.S. 220; *Graat c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 819; *R. c. Yeh*, 2009 SKCA 112, 337 Sask. R. 1; *R. c. Dinardo*, 2008 CSC 24, [2008] 1 R.C.S. 788; *R. c. Morrissey* (1995), 22 O.R. (3d) 514; *R. c. Bramley*, 2009 SKCA 49, 324 Sask. R. 286; *R. c. Gagnon*, 2006 CSC 17, [2006] 1 R.C.S. 621; *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 8, 9, 10(b), 24(2).  
*Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19, art. 5(2).  
*Traffic Safety Act*, S.S. 2004, ch. T-18.1.



**Authors Cited**

Sankoff, Peter, and Stéphane Perrault. “Suspicious Searches: What’s so Reasonable About Them?” (1999), 24 C.R. (5th) 123.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (Klebus C.J. and Richards and Caldwell J.J.A.), 2011 SKCA 64, 371 Sask. R. 291, 86 C.R. (6th) 78, 239 C.R.R. (2d) 218, [2011] 12 W.W.R. 102, 518 W.A.C. 291, [2011] S.J. No. 328 (QL), 2011 CarswellSask 351, setting aside a decision of McLellan J., 2009 SKQB 415, 342 Sask. R. 281, 202 C.R.R. (2d) 11, [2009] S.J. No. 625 (QL), 2009 CarswellSask 695, and remitting the matter to trial. Appeal dismissed, McLachlin C.J. and LeBel, Fish and Cromwell JJ. dissenting.

*Barry P. Nychuk*, for the appellant.

*Douglas G. Curliss, Q.C.*, for the respondent.

*Amy Alyea*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Michael A. Feder* and *H. Michael Rosenberg*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

*Mahmud Jamal*, *David Mollica* and *W. David Rankin*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Written submissions only by *Tamir Israel*, for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic.

The judgment of Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ. was delivered by

**MOLDAVER J.** —

**I. Introduction**

[1] In this case, Benjamin MacKenzie takes issue with a police sniffer-dog search of his vehicle that occurred during the course of a highway traffic stop.

**Doctrine et autres documents cités**

Sankoff, Peter, and Stéphane Perrault. « Suspicious Searches : What’s so Reasonable About Them? » (1999), 24 C.R. (5th) 123.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Saskatchewan (le juge en chef Klebus et les juges Richards et Caldwell), 2011 SKCA 64, 371 Sask. R. 291, 86 C.R. (6th) 78, 239 C.R.R. (2d) 218, [2011] 12 W.W.R. 102, 518 W.A.C. 291, [2011] S.J. No. 328 (QL), 2011 CarswellSask 351, qui a infirmé une décision du juge McLellan, 2009 SKQB 415, 342 Sask. R. 281, 202 C.R.R. (2d) 11, [2009] S.J. No. 625 (QL), 2009 CarswellSask 695, et ordonné la tenue d’un nouveau procès. Pourvoi rejeté, la juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Fish et Cromwell sont dissidents.

*Barry P. Nychuk*, pour l’appellant.

*Douglas G. Curliss, c.r.*, pour l’intimée.

*Amy Alyea*, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

*Michael A. Feder* et *H. Michael Rosenberg*, pour l’intervenante l’Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

*Mahmud Jamal*, *David Mollica* et *W. David Rankin*, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

Argumentation écrite seulement par *Tamir Israel*, pour l’intervenante la Clinique d’intérêt public et de politique d’internet du Canada Samuelson-Glushko.

Version française du jugement des juges Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis et Wagner rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

**I. Introduction**

[1] En l’espèce, Benjamin MacKenzie conteste la fouille de son véhicule effectuée par la police à l’aide d’un chien renifleur lors d’un contrôle

He says the police lacked reasonable suspicion that he was involved in a drug-related offence when they had their dog sniff his vehicle. Asserting that the sniff was thus an unconstitutional search, he seeks to have the 31.5 lbs of marihuana found in the rear hatch of his car excluded, leaving the Crown with no case against him. The trial judge agreed with Mr. MacKenzie and excluded the evidence, but the Court of Appeal for Saskatchewan reversed the decision. Because the police did have reasonable grounds to suspect that Mr. MacKenzie was involved in a drug-related offence, I am satisfied the sniff was lawful. I would accordingly dismiss the appeal.

[2] In this appeal, and in the companion case of *R. v. Chehil*, 2013 SCC 49, [2013] 3 S.C.R. 220, we seek to clarify certain principles concerning sniffer-dog searches first articulated in *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456, and *R. v. A.M.*, 2008 SCC 19, [2008] 1 S.C.R. 569. Those cases established that the police may use sniffer dogs for routine crime prevention in contexts where individuals have a reasonable, but lesser, expectation of privacy, such as bus terminals and schools, and the police have reasonable grounds to suspect that a search will reveal evidence of a criminal offence. In the present cases, which concern analogous contexts of an airport and a motor vehicle on a public highway, we consider the meaning of the term “reasonable suspicion” and the types of evidence a court can look to in deciding whether the standard of “reasonable suspicion” has been met. We also consider how the police should proceed when a dog provides a positive indication, or “alerts”, to the presence of a targeted substance.

[3] I have had the benefit of reading the reasons of Karakatsanis J. in *Chehil*. My colleague’s efforts have spared me the heavy lifting in this case, as the broader questions that I have just mentioned are fully canvassed in her reasons. I therefore concentrate

roucier. Selon lui, les agents de police n’avaient pas de motifs raisonnables de le soupçonner d’une infraction liée à la drogue lorsqu’ils ont utilisé le chien. En affirmant que la fouille était ainsi inconstitutionnelle, il demande l’exclusion de la preuve — 31,5 lb de marihuana découverte dans le coffre de sa voiture — ce qui prive le ministère public de toute preuve à charge. Le juge de première instance a accepté les arguments de M. MacKenzie et écarté la preuve, mais la Cour d’appel de la Saskatchewan a infirmé sa décision. Puisque les policiers avaient effectivement des motifs raisonnables de soupçonner M. MacKenzie d’une infraction liée à la drogue, je suis convaincu que la fouille effectuée à l’aide du chien renifleur était légale. Par conséquent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

[2] Dans le présent pourvoi et dans le pourvoi connexe, *R. c. Chehil*, 2013 CSC 49, [2013] 3 R.C.S. 220, nous cherchons à clarifier certains principes régissant les fouilles effectuées à l’aide de chiens renifleurs, principes énoncés pour la première fois dans les arrêts *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456, et *R. c. A.M.*, 2008 CSC 19, [2008] 1 R.C.S. 569. Suivant ces arrêts, les policiers peuvent faire appel à un chien renifleur pour les opérations courantes de prévention du crime là où les gens ont une attente en matière de vie privée raisonnable, quoique réduite, comme les gares d’autobus et les écoles, quand les policiers ont des motifs raisonnables de soupçonner que la fouille révélera des éléments de preuve d’une infraction. Dans les affaires dont nous sommes saisis, qui se sont produites dans des endroits analogues, à savoir un aéroport et une automobile roulant sur la voie publique, nous nous penchons sur le sens du terme « soupçons raisonnables » et sur les types de preuve permettant au tribunal de déterminer s’il a été satisfait à la norme « des soupçons raisonnables ». Nous examinons également la marche à suivre par les policiers lorsqu’un chien indique la présence d’une substance ciblée, c’est-à-dire lorsqu’il « alerte » son maître.

[3] J’ai eu l’occasion de lire les motifs de la juge Karakatsanis dans l’arrêt *Chehil*. Ses efforts m’ont épargné le gros du travail, comme ma collègue analyse en profondeur les grandes questions que je mentionne précédemment. Mon analyse portera

here on the application of the reasonable suspicion standard to the facts of this case. I also address certain additional issues that arise in the context of a sniffer-dog search that occurs subsequent to a roadside stop, as occurred here. The Court did not address those issues in *Kang-Brown* and *A.M.* and the facts of this case present an occasion for clarification of the applicable principles.

## II. Facts

[4] Mr. MacKenzie's case did not proceed to trial. In a pre-trial motion, he moved to have the marihuana excluded from evidence on the basis of arguments grounded in his s. 8 right against unreasonable search and seizure and his s. 9 right against arbitrary detention under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The evidence at the *voir dire* consisted of the testimony of Constables Sperlie and Warner of the Royal Canadian Mounted Police ("RCMP"). The appellant, Mr. MacKenzie, did not testify, nor did he call evidence.

### A. The Initial Stop

[5] On September 12, 2006, Constables Sperlie and Warner were in a marked police cruiser monitoring traffic on the Trans-Canada Highway just west of Caronport, Saskatchewan. At about 7:00 p.m., the constables observed the appellant's maroon Nissan travelling in an easterly direction towards them. As the appellant's car came over the crest of a hill, the police radar indicated that it was travelling at a speed of 112 kilometres per hour — a mere two kilometres per hour over the posted limit. At this point, however, the officers saw the front end of the appellant's car "pitching forward like it was slowing down very fast" (A.R., vol. II, at p. 4). They attributed this to the sudden and rapid deceleration of the car from 112 kilometres per hour to 89 kilometres per hour — the speed at which the car was travelling when it passed their police cruiser.

donc surtout sur l'application de la norme des soupçons raisonnables aux faits de l'affaire. J'examinerai également d'autres questions qu'une fouille comme celle qui nous concerne, à savoir une fouille effectuée à l'aide d'un chien renifleur à la suite d'un contrôle routier, est susceptible de susciter. La Cour ne se prononce pas sur ces questions dans *Kang-Brown* et *A.M.*; les faits de la présente affaire nous donnent l'occasion de préciser les principes applicables.

## II. Les faits

[4] L'affaire de M. MacKenzie a pris fin avant l'étape du procès. Dans une requête préliminaire, il a demandé l'exclusion de la preuve, à savoir la marihuana, invoquant le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garanti par l'art. 8 et le droit à la protection contre la détention arbitraire protégé par l'art. 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La preuve présentée lors du *voir-dire* était constituée du témoignage des agents Sperlie et Warner de la Gendarmerie royale du Canada (la « GRC »). L'appelant, M. MacKenzie, n'a pas témoigné ni présenté de preuve.

### A. L'interception

[5] Le 12 septembre 2006, les agents Sperlie et Warner surveillaient la circulation routière à bord d'une voiture de police sur la Transcanadienne, à l'ouest de Caronport, en Saskatchewan. Vers 19 h, les agents ont remarqué la Nissan rouge grenat de l'appelant, qui roulait vers l'est, s'approcher d'eux. Lorsque le véhicule a atteint le sommet de la pente, le radar indiquait une vitesse de 112 km/h — à peine 2 km/h au-dessus de la limite permise. Toutefois, les agents de police ont alors vu le nez de la voiture [TRADUCTION] « piquer comme si elle ralentissait très vite » (d.a., vol. II, p. 4). Ils ont attribué ce phénomène à la décélération brusque de 112 km/h à 89 km/h — la vitesse de la voiture lorsqu'elle a croisé leur véhicule.

[6] The officers pursued the appellant. Two kilometres down the road, they spotted his car parked on the side of the highway. The officers had not signalled him to stop. They wanted to give him a warning about speeding, even though they were unsure of precisely how fast he had been driving.

[7] During cross-examination, Cst. Warner explained that it was not his practice to write tickets for drivers going only two kilometres per hour above the speed limit. However, in cases like the present one where he was unable to get a reading on precisely how fast the vehicle was travelling, he would pull the driver over in order to “provide a warning of some type, either written or verbal” (A.R., vol. II, at p. 65).

[8] The appellant was the only occupant of the car. As Cst. Sperlie approached the driver’s window, the appellant — unprompted — said “he was sorry, he knew he was speeding, he would slow down” (A.R., vol. II, at p. 5). Cst. Sperlie confirmed that “the reason for the stop was [the police] believed he was speeding” (*ibid.*). Upon request by Cst. Sperlie, the appellant produced his licence and registration.

B. *Constable Sperlie’s Observations of the Appellant*

[9] When the appellant was handing over his licence and registration documents, Cst. Sperlie noticed that the appellant’s hands “were shaky, they were trembling” (A.R., vol. II, at p. 6). He further noted that the appellant “appeared to be sweating” with “beads of sweat forming on his forehead”, that “his breathing was very rapid”, and that “his carotid artery was pulsing very rapidly” (*ibid.*).

[10] The appellant’s strained breathing led Cst. Sperlie to ask the appellant if he was “all right”, at which point the appellant sought and received permission to take his asthma medication (A.R., vol. II, at p. 6). According to Cst. Sperlie, the medication did not result in any “noticeable decrease” in the appellant’s rapid breathing (*ibid.*).

[6] Les agents ont suivi l’appelant. Deux kilomètres plus loin, ils ont aperçu sa voiture garée en bordure de la route. Ils ne lui avaient pas ordonné de s’arrêter. Ils voulaient lui donner un avertissement pour excès de vitesse, même s’ils ne pouvaient dire avec précision à quelle vitesse il roulait plus tôt.

[7] Lors du contre-interrogatoire, l’agent Warner a expliqué qu’il n’avait pas l’habitude de donner des contraventions aux automobilistes qui excédaient seulement de 2 km/h la limite permise. Or, dans un cas comme celui-ci, lorsqu’il ne dispose pas du relevé exact de la vitesse, il demande au conducteur d’immobiliser sa voiture pour [TRADUCTION] « lui donner un avertissement quelconque, écrit ou verbal » (d.a., vol. II, p. 65).

[8] L’appelant était seul dans la voiture. Lorsque l’agent Sperlie s’est approché de la glace du côté du conducteur, l’appelant a dit spontanément [TRADUCTION] « qu’il était désolé, qu’il savait qu’il roulait à une vitesse excessive, mais qu’il ralentirait » (d.a., vol. II, p. 5). L’agent Sperlie a confirmé que « la raison pour laquelle il a été intercepté était que nous [les policiers] estimions qu’il avait dépassé la limite de vitesse » (*ibid.*). À la demande de l’agent Sperlie, l’appelant a présenté son permis et le certificat d’immatriculation du véhicule.

B. *Les observations de l’agent Sperlie à propos du comportement de l’appelant*

[9] Lorsque l’appelant lui a remis son permis et le certificat d’immatriculation, l’agent Sperlie a remarqué que ses mains [TRADUCTION] « tremblaient » (d.a., vol. II, p. 6). Il a aussi remarqué que l’appelant « semblait transpirer », que « des gouttes de sueur perlaient sur son front », que « sa respiration était très rapide », et que « le pouls de son artère carotide était très rapide » (*ibid.*).

[10] Les difficultés respiratoires de l’appelant ont mené l’agent Sperlie à lui demander s’il [TRADUCTION] « allait bien », et l’appelant a alors demandé et obtenu la permission de prendre son médicament contre l’asthme (d.a., vol. II, p. 6). Selon l’agent Sperlie, le médicament n’a provoqué aucune « diminution notable » des halètements

Cst. Sperlie further noticed that the appellant's eyes "had a pinkish colour to them" (*ibid.*).

[11] According to Cst. Sperlie, the appellant's nervous reaction continued even after he was told that he was being investigated for a minor speeding infraction. Although he had been involved in thousands of traffic stops, Cst. Sperlie stated that "Mr. MacKenzie's level of nervousness was extremely high, it was probably some of the highest nervousness that I've seen in a traffic stop" (A.R., vol. II, at p. 11).

[12] When questioned about the details of his trip, the appellant replied that he was returning to Regina from Calgary. After claiming initially that he had left Regina to go to Calgary the preceding day, he corrected himself, stating instead that he had left Regina two days ago. According to Cst. Sperlie, "[h]e seemed to be somewhat confused on when he had traveled to Calgary" (A.R., vol. II, at p. 7).

[13] While Cst. Sperlie was talking to the appellant about his trip, Cst. Warner advised Cst. Sperlie that he had performed a record check on the appellant and that the result was "all negative" (A.R., vol. II, at p. 7). By now, Cst. Sperlie suspected that the appellant was involved in an offence under the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19 ("CDSA").

[14] As a consequence, Cst. Sperlie asked the appellant to step out of the vehicle, after which he advised the appellant of the basis for his suspicions. Cst. Sperlie recalls telling the appellant that he was "going to temporarily detain him, for further investigation" (A.R., vol. II, at p. 8) and then advised him of his *Charter* rights, including his right to counsel under s. 10(b). The appellant said he understood his rights and declined to call a lawyer.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Consequently, this appeal does not raise the question of — and we do not answer — whether the police could have proceeded with the sniff had the appellant asked to call his lawyer.

de l'appelant (*ibid.*). L'agent Sperlie a également remarqué que les yeux de l'appelant « étaient teintés de rose » (*ibid.*).

[11] Selon l'agent Sperlie, la nervosité de l'appelant n'a pas diminué, même après que celui-ci a été avisé qu'il faisait l'objet d'une enquête relative à une contravention mineure pour excès de vitesse. L'agent Sperlie a affirmé que, d'après son expérience des milliers de contrôles routiers auxquels il avait participé, [TRADUCTION] « [l]e degré de nervosité de M. MacKenzie était extrêmement élevé, probablement parmi les plus élevés que j'ai jamais vus lors d'un contrôle routier » (d.a., vol. II, p. 11).

[12] En réponse aux questions au sujet de son déplacement, l'appelant a dit qu'il rentrait à Regina après s'être rendu à Calgary. Après avoir affirmé qu'il avait quitté Regina la veille pour aller à Calgary, il s'est repris et a indiqué qu'il avait quitté Regina deux jours auparavant. Selon l'agent Sperlie, [TRADUCTION] « [i]l semblait quelque peu confus quant au moment où il s'était rendu à Calgary » (d.a., vol. II, p. 7).

[13] Pendant que l'agent Sperlie questionnait l'appelant sur son déplacement, l'agent Warner l'a avisé que la vérification des antécédents de celui-ci n'avait [TRADUCTION] « pas donné de résultat » (d.a., vol. II, p. 7). L'agent Sperlie soupçonnait alors l'appelant d'une infraction à la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19 (la « *LRC DAS* »).

[14] Par conséquent, l'agent Sperlie a enjoint à l'appelant de sortir du véhicule, après quoi il l'a informé des motifs de ses soupçons. Le policier se souvient d'avoir avisé l'appelant qu'il allait [TRADUCTION] « le détenir temporairement, pour poursuivre l'enquête » (d.a., vol. II, p. 8) et de l'avoir informé des droits que lui conférait la *Charte*, dont le droit à l'assistance d'un avocat, garanti par l'al. 10(b). L'appelant a dit qu'il comprenait ses droits et a renoncé à appeler un avocat<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Le présent pourvoi ne soulève donc pas la question — que nous ne trancherons pas — de savoir si les policiers auraient pu effectuer la fouille au moyen du chien renifleur si l'appelant avait demandé de parler à son avocat.



[15] Cst. Sperlie testified that the inferences he drew from his observations of the appellant stemmed from his training and experience. He had completed the usual standardized field sobriety testing course, including a half-day lecture on different types of drugs and their observable effects on humans. He further stated that he had attended an RCMP drug “pipeline course” where he learned about different indicators and behaviours that are commonly exhibited by highway travellers who are involved in criminal conduct, and a second week-long “advanced pipeline course”, where he gained further insight into traffic stop scenarios, including training about hidden compartments in vehicles.

[16] Added to this was Cst. Sperlie’s experience in the field. He testified that he had been involved with “probably in excess of 5,000” traffic stops and discovered drugs and other controlled substances on “about 150” occasions, “[t]he vast majority of those [being] highway traffic stops” (A.R., vol. II, at pp. 9-10). He was not questioned by the Crown or the defence about the number of times he had searched vehicles for drugs and come away empty-handed. Nor was he seriously challenged in cross-examination about his training and experience as a police officer or the factors used by the police to detect the behavioural characteristics and practices of drug users and traffickers.

[17] In line with his training and experience, Cst. Sperlie testified that there were a number of factors in the appellant’s case that led him to believe that the appellant might be involved in an offence under the *CDSA*. The factors upon which he relied are found in the following excerpts from his testimony:

(1) Erratic Driving

A: . . . I’ve seen driving behaviours with regards to erratic driving. Commonly when a vehicle approaches the police

[15] D’après l’agent Sperlie, les inférences qu’il avait tirées à partir de ses observations sur le comportement de l’appelant découlaient de sa formation et de son expérience. Il avait suivi la formation habituelle sur les tests normalisés de sobriété administrés sur place, y compris un exposé d’une demi-journée sur différents types de drogue et leurs effets visibles sur l’humain. Il a ajouté qu’il avait suivi un « cours sur les lignes d’approvisionnement » en drogue offert par la GRC, où il avait étudié différents indices et comportements fréquents chez les automobilistes criminels, ainsi qu’un deuxième « cours de niveau avancé sur les lignes d’approvisionnement » d’une semaine où il en avait appris davantage sur différentes situations susceptibles de se produire lors de contrôles routiers et sur les compartiments secrets aménagés dans les véhicules.

[16] À la formation suivie par l’agent Sperlie venait s’ajouter son expérience sur le terrain. Il a témoigné avoir participé à [TRADUCTION] « probablement plus de 5 000 » contrôles routiers et avoir découvert de la drogue ou d’autres substances réglementées dans « environ 150 » cas, « [e]n grande partie lors de contrôles effectués sur la grande route » (d.a., vol. II, p. 9-10). Ni le ministère public ni la défense ne l’ont interrogé sur le nombre de fouilles de véhicules vaines. L’agent Sperlie n’a pas subi de contre-interrogatoire serré au sujet de sa formation et de son expérience comme agent de police ni au sujet des facteurs permettant à la police de détecter les caractéristiques liées au comportement et les pratiques propres aux consommateurs et aux trafiquants de drogue.

[17] D’après la formation et l’expérience de l’agent Sperlie, la présence de plusieurs facteurs dans le cas de l’appelant l’a mené à croire à une infraction à la *LRCDA*. Les facteurs en question ressortent des extraits suivants de son témoignage :

(1) Conduite imprévisible

[TRADUCTION]

R: . . . J’ai vu des comportements liés à une conduite imprévisible. En règle générale, le véhicule qui s’approche

vehicle, if they're exceeding the speed limit, that vehicle will generally slow down to the speed limit and continue past the police. In this case I observed a very erratic reaction, over reaction to police presence, where the vehicle actually slowed down to 20 kilometres per hour under the speed limit and then continued at that, and in fact the vehicle pulled over to the side of the road before we even got behind it and put the lights on.

. . .

A: . . . The erratic driving to me was — was certainly an overreaction, something that I have experienced in the past during the course of my — my traffic duties, as — as an overreaction with people that are trying to hide something from the police. [A.R., vol. II, at pp. 10-11]

## (2) Extreme Nervousness

A: Yeah, in — in all the traffic stops that I've been involved with I've seen different behaviours and stuff like that, nervousness being one of them. In every traffic stop there's a certain level of nervousness, and that — that nervousness quickly diminishes early on in the stop. I've seen in the investigations where we've detected a traveling criminal, or somebody that's involved in criminality, that nervousness does not diminish, it stays very elevated, and in some cases increases in elevation up until the point when we discover what it is the person is — is trying to hide from us. . . .

. . .

A: . . . Mr. MacKenzie's level of nervousness was extremely high, it was probably some of the highest nervousness that I've seen in a traffic stop. And what is significant about this nervousness is when I told him the reason — the relatively minor reason for the stop, this nervousness did not diminish, it — it stayed very, very elevated. . . .

. . .

A: . . . there was no other reason for him — that we located, for him to be nervous. He wasn't a suspended driver, you know, he didn't forget to renew his driver's licence, or anything like that, typical things where I will see people that are nervousness . . . [A.R., vol. II, at pp. 10-12 and 14]

d'une voiture de police à une vitesse supérieure à la limite ralentira jusqu'à la vitesse permise et dépassera la voiture de police à cette vitesse. Dans ce cas, j'ai remarqué une réaction particulière, une réaction exagérée à la présence policière. Le véhicule en question a ralenti en fait jusqu'à une vitesse de 20 km/h en dessous de la limite, a continué à rouler à cette vitesse et s'est même rangé sur le bord de la route avant même que nous ne le rattrapions et que nous n'allumions les gyrophares.

. . .

R: . . . La conduite imprévisible constituait à mon avis — certainement une réaction exagérée, quelque chose que j'ai déjà connu dans l'exercice de mes — mes fonctions liées à la sécurité routière, comme — comme une réaction exagérée de gens qui essayent de cacher quelque chose à la police. [d.a., vol. II, p. 10-11]

## (2) Nervosité extrême

R: Oui, dans — dans tous les contrôles routiers auxquels j'ai participé, j'ai observé différents comportements, dont la nervosité. Chaque contrôle routier provoque un certain degré de nervosité et cet — état de nervosité diminue rapidement après l'interception. J'ai constaté dans le cadre des enquêtes où nous avons repéré un criminel sur la route, ou quelqu'un qui participait à des activités criminelles, que la nervosité ne diminue pas, elle demeure à un niveau élevé, et, dans certains cas, son intensité augmente jusqu'à ce que nous découvrions ce que la personne en question — tente de nous cacher. . .

. . .

R: . . . Le degré de nervosité de M. MacKenzie était extrêmement élevé, probablement parmi les plus élevés que j'ai jamais vus lors d'un contrôle routier. Et fait important, lorsque je lui ai dit la raison — le motif relativement mineur de l'interception, cette nervosité n'a pas diminué — son niveau est resté très, très élevé. . .

. . .

R: . . . il n'avait aucune raison — que nous avons pu repérer, d'être nerveux. Son permis de conduire n'était pas suspendu, vous savez, il n'avait pas oublié de le renouveler, ou quelque chose de ce genre, des situations typiques où je vois des gens nerveux . . . [d.a., vol. II, p. 10-12 et 14]

(3) Physical Signs Consistent With the Use of Marihuana

A: . . . Mr. MacKenzie had a pinkish colour to his eyes, and on the SFST course, the standardized field sobriety testing course, during that half day lecture on drugs one of the — one of the symptoms that they taught us about cannabis marihuana was it will — it can cause a reddish or a pink coloration to the — to the eyes, and I did see a pink coloration in Mr. MacKenzie's eyes. The other thing they taught us too is that marihuana use can cause muscle tremors that you can see in the hands or the leg, eye tremors, that type of thing. And those two sym — the tremors I saw in his hand I've also seen as a — as an indication of a very elevated level of nervousness. During my investigations involving drugs on the side of the highway, those primarily involved cannabis marihuana, and I've talked to those people that use cannabis marihuana about the effects that it has on them, things like that, and I've seen the pink eyes that they have, and they tell me that they'll frequently use products like Visine to get rid of that pink colour so that nobody knows that they've — they've used marihuana. I've also seen people that were high on marihuana and they did have the muscle tremors, eyelid tremors, leg tremors, finger tremors. [A.R., vol. II, at p. 12]

(4) Travel on a Known Drug Pipeline

A: . . . Mr. MacKenzie told me that he was coming from Calgary and that he was traveling to Regina. I do know Calgary, through my experience as a peace officer, as being a well known source of controlled drugs and substances, and that the — the typical movement of drugs in Western Canada goes from west to east, and certainly some of those drugs come from Calgary to — to Regina. Mr. MacKenzie also appeared somewhat confused with regards to when he went to Calgary. He — I've experienced in the past where people that are involved in criminality on the highway, they try to make up a story very quickly at the side of the road, to try to prevent being detected, to have their — the activity that they're involved in detected by police, and a lot of times their story will start to get messed up and they don't — they don't — they're trying not to say that they just drove out to a place real quick, to pick up drugs and come back to Regina, they don't want to say that to the police. So they'll start to try to make the story up, and I've seen that in the past, where they get confused on the story. [A.R., vol. II, at p. 13]

(3) Signes physiques correspondant à la consommation de marihuana

R : . . . Les yeux de M. MacKenzie étaient teintés de rose. Dans le cadre du cours TSNAF, sur les tests de sobriété normalisés administrés sur place, pendant cet exposé d'une demi-journée sur différents types de drogues — nous avons appris que la consommation de cannabis marihuana — peut causer une coloration rougeâtre ou rosée des — des yeux, et j'ai d'ailleurs remarqué que les yeux de M. MacKenzie avaient une couleur rosée. Nous avons également appris que la consommation de marihuana peut causer des spasmes musculaires dans les mains, les jambes ou les yeux, ce genre de choses. Et ces deux sym — le tremblement de ses mains que j'ai vu je l'ai considéré comme une — une indication d'une nervosité extrême. Au cours des interceptions sur la route, liées principalement au cannabis marihuana, j'ai parlé à ceux qui consomment cette drogue des effets causés, de choses pareilles, et j'ai remarqué qu'ils avaient les yeux roses et ils m'ont dit qu'ils utilisaient souvent des produits comme Visine pour ce problème pour que personne ne sache qu'ils ont — qu'ils ont consommé de la marihuana. J'ai aussi vu des gens sous l'effet de la marihuana qui avaient des spasmes musculaires dans les paupières, les jambes, les doigts. [d.a., vol. II, p. 12]

(4) Déplacement sur un axe correspondant à une ligne connue d'approvisionnement en drogue

R : . . . M. MacKenzie m'a dit qu'il arrivait de Calgary et qu'il allait à Regina. Je sais, grâce à mon expérience en tant qu'agent de la paix, que Calgary est une source bien connue de drogue et de substances réglementées, et que — la drogue dans l'Ouest canadien se déplace d'ouest en est, et, bien sûr, certaines de ces drogues arrivent à — à Regina à partir de Calgary. M. MacKenzie semblait aussi quelque peu confus quant à la date à laquelle il s'était rendu à Calgary. Il — j'ai déjà vu des situations où ceux qui sont impliqués dans des activités criminelles interceptés sur la route essaient d'inventer très rapidement une histoire pour éviter d'être repérés, que — l'activité à laquelle ils participent soit repérée par la police, et il arrive souvent que leur histoire devienne confuse et ils ne — ils ne — ils essaient de ne pas dire qu'ils n'ont fait qu'un aller-retour rapide en voiture, pour prendre de la drogue et revenir à Regina, ils ne veulent pas dire ça aux policiers. Ils commencent donc à inventer une histoire, j'ai déjà vu ça par le passé, qu'ils s'emmêlent dans leur histoire. [d.a., vol. II, p. 13]

*C. The Dog Sniff of the Appellant's Car*

[18] After the appellant confirmed that he understood the basis for his detention and his *Charter* rights, Cst. Sperlie asked him if he would consent to a search of his car. When the appellant declined to consent, Cst. Sperlie turned to his canine companion, Levi, a “single-profile” narcotic detector dog who had been assigned to him in his capacity as a traffic officer.

[19] Levi conducted a perimeter search of the car and by his actions, indicated the scent of drugs in the rear hatch area. Cst. Sperlie testified that Levi “became very focused on that back part of the vehicle, he became very excited, his tail was wagging” (A.R., vol. II, at p. 21). Cst. Sperlie then indicated to Cst. Warner that “it’s positive and to arrest for CDSA” (A.R., vol. II, at p. 22).

*D. The Arrest and Search Incident to Arrest*

[20] Once the appellant was arrested, Cst. Sperlie began a manual search of the car. He found several gift-wrapped boxes in the rear hatch. Cst. Sperlie engaged the appellant in a conversation about what was in them, which ultimately led to the revelation that they contained marihuana. Cst. Sperlie then directed Cst. Warner to re-arrest the appellant for possession for the purpose of trafficking.

[21] Once back at the RCMP detachment, the police determined the appellant was in possession of 31.5 lbs of marihuana with a street value of between \$57,000 and \$95,000. The appellant was duly charged with possession of a controlled drug for the purpose of trafficking under s. 5(2) of the *CDSA*.

III. Relevant Constitutional Provisions

[22] The relevant *Charter* provisions read as follows:

*C. La fouille de la voiture de l’appelant effectuée à l’aide du chien renifleur*

[18] Après que l’appelant a confirmé avoir compris les motifs de sa détention et les droits que lui garantit la *Charte*, l’agent Sperlie lui a demandé s’il consentait à une fouille de sa voiture. Ayant essuyé un refus, l’agent Sperlie a fait appel à son chien policier, Levi, un animal spécialement dressé pour la détection de drogue qui lui avait été confié en sa qualité d’agent de la circulation.

[19] Levi a effectué une fouille extérieure de la voiture et, par sa réaction, a indiqué la présence d’une odeur de drogue dans la zone du hayon. Selon le témoignage de l’agent Sperlie, [TRADUCTION] « l’attention [de Levi] s’est fixée sur l’arrière du véhicule, il est devenu fébrile, il remuait la queue » (d.a., vol. II, p. 21). L’agent Sperlie a alors indiqué à l’agent Warner que la fouille « était positive et [lui a dit] de procéder à une arrestation pour infraction à la *LRCDas* » (d.a., vol. II, p. 22).

*D. L’arrestation et la fouille accessoire à l’arrestation*

[20] Après avoir arrêté l’appelant, l’agent Sperlie a procédé à une fouille manuelle de la voiture. Il a découvert plusieurs boîtes-cadeaux dans le coffre. L’agent Sperlie a entretenu l’appelant au sujet de leur contenu et celui-ci a fini par révéler qu’elles renfermaient de la marihuana. L’agent Sperlie a demandé ensuite à l’agent Warner d’arrêter à nouveau l’appelant pour possession en vue du trafic.

[21] Une fois de retour au détachement de la GRC, les policiers ont établi que l’appelant était en possession de 31,5 lb de marihuana, dont la valeur de revente se situait entre 57 000 \$ et 95 000 \$. L’appelant a été formellement accusé de possession d’une substance réglementée en vue d’en faire le trafic en vertu du par. 5(2) de la *LRCDas*.

III. Dispositions constitutionnelles pertinentes

[22] Les dispositions pertinentes de la *Charte* sont ainsi rédigées :

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

9. Everyone has the right not to be arbitrarily detained or imprisoned.

IV. Judicial History

A. *Court of Queen's Bench for Saskatchewan* (2009 SKQB 415, 342 Sask. R. 281)

[23] On a pre-trial motion brought by the appellant to have the marihuana excluded from evidence under s. 24(2) of the *Charter*, the trial judge identified three factors that Cst. Sperlie relied on “to detain [the appellant] temporarily for further investigation under the [CDSA]”: (1) the appellant’s very high level of nervousness; (2) the pinkish hue of the appellant’s eyes (consistent in the officer’s opinion with the use of marihuana); and (3) the appellant’s course of travel from Calgary, a known source of narcotics, to Regina, a known destination of sale (an opinion for which “[n]o evidence was offered” in support) (para. 32).

[24] Turning to the sniff search performed by Levi, and bearing in mind the “reasonable suspicion” standard set by this Court in *Kang-Brown* and *A.M.*, the trial judge concluded: “In my view, the opinions expressed by Cst. Sperl[i]e did not meet the ‘reasonable suspicion’ standard required for a valid sniffer dog search[,] at best he was acting on a hunch” (para. 47 (emphasis added)).

[25] The trial judge further observed that although the two officers were from northern Saskatchewan, they “claim to have been on routine traffic patrol with a ‘sniff dog’ in the southern part of the province” (para. 47). Noting that the appellant was only travelling two kilometres per hour over the posted speed limit when the officers observed him, the trial judge stated:

*Charte canadienne des droits et libertés*

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

9. Chacun a droit à la protection contre la détention ou l’emprisonnement arbitraires.

IV. Genèse de l’instance

A. *Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan* (2009 SKQB 415, 342 Sask. R. 281)

[23] Dans le cadre d’une requête préalable présentée par l’appellant en vue de faire écarter la marihuana comme élément de preuve, en application du par. 24(2) de la *Charte*, le juge de première instance a indiqué trois facteurs ayant incité l’agent Sperlie à [TRADUCTION] « détenir temporairement [l’appellant] pour mener une enquête en vertu de la [LRCDAS] » : (1) la nervosité extrême de l’appellant; (2) la teinte rosâtre de ses yeux (un phénomène indiquant, selon l’agent, une consommation de marihuana); et (3) l’itinéraire de l’appellant, de Calgary, source connue de stupéfiants, à Regina, destination connue de vente (avis à l’appui duquel « [a]ucun élément de preuve n’a été présenté ») (par. 32).

[24] Quant à la fouille effectuée à l’aide de Levi, le chien renifleur, et compte tenu de la norme des « soupçons raisonnables » énoncée par la Cour dans *Kang-Brown* et dans *A.M.*, le juge de première instance a conclu ainsi [TRADUCTION] : « À mon avis, les opinions exprimées par l’agent Sperl[i]e ne respectaient pas la norme des “soupçons raisonnables” à laquelle il faut satisfaire pour qu’une fouille effectuée à l’aide d’un chien renifleur soit valide[,] au mieux, il se fiait à son intuition » (par. 47 (je souligne)).

[25] Le juge a fait ensuite observer que les deux agents provenaient du Nord de la Saskatchewan, mais qu’ils [TRADUCTION] « affirmaient se trouver en patrouille de routine de la circulation, avec un “chien renifleur” dans le Sud de la province » (par. 47). Précisant que l’appellant ne roulait qu’à 2 km/h au-dessus de la limite permise lorsque les agents l’avaient remarqué, le juge a fait la remarque suivante :



I have a concern that the two officers may have been in the area with the purpose of conducting random traffic stops for the sole purpose of checking for drugs being transported from west to east which, according to Cst. Sperl[i]e, is a common occurrence. It is therefore quite conceivable that the observations of the accused claimed to have been noticed by Cst. Sperl[i]e were enhanced after the drugs were located. [Emphasis added; para. 47.]

[26] Having determined that the marihuana was obtained in a manner that violated the appellant's privacy rights under s. 8 of the *Charter*, the trial judge excluded it from evidence for the reasons given by Binnie J. in *Kang-Brown*, at para. 104. In the end, the trial judge reasoned that the police had abused the power afforded to them and initiated a warrantless search on inadequate grounds.

[27] With the marihuana excluded from evidence, the Crown could not prove its case. Hence, the trial judge directed that a verdict of not guilty be entered against the appellant.

B. *Court of Appeal for Saskatchewan (2011 SKCA 64, 371 Sask. R. 291)*

[28] The Court of Appeal considered the trial judge's comment about the sincerity of Cst. Sperlie's subjective belief when he deployed Levi and the fact that he may have "enhanced" his observations of the appellant "after the drugs were located" (para. 20). In the court's view, if the trial judge "had intended to reject the constable's testimony, then he would have done so in clear terms" (para. 21). But as he had not done so, the court proceeded on the basis that the trial judge was satisfied that Cst. Sperlie had the subjective belief he needed to deploy Levi.

[29] As for the trial judge's conclusion that Cst. Sperlie did not have reasonable suspicion that the appellant was involved in a drug-related offence, the court determined that the trial judge erred in discounting the inferences drawn by Cst. Sperlie as mere "opinion". The inferences drawn by Cst. Sperlie were based on his "issue-specific knowledge, training and experience" and

[TRANSCRIPTION] Je crains que les deux agents se soient trouvés dans le secteur à seule fin d'effectuer des contrôles routiers aléatoires pour intercepter le passage de la drogue d'ouest en est, un phénomène fréquent selon l'agent Sperl[i]e. Il est donc tout à fait concevable que les observations de l'agent Sperl[i]e à propos du comportement de l'accusé aient été amplifiées après la découverte de la drogue. [Je souligne; par. 47.]

[26] Ayant conclu que la marihuana avait été obtenue en violation du droit à la vie privée qui découle de l'art. 8 de la *Charte*, le juge a écarté cet élément pour les mêmes motifs que ceux exposés par le juge Binnie dans *Kang-Brown*, par. 104. Finalement, le juge de première instance a expliqué que les policiers avaient outrepassé leurs pouvoirs et procédé à une fouille sans mandat reposant sur des motifs insuffisants.

[27] Puisque la marihuana avait été écartée, le ministère public ne pouvait pas établir l'infraction. Par conséquent, le juge a ordonné l'inscription d'un verdict d'acquiescement.

B. *Cour d'appel de la Saskatchewan (2011 SKCA 64, 371 Sask. R. 291)*

[28] La Cour d'appel a examiné les observations du juge de première instance au sujet de la sincérité de la croyance subjective de l'agent Sperlie au moment d'utiliser Levi et de la possibilité que ses observations à propos du comportement de l'appellant aient été [TRANSCRIPTION] « amplifiées » « après la découverte de la drogue » (par. 20). Selon la cour, si le juge de première instance « avait voulu rejeter le témoignage de l'agent, il l'aurait fait en termes clairs » (par. 21). Or, puisqu'il ne l'avait pas fait, la cour en a déduit que le juge était convaincu que l'agent Sperlie avait la croyance subjective nécessaire lorsqu'il a décidé de faire appel au chien.

[29] En ce qui concerne la conclusion du juge de première instance selon laquelle l'agent Sperlie n'avait pas de motifs raisonnables de soupçonner l'appellant d'une infraction liée à la drogue, la cour a conclu que le juge avait minimisé à tort — en les qualifiant de simples [TRANSCRIPTION] « opinions » — les inférences tirées par l'agent Sperlie. Celles-ci reposaient sur « ses connaissances, sa formation et

their probative value was to be assessed “not in terms of unsubstantiated opinion” but as “*informed opinion*” in line with Cst. Sperlie’s training and experience (para. 33 (emphasis in original)).

[30] In the end, while acknowledging that the case was “very close to the line”, the court was satisfied that the “constellation of objective factors” was sufficient to meet the “reasonable suspicion standard” (para. 37). It followed that the sniffer-dog search was reasonable and conformed to the requirements of s. 8 of the *Charter*. Hence, the marihuana was lawfully obtained and there was no need to consider s. 24(2). In light of this conclusion, the court set aside the appellant’s acquittal and remitted the matter to trial.

## V. Analysis

### A. *Introduction*

[31] This case concerns a sniff search by a drug-detection dog of a motor vehicle parked on the side of a public highway, having been pulled over for a regulatory infraction. That is the context against which the search in question is to be assessed. This Court has held that motor vehicles, though emphatically not *Charter*-free zones, are places in which individuals have a reasonable but “reduced” expectation of privacy (*R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341, at para. 38; see also *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527, at p. 534). The privacy context here is thus analogous to the bus terminal in *Kang-Brown* and the school in *A.M.*, where the use of police sniffer dogs on the basis of reasonable suspicion was found to pass *Charter* muster. As a result, I am satisfied that the police here were entitled to enlist the aid of a sniffer dog for crime prevention on the same basis.

son expérience relatives à ces questions ». Leur valeur probante devait être déterminée « non pas comme une opinion sans fondement » mais plutôt comme une « *opinion éclairée* » par la formation et l’expérience de l’agent (par. 33 (italiques dans l’original)).

[30] En fin de compte, tout en reconnaissant que la preuve [TRADUCTION] « frôlait la limite », la cour était convaincue que « l’ensemble de facteurs objectifs » suffisait pour que soit respectée la « norme des soupçons raisonnables » (par. 37). Par conséquent, la fouille effectuée à l’aide du chien renifleur n’était pas abusive et ne contrevenait pas à l’art. 8 de la *Charte*. La marihuana avait donc été obtenue légalement, et point n’était besoin de se pencher sur l’application du par. 24(2). Compte tenu de cette conclusion, la cour a annulé l’acquittement de l’appelant et ordonné la tenue d’un procès.

## V. Analyse

### A. *Introduction*

[31] La présente affaire porte sur la fouille, effectuée à l’aide d’un chien détecteur de drogue, d’un véhicule à moteur garé en bordure d’une voie publique et qui avait été intercepté pour une infraction à une loi provinciale. Voilà le contexte dans lequel il faut situer la fouille en question pour l’analyse. La Cour, si elle a statué on ne peut plus clairement qu’un véhicule à moteur ne saurait constituer une zone soustraite à l’application de la *Charte*, a conclu que la personne qui s’y trouve a une attente raisonnable, mais « moindre », en matière de vie privée (*R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341, par. 38; voir également *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527, p. 534). En l’espèce, le contexte relatif à la vie privée est analogue à ceux des affaires *Kang-Brown* (une gare d’autocar) et *A.M.* (une école). Dans ces arrêts, la Cour conclut à la constitutionnalité de l’utilisation par la police d’un chien renifleur en cas de soupçons raisonnables. Par conséquent, dans l’affaire qui nous occupe, je suis convaincu que les policiers étaient habilités suivant la même norme à faire appel à ce type de chien pour la prévention de la criminalité.

[32] Neither *Chehil* nor this case “require a category-based decision on the constitutionality of the use of sniffer dogs by the police that will apply in all circumstances” (*Kang-Brown*, at para. 137, *per* Deschamps J.). We continue to approach the use of this police investigative technique one case at a time, in each instance having regard to the context of the situation, balancing the extent of any privacy interest and the state’s countervailing interest in law enforcement. This case, for example, “does not involve explosives, guns or other public safety concerns” (*Kang-Brown*, at para. 18, *per* Binnie J.; see also *A.M.*, at para. 3, *per* Binnie J.). Nor does it involve the use of sniffer dogs in contexts such as the home, where courts have long recognized a heightened privacy interest (see, e.g., *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8; *Florida v. Jardines*, 133 S.Ct. 1409 (2013)).

[33] Because the sniff, arrest, and search incident to arrest occurred *after* the appellant was pulled over for speeding, it is important to identify the relevant legal authority for each of these actions, having regard to what the police knew and when they knew it (*R. v. Nolet*, 2010 SCC 24, [2010] 1 S.C.R. 851, at para. 4). Accordingly, I propose to begin my analysis with the initial stop for speeding and will then consider both the appellant’s detention and the searches. Though the courts below did not approach the case in the same manner, I do so for purposes of clarifying the framework that guides such inquiries. Nevertheless, and as I stated at the outset, the principal question in this appeal remains whether the police had reasonable grounds to suspect that the appellant was involved in a drug-related offence.

#### B. *The Detention*

[34] Counsel for the appellant acknowledged during the *voir dire* that the police had the authority to detain the appellant to investigate for speeding pursuant to *The Traffic Safety Act*, S.S. 2004, c. T-18.1.

[32] Dans la présente affaire et dans *Chehil*, « [i]l n’est [. . .] pas nécessaire [. . .] de rendre, au sujet de la constitutionnalité de l’utilisation des chiens renifleurs par les policiers, une décision fondée sur des catégories qui va s’appliquer dans tous les cas » (*Kang-Brown*, par. 137, la juge Deschamps). Nous continuons d’examiner l’utilisation de cette technique d’enquête policière au cas par cas, en prenant en compte le contexte et en soupesant d’une part le droit à la vie privée, quel qu’il soit et, d’autre part l’intérêt opposé de l’État à faire appliquer la loi. En l’espèce, par exemple, « [i]l n’est pas question d’explosifs, d’armes à feu ou d’autres problèmes de sécurité publique » (*Kang-Brown*, par. 18, le juge Binnie; voir également *A.M.*, par. 3, le juge Binnie). Il n’est pas non plus question de la fouille, au moyen d’un chien renifleur, d’une résidence, à l’égard de laquelle les tribunaux reconnaissent depuis longtemps l’application d’un intérêt supérieur à la vie privée (voir, p. ex., *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8; *Florida c. Jardines*, 133 S.Ct. 1409 (2013)).

[33] Vu que la fouille effectuée à l’aide du chien renifleur, l’arrestation et la fouille accessoire à l’arrestation sont survenues *après* que l’appelant a été intercepté pour excès de vitesse, il importe de déterminer le pouvoir légal habilitant chacune de ces actions, en ce qui a trait aux renseignements obtenus par la police à chacune de ces étapes (*R. c. Nolet*, 2010 CSC 24, [2010] 1 R.C.S. 851, par. 4). Par conséquent, je propose de commencer mon analyse par l’interception initiale pour excès de vitesse et d’examiner ensuite la détention et les fouilles. Bien que les tribunaux inférieurs aient abordé l’affaire sous un autre angle, ma démarche vise à préciser le cadre qui guide l’analyse. Néanmoins, comme je l’ai indiqué au départ, la principale question à trancher dans le présent pourvoi est toujours celle de savoir si les policiers avaient des motifs raisonnables de soupçonner l’appelant d’une infraction liée à la drogue.

#### B. *La détention*

[34] L’avocat de l’appelant a reconnu lors du *voir dire* que la police avait le pouvoir de détenir son client pour enquêter sur un excès de vitesse en vertu de la *Traffic Safety Act*, S.S. 2004, ch. T-18.1. Il a

Counsel argued, however, that the further detention of the appellant after *Cst. Sperlie* had delivered his warning fell afoul of this Court's decision in *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59.

[35] *Mann* held that the police are entitled to detain a person for investigative purposes where they have reasonable grounds to suspect that the individual is connected to particular criminal activity and that such a detention is reasonably necessary in the circumstances (para. 45). In essence, the appellant's argument here is that there was no basis to detain him.

[36] It is important that the detention and search issues in this case be kept analytically distinct because they stem from different police powers and must respect different *Charter* rights (*R. v. Yeh*, 2009 SKCA 112, 337 Sask. R. 1, at paras. 48-49; *R. v. Schrenk*, 2010 MBCA 38, 255 Man. R. (2d) 12, at para. 105). We have never suggested that a sniffer-dog search is authorized as a search incidental to a detention. On the contrary, the detention and the sniff must be independently justified, even if both are based on the same underlying facts that led police to reasonably suspect that the appellant was involved in a drug-related offence.

[37] In this case, the basis for the detention and the basis for the search are one and the same — reasonable grounds to suspect that the appellant was involved in an offence under the *CDSA*. Accordingly, the grounds for both the detention and the sniff must sink or swim together. My conclusion that the police had reasonable suspicion sufficient to justify the sniffer-dog search (which I set out in full below) thus leads equally to the conclusion that the police had “reasonable grounds to detain” the appellant under the authority recognized in *Mann* (para. 33).

[38] Parenthetically, I note that the reference in *Mann* to “reasonable grounds to detain” has led to some confusion for the bench and bar alike. In the

cependant soutenu que le maintien en détention de l'appellant après l'avertissement de l'agent *Sperlie* allait à l'encontre de la décision de la Cour dans *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59.

[35] Selon l'arrêt *Mann*, les policiers ont le droit de détenir une personne aux fins d'enquête lorsqu'ils ont des motifs raisonnables de soupçonner que cette personne est impliquée dans une activité criminelle donnée et qu'il est raisonnablement nécessaire de la détenir compte tenu des circonstances (par. 45). Essentiellement, l'appellant fait valoir en l'espèce qu'il n'existait pas de motifs de détention.

[36] Il est important d'analyser séparément la détention et la fouille en l'espèce parce qu'elles reposent sur des pouvoirs policiers distincts et mettent en jeu différents droits garantis par la *Charte* (*R. c. Yeh*, 2009 SKCA 112, 337 Sask. R. 1, par. 48-49; *R. c. Schrenk*, 2010 MBCA 38, 255 Man. R. (2d) 12, par. 105). Notre Cour n'a jamais laissé entendre que la fouille effectuée à l'aide d'un chien renifleur est autorisée comme fouille accessoire à la détention. Bien au contraire, et la détention et la fouille effectuée à l'aide d'un chien renifleur doivent être justifiées indépendamment, même si ces actions sont fondées sur les mêmes faits sous-jacents ayant donné naissance à des soupçons raisonnables quant à la participation de l'appellant à une infraction liée à la drogue.

[37] En l'espèce, la détention et la fouille reposent sur un seul et même fondement — l'existence de motifs raisonnables de soupçonner l'appellant d'une infraction à la *LRCDA*. Par conséquent, les motifs justifiant la détention et la fouille effectuée à l'aide du chien renifleur doivent subir le même sort. Ma conclusion selon laquelle les policiers avaient des soupçons raisonnables suffisants pour justifier d'utiliser le chien renifleur, que j'exposerai en détail plus loin, permet donc aussi de conclure que la police avait à l'égard de l'appellant des « motifs raisonnables de détention » en vertu du pouvoir reconnu dans l'arrêt *Mann* (par. 33).

[38] Incidemment, je signale que le terme « motifs raisonnables de détention » employé dans l'arrêt *Mann* a entraîné une certaine confusion tant auprès

context of detention, “reasonable grounds” means reasonable grounds *to suspect* that an individual is involved in particular criminal activity, which is synonymous with reasonable suspicion. However, in other contexts, such as an arrest, “reasonable grounds” means reasonable grounds *to believe* that an individual is or has been involved in a particular offence, which is synonymous with reasonable and probable grounds. The former concept is a matter of possibilities, while the latter is one of probabilities. See *Chehil*, at para. 27; *Kang-Brown*, at para. 164, *per* Deschamps J.

[39] To return to the facts here, it is unnecessary to consider whether the manner of the appellant’s detention was reasonably necessary in the circumstances. Unlike *R. v. Aucoin*, 2012 SCC 66, [2012] 3 S.C.R. 408, there is no suggestion here that the manner in which he was detained (being asked to sit by the side of the road while the sniff was conducted) was not reasonably necessary in the circumstances.

[40] Accordingly, there was no breach of the appellant’s right against arbitrary detention under s. 9 of the *Charter*.

C. *Did the Police Have Reasonable Grounds to Suspect That the Appellant Was Involved in a Drug-Related Offence?*

[41] I turn then to the crux of this case. The hallmark of reasonable suspicion, as distinguished from mere suspicion, is that “a sincerely held subjective belief is insufficient” to support the former (*Kang-Brown*, at para. 75, *per* Binnie J., citing P. Sankoff and S. Perrault, “Suspicious Searches: What’s so Reasonable About Them?” (1999), 24 C.R. (5th) 123, at p. 125). Rather, as Karakatsanis J. observes in *Chehil*, reasonable suspicion must be grounded in “objectively discernible facts, which can then be subjected to independent judicial scrutiny” (para. 26).

des juges que des avocats. Dans le contexte d’une détention, les « motifs raisonnables » s’entendent des motifs raisonnables de *soupçonner* une personne d’une infraction donnée, c’est-à-dire des soupçons raisonnables. Or, dans d’autres contextes, comme celui de l’arrestation, les « motifs raisonnables » s’entendent des motifs raisonnables de *croire* qu’une personne est impliquée dans une infraction donnée ou l’a été, c’est-à-dire des motifs raisonnables et probables. La première norme évoque la possibilité, la seconde, la probabilité. Voir *Chehil*, par. 27; *Kang-Brown*, par. 164, la juge Deschamps.

[39] Pour revenir aux faits de l’espèce, il n’est pas nécessaire de déterminer si la détention de l’appelant de cette manière était raisonnablement nécessaire compte tenu des circonstances. Contrairement à la conclusion tirée dans l’arrêt *R. c. Aucoin*, 2012 CSC 66, [2012] 3 R.C.S. 408, en l’espèce rien ne permet de croire que la forme de détention (l’appelant a été invité à s’asseoir au bord de la route pendant la fouille effectuée à l’aide du chien renifleur) n’était pas raisonnablement nécessaire dans les circonstances.

[40] Par conséquent, il n’y a pas eu atteinte au droit de l’appelant à la protection contre la détention arbitraire garanti par l’art. 9 de la *Charte*.

C. *Les policiers avaient-ils des motifs raisonnables de soupçonner l’appelant d’une infraction liée à la drogue?*

[41] J’en viens au nœud de la présente affaire. Ce qui distingue les soupçons raisonnables des simples soupçons est le fait qu’« une croyance subjective sincère ne suffit pas » à les justifier (*Kang-Brown*, par. 75, le juge Binnie, citant l’article de P. Sankoff et S. Perrault, « Suspicious Searches : What’s so Reasonable About Them? » (1999), 24 C.R. (5th) 123, p. 125). Par ailleurs, comme le fait observer la juge Karakatsanis dans *Chehil*, les soupçons raisonnables doivent reposer sur « des faits objectivement discernables, qui peuvent ensuite être soumis à l’examen judiciaire indépendant » (par. 26).



[42] In this case, for reasons that will become clear, an objective assessment of the facts that the Crown says support Cst. Sperlie’s reasonable suspicion hinges on the credibility of his and Cst. Warner’s evidence at the *voir dire*. Accordingly, whether there was reasonable suspicion that the appellant was engaged in a drug-related offence on the facts here depends on three questions:

- (1) Did the trial judge reject Cst. Sperlie’s evidence as incredible?
- (2) Did the Court of Appeal overstep its bounds by substituting its finding as to reasonable suspicion for the finding made by the trial judge and, in particular, by concluding that the trial judge failed to account for Cst. Sperlie’s training and experience?
- (3) Was Cst. Sperlie’s subjective belief that the appellant might be involved in a drug-related offence objectively reasonable?

I tackle each of these three questions in turn.

- (1) Did the Trial Judge Reject Cst. Sperlie’s Evidence as Incredible?

[43] A preliminary question in this case is whether the trial judge rejected Cst. Sperlie’s evidence as incredible. The trial judge theorized that Constables Sperlie and Warner may have been “in the area” — hundreds of kilometres from their respective home bases — for the purpose of conducting random traffic stops to check “for drugs being transported from west to east” (para. 47). Assuming that to be the case, the trial judge theorized further that Cst. Sperlie may have “enhanced” his observations of the appellant after locating the marihuana in the rear hatch of the appellant’s car (*ibid.*). The issue, thus, is not the sufficiency of reasons on findings of credibility. See, e.g., *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51,

[42] En l’espèce, pour des motifs qui deviendront évidents, le résultat de l’appréciation objective des faits ayant donné naissance aux soupçons raisonnables de l’agent Sperlie, de l’avis du ministère public, est subordonné à la crédibilité des témoignages de celui-ci et de l’agent Warner lors du voir-dire. Par conséquent, l’existence de soupçons raisonnables quant à la participation de l’appelant à une infraction liée à la drogue dépend de la réponse aux trois questions suivantes :

- (1) Le juge de première instance a-t-il rejeté le témoignage de l’agent Sperlie parce qu’il le considérait comme étant non digne de foi?
- (2) La Cour d’appel a-t-elle outrepassé les limites de sa compétence en substituant ses conclusions quant à l’existence des soupçons raisonnables à celles tirées par le juge de première instance, et particulièrement, en concluant que ce dernier avait négligé la formation et l’expérience de l’agent Sperlie?
- (3) La croyance subjective de l’agent Sperlie quant à la possibilité que l’appelant soit impliqué dans une infraction liée à la drogue était-elle objectivement raisonnable?

J’aborde chaque question à tour de rôle.

- (1) Le juge de première instance a-t-il rejeté le témoignage de l’agent Sperlie parce qu’il le considérait comme étant non digne de foi?

[43] La question préliminaire à trancher en l’espèce est celle de savoir si le juge de première instance a rejeté le témoignage de l’agent Sperlie parce qu’il le considérait comme étant non digne de foi. Le juge a avancé l’hypothèse selon laquelle les agents Sperlie et Warner avaient pu se trouver « dans le secteur » — à des centaines de kilomètres de leur détachement respectif — à seule fin d’effectuer des contrôles routiers aléatoires « pour intercepter le passage de la drogue d’ouest en est » (par. 47). Partant de cette hypothèse, le juge a ajouté que les observations de l’agent Sperlie à propos du comportement de l’appelant avaient pu être « amplifiées » après la découverte de la marihuana

[2008] 3 S.C.R. 3. Rather, the issue is *whether a finding was made at all*.

[44] Manifestly, if the officers were in fact engaged in random traffic stops to check for drugs, their actions would be unconstitutional and amount to a serious abuse of the powers society has entrusted to them. Had the trial judge so found, this would also have tainted the entirety of their evidence and put an end to the matter. There would have been no need for the trial judge to write a decision devoted in the main to the principles of law governing sniff searches and the meaning of the term “reasonable suspicion”. A simple rejection of the officer’s evidence would have sufficed.

[45] The allegations underlying such a finding and the ramifications for both the appellant and the officers are serious matters, not to be taken lightly. I accept that there will be cases in which a trial judge refuses to act on an officer’s testimony where the trial judge has real concerns about the officer’s veracity. See, e.g., *R. v. Turpin*, 2010 SKQB 444, 365 Sask. R. 67, aff’d 2012 SKCA 50, 393 Sask. R. 184. In such cases, where the officer’s testimony is crucial, the Crown will have failed to prove on a balance of probabilities that its warrantless search was reasonable (*Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 161; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 278).

[46] In this case, if the trial judge had such concerns about the sincerity of Cst. Sperlie’s belief, and more importantly the integrity of his and Cst. Warner’s evidence, I do not believe he would have addressed such concerns in the offhand fashion he did — and then almost as an afterthought, in a single paragraph. Rather, I expect he would have signalled his concerns and indicated that they prevented him from acting on the evidence of the officers. It would then follow that the Crown

dans le coffre de la voiture de ce dernier (*ibid.*). La question ne consiste donc pas à déterminer si les motifs du juge expliquant ses conclusions sur la crédibilité étaient suffisants ou non. Voir, p. ex., *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3. La question consiste plutôt à *déterminer si le juge a effectivement tiré de telles conclusions*.

[44] Manifestement, si les agents effectuaient dans les faits des contrôles routiers aléatoires en vue d’intercepter de la drogue, leurs actes seraient inconstitutionnels et constitueraient un abus grave des pouvoirs qui leur sont conférés par la société. Si le juge avait tiré une telle conclusion, elle aurait eu pour effet de vicier l’ensemble de leurs témoignages et de mettre fin à l’instance. Il n’aurait pas rédigé des motifs consacrés pour l’essentiel aux principes de droit régissant la fouille effectuée à l’aide d’un chien renifleur et à l’interprétation du terme « soupçons raisonnables ». Il lui aurait suffi de rejeter le témoignage de l’agent.

[45] Les allégations étayant pareille conclusion et les conséquences qu’elle emporterait tant pour l’appelant que pour les agents sont des questions graves qu’il ne faut pas prendre à la légère. Je reconnais qu’il existe des cas où le juge refuse d’ajouter foi au témoignage d’un agent de police, lorsqu’il a de réels doutes quant à sa véracité. Voir, p. ex., *R. c. Turpin*, 2010 SKQB 444, 365 Sask. R. 67, conf. par 2012 SKCA 50, 393 Sask. R. 184. Si c’est le cas et que le témoignage de l’agent est crucial, le ministère public n’aura pas réussi à prouver selon la prépondérance des probabilités que la fouille sans mandat n’était pas abusive (*Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 161; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 278).

[46] En l’espèce, si le juge avait eu de telles réserves quant à la sincérité de la croyance de l’agent Sperlie et surtout quant à l’intégrité de son témoignage et de celui de l’agent Warner, je ne crois pas qu’il aurait abordé la question de la manière désinvolte dont il l’a fait — presque incidemment, le tout tenant en un seul paragraphe. Je m’attendrais plutôt à ce qu’il ait souligné ses réserves et indiqué qu’elles l’avaient empêché d’ajouter foi aux témoignages des agents. Le ministère public n’aurait

had failed to meet its burden of proving the search was reasonable.

[47] I conclude as much because Cst. Sperlie offered a complete explanation as to why he and Cst. Warner were on traffic duty several hundred kilometres from their respective home bases and why they had Levi with them at the time. In his cross-examination of Cst. Sperlie during the *voir dire*, counsel for the appellant sought to impugn the officer's credibility in an exchange:

Q: What were you doing in Moose Jaw?

A: We were asked to come down here and — and conduct traffic work.

Q: So you came down here to do traffic work, with your dog?

A: Correct. [A.R., vol. II, at p. 44]

[48] As Cst. Sperlie would go on to explain during cross-examination, he and other RCMP officers had often been asked to assist with traffic work in other parts of the province. By way of example, Cst. Sperlie testified that he had gone to Buffalo Narrows, Saskatoon, and “all over the province” to assist with conducting traffic work (A.R., vol. II, at pp. 44-45).

[49] Cst. Sperlie further testified that the RCMP at the relevant time had a shortage of officers with “probably half the number of traffic members in this division that . . . we had in previous years, and we're seeing a decrease in officer visibility” on highways (A.R., vol. II, at p. 45). He explained that the RCMP was attempting to muster a “greater visibility of police”, which could be facilitated by bringing in officers from various different areas to focus on “traffic projects” in one area at a time (*ibid.*).

[50] When asked why he had his dog with him while on traffic duty, Cst. Sperlie explained that Levi lives with him and “went with me everywhere I went, days on and days off” and “on one occasion”

alors pas réussi à s'acquitter de son fardeau de prouver le caractère non abusif de la fouille.

[47] Je tire cette conclusion parce l'agent Sperlie a fourni une explication complète au sujet de la présence de l'agent Warner et de lui-même à des centaines de kilomètres de leur détachement respectif pour effectuer des contrôles routiers avec Levi. Contre-interrogeant le premier au cours du voir-dire, l'avocat de l'appelant a tenté d'attaquer sa crédibilité dans l'échange suivant :

[TRADUCTION]

Q : Que faisiez-vous à Moose Jaw?

R : On nous a demandé de venir ici et de — de contrôler la circulation.

Q : Alors, vous êtes venus ici pour contrôler la circulation, avec votre chien?

R : C'est exact. [d.a., vol. II, p. 44]

[48] Comme l'a expliqué l'agent Sperlie lors du contre-interrogatoire, on lui avait demandé souvent, ainsi qu'à d'autres agents de la GRC, d'aider à assurer le contrôle de la circulation dans d'autres parties de la province. À titre d'exemple, il a affirmé l'avoir fait à Buffalo Narrows, à Saskatoon, et [TRADUCTION] « aux quatre coins de la province » (d.a., vol. II, p. 44-45).

[49] Selon l'agent Sperlie, au moment des faits, la GRC manquait d'agents et ses effectifs comprenaient [TRADUCTION] « probablement la moitié du nombre de membres du service de la sécurité routière dans la division que [. . .] nous avions les années précédentes, et nous avons constaté une diminution de la présence policière » sur les routes (d.a., vol. II, p. 45). Il a expliqué que la GRC tentait d'augmenter « la présence policière », en affectant des agents d'autres secteurs à des « projets relatifs à la circulation » qui ciblent un secteur à la fois (*ibid.*).

[50] Interrogé au sujet de la présence du chien lors des contrôles routiers, l'agent Sperlie a expliqué que Levi vivait avec lui et l'accompagnait [TRADUCTION] « toujours partout où [il allait], en service ou non »

even accompanied him on a holiday (A.R., vol. II, at p. 44). Cst. Sperlie also testified that he had been asked to do traffic work in other areas of the province both before and after he got Levi and that he previously had done work “in all different places, in — in the same areas, in fact, that I’ve been with the dog” (A.R., vol. II, at p. 45).

[51] On its face, Cst. Sperlie’s testimony during cross-examination thus provides a satisfactory explanation for why he and Cst. Warner were located where they were, doing what they were doing. The trial judge did not reject this evidence. Instead, he raised two speculative concerns, which he then proceeded to leave unresolved. Put differently, in the end, his concerns notwithstanding, the trial judge declined to make an adverse credibility finding. Surely, it is not our role to do so now. On the record before us, and absent an adverse credibility finding, we must proceed on the basis that the trial judge accepted Cst. Sperlie’s testimony as credible.

[52] To do otherwise, when the trial judge himself did not do so, would leave us in an unworkable legal limbo — the officers’ testimony is not out, but it is not quite in either, and we are left to guess what the trial judge thought about it. Instead of relying on what *the trial judge* actually did, *we* would be required to arbitrarily assign weight to the various pieces of evidence based on our own assumptions. With respect, that is not the role of an appellate court. We must take the findings of the trial judge, or the lack thereof, as they actually are — not how they could have been.

(2) Did the Court of Appeal Impermissibly Substitute Its Finding as to Reasonable Suspicion for the Finding of the Trial Judge?

[53] The appellant submits that the Court of Appeal failed to show deference to the trial judge’s findings of fact and merely substituted its own findings for those of the trial judge. I disagree.

et qu’« une fois » il l’avait même accompagné en vacances (d.a., vol. II, p. 44). Il a ajouté qu’il avait été affecté aux contrôles routiers dans d’autres régions de la province tant avant qu’on lui confie Levi qu’après et qu’il avait travaillé auparavant « à beaucoup de différents endroits, dans — dans les mêmes secteurs, en fait, que depuis que j’ai le chien » (d.a., vol. II, p. 45).

[51] A priori, le témoignage de l’agent Sperlie en contre-interrogatoire fournit donc une explication satisfaisante de la présence de l’agent Warner et de lui-même à cet endroit et de ce qu’ils y faisaient. Le juge de première instance n’a pas rejeté ce témoignage. Il a plutôt formulé deux réserves hypothétiques qu’il a laissées en suspens. Autrement dit, en dernière analyse, malgré ses réserves, le juge n’a pas tiré de conclusion défavorable quant à la crédibilité. Assurément, il ne nous appartient pas de le faire maintenant. Au vu du dossier qui nous a été soumis et en l’absence d’une conclusion défavorable quant à la crédibilité, nous devons supposer que le juge a tenu le témoignage de l’agent Sperlie pour crédible.

[52] Tirer la conclusion contraire, alors que le juge s’en est abstenu, nous conduirait à une situation juridique insoutenable — le témoignage des agents n’étant ni rejeté, ni tout à fait admis, nous serions réduits à deviner l’opinion du juge à cet égard. Au lieu de nous fonder sur les décisions réelles du *juge*, nous serions tenus d’apprécier arbitrairement les différents éléments de preuve à la lumière de nos propres hypothèses. En toute déférence, j’estime que tel n’est pas le rôle d’une cour d’appel. Il faut prendre les conclusions du juge — ou l’absence de conclusions — telles qu’il les a formulées et non pas telles qu’il aurait pu le faire.

(2) La Cour d’appel a-t-elle substitué de manière inacceptable ses conclusions quant à l’existence des soupçons raisonnables à celles du juge de première instance?

[53] L’appelant fait valoir que la Cour d’appel n’a pas fait preuve de déférence à l’égard des conclusions de fait tirées par le juge de première instance et y a simplement substitué les siennes. Je ne suis pas d’accord.

[54] Whether the facts as found by the trial judge amount to reasonable suspicion is a question of law (*R. v. Shepherd*, 2009 SCC 35, [2009] 2 S.C.R. 527, at para. 20; *Nolet*, at para. 47). As McLachlin C.J. and Charron J. explained in *Shepherd*, the logic of which is equally applicable to reasonable suspicion:

While there can be no doubt that the existence of reasonable and probable grounds is grounded in the factual findings of the trial judge, the issue of whether the facts as found by the trial judge amount at law to reasonable and probable grounds is a question of law. As with any issue on appeal that requires the court to review the underlying factual foundation of a case, it may understandably seem at first blush as though the issue of reasonable and probable grounds is a question of fact. However, this Court has repeatedly affirmed that the application of a legal standard to the facts of the case is a question of law: see *R. v. Araujo*, 2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992, at para. 18; *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381, at para. 23. . . . Although the trial judge's factual findings are entitled to deference, the trial judge's ultimate ruling is subject to review for correctness. [Underlining added; para. 20.]

Accordingly, in a case such as this one, an appellate court must *always* engage in a *de novo* analysis and thereby substitute its own view of the correct answer for a trial judge's legal conclusion. Deference would apply only if one of the parties sought to attack a finding of fact on appeal. That is not the case here.

[55] During cross-examination, defence counsel did not challenge the probative value of the factors on which Cst. Sperlie relied. It is true, however, that defence counsel did cross-examine Cst. Sperlie at some length on his *ability to detect* certain of those factors, such as nervousness (see A.R., vol. II, at pp. 27-32). For example, Cst. Sperlie was asked if he had taken any classes in anatomy, physiology, or endocrinology. He answered that he had not taken such classes and he conceded that he was not a "drug recognition expert" (A.R., vol. II, at p. 30).

[54] La question de savoir si les faits que le juge du procès a constatés constituent des motifs raisonnables de soupçonner est une question de droit (*R. c. Shepherd*, 2009 CSC 35, [2009] 2 R.C.S. 527, par. 20; *Nolet*, par. 47). Comme l'expliquent la juge en chef McLachlin et la juge Charron dans l'arrêt *Shepherd*, qui peut s'appliquer de même aux motifs raisonnables de soupçonner,

[b]ien qu'il ne fasse aucun doute que l'existence de motifs raisonnables et probables découle des conclusions de fait du juge du procès, la question de savoir si les faits qu'il a constatés constituent en droit des motifs raisonnables et probables est une question de droit. Comme pour toute question litigieuse en appel nécessitant que la cour examine le contexte factuel qui sous-tend l'affaire, on pourrait penser, à première vue, que la question des motifs raisonnables et probables est une question de fait. Toutefois, notre Cour a, à maintes occasions, affirmé que l'application d'une norme juridique aux faits est une question de droit : voir *R. c. Araujo*, 2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992, par. 18; *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381, par. 23. [ . . . ] Bien que les conclusions de fait du juge du procès commandent la déférence, la décision qu'il a rendue en définitive est susceptible de contrôle au regard de la norme de la décision correcte. [Je souligne; par. 20.]

Par conséquent, dans un cas comme celui qui nous occupe, la cour d'appel doit *toujours* procéder à sa propre analyse et substituer ainsi son interprétation de la conclusion correcte à celle tirée en droit par le juge du procès. La déférence ne s'impose que si l'une des parties conteste une conclusion de fait en appel. Tel n'est pas le cas en l'espèce.

[55] Lors du contre-interrogatoire, l'avocat de la défense n'a pas contesté la valeur probante des facteurs sur lesquels s'était fondé l'agent Sperlie. Certes, l'avocat de la défense l'a longuement contre-interrogé sur sa *capacité de détecter* certains de ces facteurs, comme la nervosité (voir d.a., vol. II, p. 27-32). Par exemple, l'avocat a demandé à l'agent Sperlie s'il avait suivi des cours d'anatomie, de physiologie ou d'endocrinologie. Celui-ci a répondu par la négative et a admis qu'il n'était pas un [TRADUCTION] « expert en reconnaissance de drogue » (d.a., vol. II, p. 30).



[56] This Court, however, has not required expert qualifications as a precondition for police testimony on matters properly within the realm of officer training and experience. Just three years ago, in *Nolet*, there was a question as to an officer's ability to identify an unexplained \$115,000 in bills of small denominations wrapped in bundles as being typical of drug transactions. The issue was whether the discovery of the cash objectively supported the officer's subjective belief that he had reasonable and probable grounds to arrest. The officer had testified:

Based on my experience as well as research I have done and the sessions I have had with experts and people who have been involved in this type of activity, the type of bundling that was observed there with the elastic bands and the small denominations is indicative of it being involved in proceeds of crime and in particular of the drug trade in my mind. [Emphasis added; para. 48.]

After pointing to the officer's testimony, Binnie J. held for a unanimous Court: "While the Crown did not attempt to qualify the officer as an expert on drug monies, the officer's experience and training supported the probative value of his evidence on this point" (*Nolet*, at para. 48 (emphasis added)). In this case, Cst. Sperlie testified:

In 2001 I had what's called a pipeline course, it's a course that's offered by the R.C.M.P. that just teaches front line members different indicators, behaviours and things of traveling criminals along the highway. It essentially enhances the awareness of — of front line police officers. I've also, in 2001, had a standardized field sobriety testing course, and on that course there is a half day lecture on different types of drugs and the observable effects that those drugs have on the body, essentially what officers — what types of effects the officer can see in a person that's consumed different types of drugs. [Emphasis added; A.R., vol. II, at pp. 8-9.]

[57] There is no material distinction between *Nolet* and this case. Police officers need not be trained pharmacologists or toxicologists or medical doctors before they can give evidence on the factors

[56] La Cour n'exige cependant pas de compétences d'expert chez un agent de police qui témoigne sur des questions qui se rapportent à sa formation et à son expérience. Il y a trois ans, l'affaire *Nolet* intéressait la capacité d'un agent de police de conclure qu'une somme de 115 000 \$ de provenance inexpliquée qui se présentait sous forme de petites coupures emballées en liasses était caractéristique du trafic de drogue. Il s'agissait de savoir si la découverte de l'argent liquide étayait objectivement la croyance subjective de l'agent de police quant à l'existence de motifs raisonnables et probables justifiant l'arrestation. Dans son témoignage, le policier a déclaré ce qui suit :

Selon mon expérience, les recherches que j'ai faites et les séances auxquelles j'ai participé avec des experts et des gens qui connaissent ce type d'activité, ce type de liasses qu'on voyait là, avec les bandes élastiques et les petites coupures, indique que cet argent était lié aux produits de la criminalité et en particulier au trafic de stupéfiants, dans mon esprit. [Je souligne; par. 48.]

Après avoir souligné le témoignage de l'agent, le juge Binnie conclut, au nom de la Cour unanime : « Bien que le ministère public n'ait pas essayé de qualifier l'agent d'expert en matière d'argent provenant du trafic de stupéfiants, son expérience et sa formation militaient en faveur de la force probante de son témoignage sur ce point » (*Nolet*, par. 48 (je souligne)). Voici ce que l'agent Sperlie a déclaré en l'espèce :

[TRADUCTION] En 2001, j'ai suivi un « cours sur les lignes d'approvisionnement » en drogue donné par la GRC et destiné aux membres de première ligne où j'ai étudié les différents indices, comportements et éléments associés aux criminels qui empruntent les routes. Ce cours vise essentiellement à sensibiliser — les agents de police de première ligne. En 2001, j'ai suivi aussi la formation habituelle sur les tests normalisés de sobriété administrés sur place, y compris un exposé d'une demi-journée sur différents types de drogue et leurs effets visibles sur le corps, pour l'essentiel, les effets que les agents de police — quels types d'effets l'agent peut déceler chez une personne qui a consommé différents types de drogue. [Je souligne; d.a., vol. II, p. 8-9.]

[57] Aucune différence importante ne distingue l'arrêt *Nolet* de l'affaire qui nous occupe. Les agents de police n'ont pas à être qualifiés en pharmacologie, en toxicologie ou en médecine pour témoigner

that their training and experience has taught them provide reasonable grounds to suspect that someone is engaged in the use of drugs. As Richards J.A. (as he then was) observed in *Yeh* with respect to the recognition of drug use symptoms:

. . . it should be underlined that, in order to take into account a police officer's training or experience in these sorts of matters, it is not necessary that the officer have the qualifications of an "expert" in the technical sense of being someone entitled to give opinion evidence. [Emphasis added; para. 57.]

Granted, the ability to detect the symptoms of drug use "is not the kind of skill one would readily expect a police officer to pick up outside of a formal training or educational session" (*Yeh*, at para. 56). But there *was* such training in this case. Accordingly, it would be a mistake to place emphasis on the fact that Cst. Sperlie was not qualified as a "drug recognition expert".

[58] In any event, focusing on Cst. Sperlie's expert status misses a more important point. What is at issue in this appeal is not Cst. Sperlie's *ability to detect* nervousness — his unsurprising lack of training in endocrinology would presumably pose no hurdle in that regard — *but the probity of nervousness as a factor tending to indicate involvement with a drug-related offence*. In other words, the appellant challenges *the use of* nervousness, pink eyes, and such as relevant factors in the constellation that the police are trained to look for in supporting a reasonable suspicion. See, e.g., A.F., at para. 39 ("nervousness coupled with factors . . . [is] not objectively sufficient"). And *that* is something on which Cst. Sperlie was never challenged — and on which we have no evidence other than his uncontradicted testimony. To ignore this crucial distinction is to ignore that this is essentially a bait-and-switch argument.

au sujet des facteurs qui fournissent, selon leur formation et leur expérience, des motifs raisonnables de soupçonner qu'une personne a consommé de la drogue. Ainsi que le fait observer le juge Richards (maintenant juge en chef de la Cour d'appel) dans *Yeh* quant à la reconnaissance des symptômes révélant une consommation de drogue :

[TRADUCTION] . . . il convient de noter que, pour que la formation ou l'expérience d'un agent de police relativement à ces questions puisse être prise en compte, il n'est pas nécessaire que l'agent possède une « expertise » au sens technique du terme, c'est-à-dire qu'il soit habilité à donner un témoignage d'opinion. [Je souligne; par. 57.]

Certes, la capacité de déceler les symptômes de la consommation de drogues [TRADUCTION] « ne constitue pas le genre de compétence susceptible d'être acquise par un agent de police autrement qu'en suivant une formation spécialisée ou un cours » (*Yeh*, par. 56). Or, une telle formation *avait été suivie* en l'espèce. Par conséquent, ce serait faire erreur que de mettre l'accent sur le fait que l'agent Sperlie n'était pas un « expert en reconnaissance de drogue ».

[58] Quoi qu'il en soit, en s'attardant à déterminer si l'agent Sperlie était ou non un expert, on passe à côté de l'essentiel. Le présent pourvoi ne porte pas sur la *capacité* de l'agent de *déceler* la nervosité — l'absence de formation en endocrinologie, qui n'a rien d'étonnant, ne constituerait probablement pas d'obstacle à cet égard — *mais plutôt sur la valeur probante de la nervosité en tant que facteur tendant à indiquer la participation à une infraction liée à la drogue*. En d'autres termes, l'appelant conteste le fait que les policiers aient *signalé*, entre autres, la nervosité et les yeux teintés de rose, comme autant de facteurs pertinents, parmi l'ensemble d'éléments qu'ils sont formés à reconnaître, pour justifier l'existence de soupçons raisonnables. Voir, p. ex., m.a., par. 39 ([TRADUCTION] « la nervosité qui s'ajoute aux facteurs [. . .] ne suffit pas comme justification objective »). Et sur *ce* point, les déclarations de l'agent Sperlie n'ont jamais été contestées — et à l'égard duquel nous ne disposons d'aucun élément de preuve, mis à part le témoignage non contredit de celui-ci. Nier cette distinction fondamentale c'est nier qu'un tel argument n'est essentiellement qu'un leurre.

[59] Against that backdrop, the trial judge accepted Cst. Sperlie's evidence and made no finding of fact as to the probative value of the factors on which Cst. Sperlie was taught to rely (or, for that matter, on the value of the police training sessions that Cst. Sperlie attended). For example, the trial judge did not find that extreme nervousness was of little or no value as a factor going to whether the appellant might be involved in a drug-related offence. If he had, this would have been a different case. See *Chehil*, at para. 65 (citing various cases).

[60] Absent its rejection by the trial judge or an adverse finding of fact, Cst. Sperlie's evidence as to the factors he learned about from his training and experience is thus on the table. And it must be considered. The Court of Appeal found that the trial judge failed *as a matter of law* to appreciate the significance of that training and experience when evaluating the worth of the factors he considered in forming his belief that the appellant might be involved in an offence under the *CDSA*. I agree.

[61] Here, the trial judge concluded — with no explanation as to why and, in particular, with no analysis of officer training or experience — that Cst. Sperlie's "opinion" that the appellant might be involved in a drug-related offence was "at best . . . a hunch" (para. 47). The trial judge's statement that Cst. Sperlie acted on nothing more than a hunch is another way of stating his *legal* conclusion that Cst. Sperlie lacked reasonable suspicion. And that conclusion, in my view, was incorrect because it would appear to give little, if any, weight to Cst. Sperlie's training and experience.<sup>2</sup>

[62] Officer training and experience can play an important role in assessing whether the reasonable suspicion standard has been met. Police officers are trained to detect criminal activity. That is their job. They do it every day. And because of that, "a fact

<sup>2</sup> I accept that the trial judge refers to officer training and experience in his recitation of the facts and during the *voir dire*. In my respectful view, however, two fleeting mentions cannot — and do not — amount to any meaningful analysis.

[59] Dans ce contexte, le juge de première instance a accepté le témoignage de l'agent Sperlie et n'a tiré aucune conclusion de fait quant à la valeur probante des facteurs que l'agent a été formé à reconnaître (voire à la valeur des cours policiers suivis par ce dernier). Par exemple, le juge n'a pas conclu que la nervosité extrême avait peu ou pas de valeur comme facteur permettant d'établir la possibilité de participation à une infraction liée à la drogue. S'il l'avait fait, la situation aurait été différente. Voir *Chehil*, par. 65 (citant différentes décisions).

[60] En l'absence d'un rejet par le juge ou d'une conclusion de fait défavorable, le témoignage de l'agent Sperlie sur les facteurs tirés de sa formation et de son expérience demeure au dossier. Il faut le prendre en compte. La Cour d'appel a conclu que le juge avait commis une *erreur de droit* en négligeant la formation et l'expérience de l'agent Sperlie lorsqu'il a évalué les facteurs ayant amené ce dernier à croire à la possibilité d'une infraction à la *LRCDAS*. Je suis d'accord.

[61] En l'espèce, le juge a conclu — sans fournir d'explication et notamment sans procéder à une analyse de la formation et de l'expérience du policier — que l'« opinion » de l'agent Sperlie selon laquelle il se pouvait que l'appelant participe à une infraction liée à drogue reposait « au mieux [sur] son intuition » (par. 47). En affirmant que les actes de l'agent Sperlie ne reposaient sur rien d'autre que son intuition, le juge formulait en fait sa conclusion *de droit* quant à l'absence de soupçons raisonnables. À mon avis, cette conclusion était erronée, car il semble qu'elle n'accordait guère de poids à la formation et à l'expérience du policier<sup>2</sup>.

[62] La formation et l'expérience d'un agent de police peuvent jouer un rôle important lorsqu'il s'agit de déterminer si la norme des soupçons raisonnables a été respectée. Les agents de police sont formés pour détecter les activités criminelles. C'est

<sup>2</sup> J'admets que le juge aborde la formation et l'expérience de l'agent de police dans l'exposé des faits et lors du *voir-dire*. Or, j'estime en toute déférence que deux commentaires dits en passant ne peuvent pas constituer — et ne constituent pas — une véritable analyse.

or consideration which might have no significance to a lay person can sometimes be quite consequential in the hands of the police” (*Yeh*, at para. 53). Sights, sounds, movement, body language, patterns of behaviour, and the like are part of an officer’s stock in trade and courts should consider this when assessing whether their evidence, in any given case, passes the reasonable suspicion threshold.

[63] Thus, in assessing whether a case for reasonable suspicion has been made out, the analysis of objective reasonableness should be conducted through the lens of a reasonable person “standing in the shoes of the police officer” (*R. v. Tran*, 2007 BCCA 491, 247 B.C.A.C. 109, at para. 12; see also *R. v. Whyte*, 2011 ONCA 24, 272 O.A.C. 317, at para. 31).

[64] That is not to say, however, that police training and experience must be accepted uncritically by the courts. As my colleague Karakatsanis J. notes in *Chehil*, “hunches or intuition grounded in an officer’s experience will [not] suffice”, nor is deference necessarily owed to a police officer’s view of the circumstances because of his or her training or experience in the field (para. 47). Reasonable suspicion, after all, is an objective standard that must stand up to independent scrutiny.

[65] In sum, while it is critical that the line between a hunch and reasonable suspicion be maintained to prevent the police from engaging in indiscriminate or discriminatory practices, it is equally vital that the police be allowed to carry out their duties without undue scepticism or the requirement that their every move be placed under a scanning electron microscope.

[66] With those principles in mind, I turn then to a *de novo* assessment of the objective reasonableness of Cst. Sperlie’s subjective belief, which is the heart of the matter.

leur travail. Ils le font quotidiennement. C’est pourquoi [TRADUCTION] « un fait ou un aspect insignifiant aux yeux du profane peut parfois se révéler très important à ceux d’un agent de police » (*Yeh*, par. 53). Ce qu’ils perçoivent par la vue ou l’ouïe, les mouvements, le langage corporel et les types de comportement, notamment, font partie du bagage des agents de police que les tribunaux devraient prendre en considération pour déterminer si leurs témoignages, dans une affaire donnée, permettent d’établir que le seuil des soupçons raisonnables avait été atteint.

[63] Par conséquent, pour déterminer si l’existence de soupçons raisonnables a été prouvée, il faut procéder à l’analyse du caractère objectivement raisonnable du point de vue d’une personne raisonnable [TRADUCTION] « mise à la place de l’agent de police » (*R. c. Tran*, 2007 BCCA 491, 247 B.C.A.C. 109, par. 12; voir également *R. c. Whyte*, 2011 ONCA 24, 272 O.A.C. 317, par. 31).

[64] Cela ne veut pas dire pour autant que les tribunaux doivent accepter sans réserve la formation et l’expérience des policiers. Comme le fait remarquer ma collègue, la juge Karakatsanis, dans *Chehil*, « l’intuition fondée sur l’expérience du policier [ne] suffira [pas] » et les tribunaux ne sont pas tenus à la déférence à l’égard du point de vue d’un agent de police sur les circonstances du fait de sa formation ou de son expérience sur le terrain (par. 47). Les soupçons raisonnables constituent après tout une norme objective qui doit résister à un examen indépendant.

[65] En somme, s’il est essentiel de maintenir cette distinction entre l’intuition et les soupçons raisonnables pour empêcher les policiers d’agir de manière aveugle ou discriminatoire, il est tout aussi essentiel de leur donner les coudées franches sans se montrer trop sceptiques à leur égard ou sans exiger que chacun de leurs gestes soit scruté à la loupe.

[66] À la lumière de ces principes, je procède maintenant à mon propre examen pour déterminer si la croyance subjective de l’agent Sperlie était objectivement raisonnable, le cœur du présent pourvoi.

(3) Was Cst. Sperlie's Subjective Belief Objectively Reasonable?

[67] The appellant submits that Cst. Sperlie's subjective belief lacked objective support. That really is the nub of the appellant's case. In essence, he maintains that even taking Cst. Sperlie's training and experience into account, the factors that he relied upon to ground his suspicion were either characteristics of a general nature that apply broadly to innocent people, or patterns of experience that are not objectively supported or supportable. In either case, the argument is that the factors were valueless.

[68] For example, the appellant says it is common for speeders to slow down quickly when they spot a police radar unit, and it is equally common for innocent people to show signs of nervousness when they are stopped by the police. Likewise, hand tremors are as consistent with nervousness as they are with marihuana use, and there are many reasons, apart from marihuana use, why people may have pinkish-coloured eyes.

[69] Equally fruitless, the appellant says, is the evidence about his travelling from Calgary to Regina. All manner of innocent people drive the Trans-Canada Highway from Calgary to Regina every day. Identifying that stretch of highway as a known drug route, with drugs moving from Calgary to Regina, says nothing about the appellant. It is a meaningless piece of information that cannot be used to ground reasonable suspicion.

[70] The concerns raised by the appellant are not idle. They bear careful consideration. Each case must be assessed having in mind the legal principles that my colleague Karakatsanis J. has identified in *Chehil*. What follows is a summary of the principles from *Chehil* that are pertinent to this case.

(3) La croyance subjective de l'agent Sperlie était-elle objectivement raisonnable?

[67] L'appelant fait valoir que la croyance subjective de l'agent Sperlie ne reposait sur aucun élément objectif. Voilà le cœur de la thèse de l'appelant. Essentiellement, celui-ci soutient que, même compte tenu de la formation et de l'expérience de l'agent Sperlie, les facteurs invoqués pour justifier ses soupçons constituaient, soit des caractéristiques de nature générale qui s'appliquaient globalement aux personnes innocentes, soit des profils expérientiels ne reposant, réellement ou potentiellement, sur aucun fondement objectif. Dans un cas comme dans l'autre, l'appelant soutient que ces facteurs étaient dépourvus de toute valeur.

[68] Par exemple, l'appelant affirme qu'il n'est pas rare que les automobilistes qui roulent à une vitesse excessive ralentissent rapidement lorsqu'ils repèrent une voiture de police munie d'un radar, et il n'est pas rare non plus que des personnes innocentes démontrent de la nervosité lorsqu'elles sont interceptées par la police. De même, le tremblement des mains pourrait indiquer tant la nervosité que la consommation de marihuana, et les yeux teintés de rose peuvent s'expliquer par de nombreuses raisons, outre la consommation de cette drogue.

[69] Selon l'appelant, la preuve concernant son déplacement de Calgary à Regina se révèle tout aussi inutile. Bon nombre de personnes innocentes empruntent chaque jour la Transcanadienne entre ces deux villes. Qualifier ce tronçon de route notoire de la drogue servant au transport des substances de Calgary à Regina, ne révèle rien au sujet de l'appelant. Il s'agit d'un renseignement insignifiant qui ne saurait servir à justifier l'existence de soupçons raisonnables.

[70] Les préoccupations soulevées par l'appelant ne sont pas futiles. Elles doivent faire l'objet d'un examen attentif. Chaque affaire doit être jugée compte tenu des principes juridiques que ma collègue, la juge Karakatsanis, a relevés dans l'arrêt *Chehil*. Suit un résumé des principes établis dans cette affaire qui jouent en l'espèce.



[71] Reasonable suspicion must be assessed against the totality of the circumstances. Characteristics that apply broadly to innocent people and “no-win” behaviour — he looked at me, he did not look at me — cannot on their own, support a finding of reasonable suspicion, although they may take on some value when they form part of a constellation of factors.

[72] Exculpatory, common, neutral, or equivocal information should not be discarded when assessing a constellation of factors. However, the test for reasonable suspicion will not be stymied when the factors which give rise to it are supportive of an innocent explanation. We are looking here at possibilities, not probabilities. Are the facts objectively indicative of the *possibility* of criminal behaviour in light of the totality of the circumstances? If so, the objective component of the test will have been met. If not, the inquiry is at an end.

[73] Assessing whether a particular constellation of facts gives rise to a reasonable suspicion should not — indeed must not — devolve into a scientific or metaphysical exercise. Common sense, flexibility, and practical everyday experience are the bywords, and they are to be applied through the eyes of a reasonable person armed with the knowledge, training and experience of the investigating officer.

[74] Parenthetically, I note that there are several ways of describing what amounts to the same thing. Reasonable suspicion means “reasonable grounds to suspect” as distinguished from “reasonable grounds to believe” (*Kang-Brown*, at paras. 21 and 25, *per* Binnie J., and at para. 164, *per* Deschamps J.). To the extent one speaks of a “reasonable belief” in the context of reasonable suspicion, it is a reasonable belief that an individual *might* be connected to a particular offence, as opposed to a reasonable belief that an individual *is* connected to the offence. As Karakatsanis J. observes in *Chehil*, the bottom line is that while both concepts must be grounded in

[71] Les soupçons raisonnables doivent être examinés à la lumière de l’ensemble des circonstances. Les caractéristiques qui s’appliquent globalement aux personnes innocentes et les comportements susceptibles d’éveiller les soupçons sous un angle ou sous l’autre — par exemple, le fait que le suspect ait regardé ou non le policier — ne permettent pas de conclure, à eux seuls, à l’existence de soupçons raisonnables, même s’ils peuvent revêtir une certaine valeur lorsqu’ils s’inscrivent dans un ensemble de facteurs.

[72] Il n’y a pas lieu d’écarter les facteurs disculpatoires, communs, neutres ou équivoques lors de l’examen de l’ensemble. Néanmoins, on ne saurait dire qu’il n’est pas satisfait au critère des soupçons raisonnables si les facteurs y donnant naissance peuvent admettre une explication innocente. C’est une question de possibilités, non pas de probabilités. Les faits indiquent-ils objectivement la *possibilité* d’un comportement criminel compte tenu de l’ensemble des circonstances? Dans l’affirmative, il est satisfait à l’élément objectif du critère. Dans la négative, l’analyse prend fin.

[73] L’examen de la question de savoir si un ensemble particulier de faits donne lieu à des soupçons raisonnables ne saurait se muer en un exercice scientifique ou métaphysique. Le bon sens, la flexibilité et l’expérience pratique quotidienne sont les mots d’ordre qui doivent guider cette analyse qui s’effectue du point de vue d’une personne raisonnable munie des connaissances, de la formation et de l’expérience de l’enquêteur.

[74] Incidemment, il existe plusieurs façons de décrire une même notion. Les soupçons raisonnables signifient des « motifs raisonnables de soupçonner » par opposition aux « motifs raisonnables de croire » (*Kang-Brown*, par. 21 et 25, le juge Binnie, et par. 164, la juge Deschamps). Dans le contexte des soupçons raisonnables, par « motifs raisonnables » on entend des motifs raisonnables de croire qu’une personne *pourrait* être impliquée dans une infraction donnée, et non qu’elle *l’est*. Comme le fait observer la juge Karakatsanis dans *Chehil*, en définitive, même si les deux notions doivent se fonder sur des faits objectifs qui résistent à un examen

objective facts that stand up to independent scrutiny, “reasonable suspicion is a lower standard, as it engages the reasonable possibility, rather than probability, of crime” (para. 27).

[75] Applying the principles articulated in *Chehil* to the case at hand, I am satisfied that the factors identified by Cst. Sperlie provide the objective basis needed to support his belief that the appellant might be involved in a drug-related offence.

[76] When the appellant saw Cst. Sperlie’s radar unit, it would seem that he had little cause to be concerned. At worst, he was travelling a few kilometres per hour above the posted limit. His reaction however was noticeable and pronounced, to the point that his sudden decrease in speed caused the front end of his vehicle to pitch forward. Cst. Sperlie described his driving at that point as erratic. Equally odd, the appellant pulled over to the side of the road on his own without being directed by the police to do so.

[77] In making his observations of the appellant, Cst. Sperlie was clear that what he was seeing was not the normal nervous reaction one might expect to see in a driver pulled over for speeding. Having in mind the thousands of traffic stops he had made over the years, the appellant’s level of anxiety was “some of the highest nervousness” he had ever seen. Indeed, it was so pronounced that it caused him to ask the appellant if he was “all right”.

[78] As it turned out, Cst. Sperlie was not imagining things. His concerns were borne out by the appellant who asked for, and received permission to use his asthma medication. The medication did not assist, however. After taking it, the appellant’s extreme degree of nervousness continued unabated — even though he knew he was being investigated for a relatively minor speeding infraction. That too seemed unusual to Cst. Sperlie, and even more so when he learned from a record search that the

indépendant, « les premiers constituent une norme moins rigoureuse, puisqu’ils évoquent la possibilité — plutôt que la probabilité — raisonnable d’un crime » (par. 27).

[75] Après avoir appliqué à la présente espèce les principes formulés dans *Chehil*, je suis convaincu que les facteurs relevés par l’agent Sperlie fournissent le fondement objectif nécessaire pour justifier sa croyance que l’appelant pouvait être impliqué dans une infraction liée à la drogue.

[76] Lorsque l’appelant a aperçu le radar de l’agent Sperlie, il n’avait vraisemblablement guère de raison de s’inquiéter. Au pire, il roulait un peu au-dessus de la limite permise. Or, sa réaction a été perceptible et prononcée, au point où la décélération rapide a fait piquer sa voiture du nez. Selon l’agent Sperlie, sa conduite était imprévisible. Autre fait étrange, l’appelant a garé sa voiture au bord de la route de son propre chef.

[77] Il ressort clairement des observations de l’agent Sperlie à propos du comportement de l’appelant qu’il ne s’agissait pas de la réaction nerveuse normale à laquelle on s’attendrait d’un conducteur intercepté pour excès de vitesse. Compte tenu des milliers de contrôles routiers qu’il avait effectués au fil des ans, il a indiqué que le degré de nervosité de l’appelant était « parmi les plus élevés » qu’il eût jamais vus. En effet, la nervosité de l’appelant était si prononcée que le policier lui a demandé s’il « allait bien ».

[78] Il se trouve que l’agent Sperlie n’avait pas la berlue. Ses doutes ont été confirmés lorsque l’appelant a demandé et obtenu la permission de prendre son médicament contre l’asthme. Or, le médicament est resté sans effet. La nervosité extrême de l’appelant n’a pas diminué — même s’il se savait l’objet d’une enquête relative à une contravention relativement mineure pour excès de vitesse. Ce fait également semblait étrange à l’agent Sperlie, d’autant plus que la vérification des antécédents

appellant had no outstanding tickets or violations that might account for his abnormal state of anxiety.

[79] Accepting Cst. Sperlie's evidence at face value, the appellant's attempt to portray his manner of driving and his degree of nervousness as commonplace reactions that one would expect to see in the population at large is not an accurate depiction of the evidence.

[80] Apart from the appellant's extreme state of anxiety, Cst. Sperlie noticed that his eyes were pinkish in colour and his hands were trembling. From his training and experience as a police officer, these symptoms were consistent with a marihuana user — hence the link to drugs and the possibility that the appellant was concealing drugs in his car.

[81] Finally, the appellant was travelling on the Trans-Canada Highway from Calgary to Regina. From his training and experience, Cst. Sperlie knew that this stretch of highway was a drug route. Standing alone, that factor would have been inconsequential. But it did not stand alone. It was something to be considered along with the other factors, including the appellant's slip-up as to the day he left Regina to go to Calgary.

[82] From his experience, Cst. Sperlie knew that drug traffickers tend to do fast turnarounds — which is precisely what the appellant admitted to, before attempting to change his initial response to indicate he had spent more time in Calgary. Viewed in that light, the appellant's attempt to have the route and destination evidence treated as worthless falls short. It takes on weight when considered with the whole of the evidence presented.

[83] Looking at the totality of the evidence through the lens of an officer with training and field experience in the transportation and detection of drugs, I am satisfied that Cst. Sperlie's subjective belief that the appellant might be involved in a drug-related offence was objectively substantiated.

de l'appellant n'avait révélé aucune contravention impayée ou aucun manquement pouvant expliquer son état anormal d'anxiété.

[79] Si l'on ajoute foi au témoignage de l'agent Sperlie, la description par l'appellant de ses manœuvres routières et de son degré de nervosité comme étant des réactions courantes que l'on pourrait observer dans l'ensemble de la population ne colle pas à la preuve.

[80] Outre l'état d'anxiété extrême de l'appellant, l'agent Sperlie a constaté que les yeux de celui-ci étaient teintés de rose et que ses mains tremblaient. D'après sa formation et son expérience policières, ces symptômes révèlent la consommation de marihuana — d'où le rapport avec la drogue et la possibilité que l'appellant en dissimule dans sa voiture.

[81] Enfin, l'appellant roulait sur la Transcanadienne de Calgary à Regina. La formation et l'expérience de l'agent Sperlie lui avaient appris que ce tronçon servait de route de la drogue. À lui seul, ce facteur aurait été insignifiant. Or, il n'était pas seul. Il fallait l'examiner de concert avec les autres facteurs, dont la bourde de l'appellant quant à la date à laquelle il avait quitté Regina pour se rendre à Calgary.

[82] Avec l'expérience, l'agent Sperlie savait que les trafiquants de drogue ont tendance à effectuer de brefs allers-retours — exactement ce que l'appellant avait admis avoir fait, avant de tenter de modifier sa réponse initiale pour laisser croire qu'il avait passé plus de temps à Calgary. Considérée sous cet angle, la tentative de l'appellant de banaliser son itinéraire et sa destination échoue. Cet élément revêt de l'importance lorsqu'il est évalué au regard de l'ensemble de la preuve présentée.

[83] Examinant l'ensemble de la preuve du point de vue d'un agent de police formé et expérimenté en matière de transport et de détection de drogue, je suis convaincu que la croyance subjective de l'agent Sperlie selon laquelle il était possible que l'appellant soit impliqué dans une infraction liée à la

Accordingly, Cst. Sperlie had reasonable suspicion that the appellant was engaged in a drug-related offence.

[84] Having concluded as much, I pause here to reiterate that courts, under the banner of rigorous judicial oversight, must guard against upping the ante for reasonable suspicion to the point that it virtually mirrors the test for reasonable and probable grounds. To do so would be especially problematic given the clear warning in *Chehil* that “reviewing judges must be cautious not to conflate it with the more demanding reasonable and probable grounds standard” (para. 27).

[85] The reasonable and probable grounds standard is a more demanding standard than the reasonable suspicion standard. It follows inexorably from this that more innocent persons will be caught under a reasonable suspicion standard than under the reasonable and probable grounds standard. That is the logical consequence of the way these standards have been defined.

[86] However unappealing that result may be, we should candidly acknowledge that it is the foundation on which *Kang-Brown, A.M.*, and the other reasonable suspicion cases have been built. Indeed, Karakatsanis J. does just that in *Chehil*, explaining that the “factors that give rise to a reasonable suspicion may also support completely innocent explanations” because the “reasonable suspicion standard addresses the *possibility* of uncovering criminality, and not a *probability* of doing so” (para. 32 (emphasis in original)). We accept this cost to individual privacy as a reasonable one in part because properly conducted sniff searches are “minimally intrusive, narrowly targeted, and highly accurate” (*Chehil*, at para. 28). In short, we have judged the trade-off between privacy and security to be acceptable.

[87] The strength of the factors relied on by the police will, of course, vary from case to case. For example, in *Chehil* the police presented uncontradicted evidence that “most people meeting this

drogue reposait sur des éléments objectifs. Par conséquent, l’agent Sperlie avait des motifs raisonnables de soupçonner l’appelant d’une telle infraction.

[84] Ayant tiré cette conclusion, je tiens à rappeler que les tribunaux doivent éviter de resserrer le critère des soupçons raisonnables, sous le prétexte de la surveillance rigoureuse, de sorte qu’il finisse par constituer le simple reflet du critère des motifs raisonnables et probables. Un tel résultat serait tout particulièrement problématique, vu la mise en garde formulée clairement dans *Chehil* selon laquelle « le juge siégeant en révision doit se garder de la confondre avec la norme plus exigeante des motifs raisonnables et probables » (par. 27).

[85] La norme des motifs raisonnables et probables est plus exigeante que celle des soupçons raisonnables. Il s’ensuit forcément que plus de personnes innocentes seront visées par la norme des soupçons raisonnables que par celle des motifs raisonnables et probables. C’est la conséquence logique de la manière dont ces normes ont été définies.

[86] Admettons en toute franchise que pareil résultat, si peu attrayant soit-il, constitue le fondement sur lequel reposent les arrêts *Kang-Brown, A.M.*, et d’autres affaires mettant en jeu les soupçons raisonnables. C’est exactement ce que fait valoir la juge Karakatsanis dans *Chehil* lorsqu’elle dit que « les facteurs qui font naître des soupçons raisonnables peuvent également admettre des explications tout à fait innocentes » parce que « la norme des soupçons raisonnables correspond à la *possibilité* — et non à la *probabilité* — de découvrir de la criminalité » (par. 32 (italiques dans l’original)). Nous acceptons cette incidence sur la vie privée, car nous l’estimons raisonnable, notamment parce que la fouille bien effectuée à l’aide d’un chien renifleur a un caractère « peu envahissant, étroitement ciblé et hautement fiable » (*Chehil*, par. 28). Bref, nous avons jugé acceptable le compromis entre le droit à la vie privée et la sécurité.

[87] La valeur des facteurs invoqués par les agents de police sera évidemment fonction des circonstances de chaque affaire. Par exemple, dans *Chehil*, selon les agents de police (dont le témoignage n’a

constellation had been proven to be drug couriers” (para. 64 (emphasis added)). Here, by contrast, we do not have evidence that *most* people who match the factors identified by the police with respect to the appellant have proven to be drug couriers. Rather, what we have is uncontradicted evidence that the factors relied on were “commonly” exhibited, “seen in [previous] investigations”, and “experienced in the past” by individuals found to be involved in a drug-related offence (A.R., vol. II, at pp. 10-11).

[88] That, however, does not amount to a material evidentiary distinction between these two cases. As *Chehil* makes clear, the police need not have evidence indicative of a reasonable *probability* of finding drugs under a reasonable suspicion standard. In my respectful view, to require more would render the distinction between reasonable and probable grounds and reasonable suspicion all but illusory.

[89] The appellant has not challenged Levi’s accuracy or reliability (*voir dire* reasons, at para. 37). And absent any other argument that the search was carried out in an unreasonable manner, the sniff search was thus lawful.

#### D. *The Arrest and Search Incident to Arrest*

[90] The appellant appears to concede that, after the dog’s positive alert and considering the totality of the circumstances, the officers had reasonable and probable grounds to proceed with a warrantless arrest and search incident to it (*Kang-Brown*, at para. 200, *per* Deschamps J.; *Chehil*, at para. 55). Accordingly, I need not say more about this.

#### VI. Conclusion

[91] For these reasons, I agree with the Court of Appeal that the police had reasonable suspicion that the appellant was involved in a drug-related offence

pas été contredit) il s’était avéré que « la plupart des gens réunissant cet ensemble de facteurs sont des passeurs de drogue » (par. 64 (je souligne)). Au contraire, en l’espèce, nous ne disposons d’aucun élément de preuve indiquant que *la plupart* des personnes qui sont visées par les facteurs que les agents de police ont attribués à l’appelant se sont révélées être des passeurs de drogues. Nous disposons plutôt du témoignage non contredit selon lequel les facteurs invoqués étaient [TRADUCTION] « courants » et avaient été « constaté[s] dans le cadre d’enquêtes [antérieures] », et « démontrés » par des personnes impliquées dans des infractions liées à la drogue (d.a., vol. II, p. 10-11).

[88] Cette divergence entre les deux affaires sur le plan de la preuve n’est cependant pas significative. Comme il est indiqué clairement dans *Chehil*, les policiers n’ont pas besoin d’éléments de preuve indiquant la *probabilité* raisonnable de découvrir de la drogue pour qu’il soit satisfait à la norme des soupçons raisonnables. J’estime en toute déférence qu’exiger davantage rendrait illusoire la distinction entre les motifs raisonnables et probables et les soupçons raisonnables.

[89] L’appelant ne conteste pas la fiabilité de Levi (motifs du voir-dire, par. 37). En l’absence de tout autre argument portant qu’elle a été menée de manière abusive, la fouille effectuée à l’aide du chien renifleur était donc légale.

#### D. *L’arrestation et la fouille accessoire à l’arrestation*

[90] L’appelant paraît admettre que, suivant l’indication donnée par le chien et compte tenu de l’ensemble des circonstances, les agents avaient des motifs raisonnables et probables de procéder à une arrestation sans mandat et à la fouille accessoire (*Kang-Brown*, par. 200, la juge Deschamps; *Chehil*, par. 55). Par conséquent, il n’est pas nécessaire d’en dire davantage.

#### VI. Conclusion

[91] Pour ces motifs, je suis d’accord avec la Cour d’appel pour dire que les policiers avaient des motifs raisonnables de soupçonner l’appelant



such that they could enlist Levi to perform a sniff search of the appellant's vehicle. The appellant's s. 8 privacy rights were not breached and the marihuana seized from the rear hatch of his car was thus admissible at trial.

[92] I would therefore dismiss the appeal.

The reasons of McLachlin C.J. and LeBel, Fish and Cromwell JJ. were delivered by

LEBEL J. (dissenting) —

#### I. Introduction

[93] I have read the reasons of my colleague, Moldaver J. With great respect, I cannot agree with his conclusion.

[94] I agree with Justice Moldaver that the principal question in this appeal is whether the police had reasonable suspicion that the appellant was involved in a drug-related offence. Unlike my colleague, however, I am of the opinion that the police lacked the requisite reasonable suspicion to conduct the dog-sniff search in this case. Specifically, the police lacked objective grounds on which to justify deploying a sniffer dog to search the appellant's vehicle. The trial judge committed neither an error of law nor a palpable and overriding error of fact. Therefore, the Court of Appeal had no basis on which to interfere with his conclusion. Ultimately, the constellation of factors available to the police was insufficient to ground reasonable suspicion, and the appellant's *Charter* rights were breached as a result. I would allow the appeal and reinstate the trial judge's decision to exclude the evidence under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

d'une infraction liée à la drogue, de sorte qu'ils pouvaient faire appel à Levi pour effectuer la fouille du véhicule. Il n'a pas été porté atteinte au droit de l'appelant à la vie privée conféré par l'art. 8, et la marihuana découverte dans le coffre de sa voiture et saisie était donc admissible au procès.

[92] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Fish et Cromwell rendus par

LE JUGE LeBEL (dissident) —

#### I. Introduction

[93] J'ai pris connaissance des motifs de mon collègue, le juge Moldaver. En toute déférence, je ne puis souscrire à sa conclusion.

[94] Je partage l'avis du juge Moldaver selon lequel la principale question à trancher dans le présent pourvoi est celle de savoir si les policiers avaient des motifs raisonnables de soupçonner l'appelant d'une infraction liée à la drogue. Toutefois, contrairement à mon collègue, je suis d'avis qu'ils n'avaient pas les soupçons raisonnables requis pour effectuer la fouille à l'aide d'un chien renifleur en l'espèce. En particulier, les policiers ne pouvaient justifier par un motif objectif la fouille du véhicule de l'appelant au moyen d'un tel chien. Le juge de première instance n'a commis ni erreur de droit, ni erreur manifeste et dominante de fait. Par conséquent, la Cour d'appel n'avait aucune raison d'annuler sa conclusion. En fin de compte, l'ensemble de facteurs dont disposaient les policiers ne suffisait pas pour justifier les soupçons raisonnables; par conséquent, les droits que la *Charte* garantit à l'appelant ont été violés. Je suis d'avis d'accueillir l'appel et de rétablir la décision d'écarter la preuve en application du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* rendue en première instance.

## II. Analysis

[95] The relatively low standard of reasonable suspicion, which allows police officers considerable latitude, increases the need for careful review of police action:

... where the citizen's only protection against unlawful searches by police dogs is after-the-fact scrutiny of the stated grounds of "reasonable suspicion", it is important that the after-the-fact judicial scrutiny be conducted with serious diligence and rigour.

(*R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456, at para. 97, *per* Binnie J.)

[96] Rigorous judicial scrutiny of dog-sniff searches remains a vital part of the balance struck under s. 8 of the *Charter* between the need for effective law enforcement and the protection of the public's privacy rights. Some, like my colleague, worry that the police will be unduly burdened by having their activities minutely scrutinized by the courts. Without question, the police must be allowed to carry out their duties, and the reasonable suspicion standard acknowledges that innocent people may sometimes be reasonably suspected of a crime. Nevertheless, courts must remain vigilant and not shirk their role in evaluating police action for *Charter* compliance, particularly where the only effective check on that action is after-the-fact independent judicial assessment. Possession of illegal drugs is a serious matter, but so is the public's constitutional right to be secure against unreasonable search or seizure.

[97] The police cannot simply draw on their experience in the field to create broad categories of "suspicious" behaviour into which almost anyone could fall. Such an approach risks transforming the already flexible standard of reasonable suspicion into the "generalized" suspicion standard that a majority of this Court rejected in *Kang-Brown*. In

## II. Analyse

[95] La norme relativement peu élevée des soupçons raisonnables confère aux policiers une latitude considérable. Sa nature accentue alors l'importance d'un contrôle serré des interventions policières :

... lorsque la seule protection dont un citoyen bénéficie contre les fouilles abusives effectuées à l'aide d'un chien policier est un examen après le fait des motifs invoqués à l'appui des « soupçons raisonnables », il importe que les tribunaux effectuent cet examen d'une manière très diligente et rigoureuse.

(*R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456, par. 97, le juge Binnie)

[96] L'examen rigoureux par les tribunaux des fouilles effectuées à l'aide de chiens renifleurs demeure un élément essentiel de l'équilibre, établi au regard de l'art. 8 de la *Charte*, entre la nécessité de l'application efficace de la loi et celle de la protection du droit à la vie privée. À l'instar de mon collègue, certains craignent qu'on impose aux policiers un fardeau excessif en demandant aux tribunaux de passer leurs activités au crible. Assurément, il faut permettre aux policiers d'exercer leurs fonctions. L'acceptation de la norme des soupçons raisonnables crée la possibilité que des personnes innocentes soient parfois raisonnablement soupçonnées d'un crime. Néanmoins, les tribunaux doivent demeurer vigilants et ne pas abdiquer leur fonction de vérification de la conformité à la *Charte* de l'action policière, particulièrement lorsque le seul moyen efficace de surveiller cette dernière se limite à une appréciation judiciaire indépendante effectuée après coup. La possession de drogues illicites constitue une question sérieuse, mais le droit constitutionnel du public à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives possède au moins autant d'importance.

[97] Les policiers ne peuvent pas se contenter de se fonder sur leur expérience pratique de l'action policière pour établir de larges catégories de comportements « suspects » susceptibles de s'appliquer à presque n'importe qui. On risque ainsi de substituer à la norme souple des soupçons raisonnables celle des soupçons « généraux » rejetée par

order to uphold and reinforce privacy rights, courts must not fail to hold police accountable when they stray from the proper exercise of their power and draw broad inferences of criminality without specific, individualized suspicion that can be objectively assessed. The constellation of facts grounding reasonable suspicion must be “based in the evidence, tied to the individual, and capable of supporting a logical inference of criminal behaviour” (*R. v. Chehil*, 2013 SCC 49, [2013] 3 S.C.R. 220, at para. 46).

A. *The Trial Judge Did Not Err in Applying the Reasonable Suspicion Standard With Regard to Cst. Sperlie’s Training and Experience*

[98] Justice Moldaver agrees with the Court of Appeal’s finding that the trial judge “failed *as a matter of law* to appreciate the significance of [Cst. Sperlie’s] training and experience when evaluating the worth of the factors he considered in forming his belief that the appellant might be involved in an offence under the *CDSA*” (para. 60). As a result, my colleague concludes that the trial judge incorrectly applied the law to the facts, thereby committing an error of law.

[99] I disagree with this conclusion. The trial judge understood the reasonable suspicion standard. As the Court of Appeal rightly found, the trial judge “committed no error of law with respect to the legal meaning of the concept of reasonable suspicion itself” (2011 SKCA 64, 371 Sask. R. 291, at para. 24). Nothing in the trial judge’s reasons indicates that he did not know that the experience and training of police officers is an important consideration. A judge is assumed to know the law. No one disputes that the reasonable suspicion determination must be made from the perspective of a reasonable person standing in the shoes of the investigating officer. It is clear from the trial judge’s reasons that he appreciated the legal significance of an officer’s training and experience in the context of the reasonable suspicion standard.

les juges majoritaires de la Cour dans *Kang-Brown*. Pour faire respecter et pour promouvoir le droit à la vie privée, les tribunaux ne doivent pas hésiter à demander des comptes aux policiers lorsqu’ils n’exercent pas correctement leur pouvoir et tirent des conclusions générales relatives à la criminalité sans soupçons précis et particuliers appréciables objectivement. L’ensemble des faits justifiant les soupçons raisonnables doit « reposer sur la preuve, être lié au suspect et pouvoir étayer une inférence logique quant à l’existence d’un comportement criminel » (*R. c. Chehil*, 2013 CSC 49, [2013] 3 R.C.S. 220, par. 46).

A. *Le juge de première instance a bien appliqué la norme des soupçons raisonnables à la lumière de la formation et de l’expérience de l’agent Sperlie*

[98] Le juge Moldaver est d’accord avec la Cour d’appel pour dire que le juge de première instance « avait commis une *erreur de droit* en négligeant la formation et l’expérience de l’agent Sperlie lorsqu’il a évalué les facteurs ayant amené ce dernier à croire à la possibilité d’une infraction à la *LRCDA* » (par. 60). En conséquence, mon collègue conclut que le juge de première instance a incorrectement appliqué la règle de droit aux faits et a ainsi commis une erreur de droit.

[99] Je ne partage pas cette conclusion. Le juge de première instance avait bien compris la norme des soupçons raisonnables. Comme le conclut à juste titre la Cour d’appel, le juge [TRADUCTION] « n’a commis aucune erreur de droit sur le sens juridique à donner à la notion même de soupçons raisonnables » (2011 SKCA 64, 371 Sask. R. 291, par. 24). Rien dans les motifs du juge n’indique qu’il ignorait que l’expérience et la formation des policiers constituaient une considération importante. Tout juge est réputé connaître le droit. Nul ne conteste que l’existence des soupçons raisonnables doit être appréciée du point de vue d’une personne raisonnable mise à la place de l’enquêteur. Il ressort des motifs du juge qu’il comprenait l’importance sur le plan juridique de la formation et de l’expérience d’un policier dans le contexte de la norme des soupçons raisonnables.

[100] The trial judge explicitly discussed the evidence regarding Cst. Sperlie's training, mentioning that the officer had taken RCMP courses, including "a course to enable him to spot persons transporting illegal drugs" (2009 SKQB 415, 342 Sask. R. 281, at para. 6). The trial judge also noted that, in Cst. Sperlie's experienced opinion, nervousness increases during traffic stops with people who are transporting drugs, and Calgary is a well-known source of drugs (para. 7). In addition, the transcript of the *voir dire* reveals that the trial judge was sensitive to the legal relevance of an officer's training and experience when assessing the objective grounds for reasonable suspicion (A.R., vol. II, at p. 88):

[DEFENCE COUNSEL]: And I think that's what this case is, especially when you read *Mann* in conjunction with *Nguyen* and *Harris* out of our Court of Appeal, this is mere hunches and intuition. This isn't something that, you know, that we can really get our teeth on and say well this is objective findings of reasonable grounds.

I'm going to go — for instance, sweat, excessive pulsating carotid, I don't even know what that is. I mean — I mean I don't think that's a grounds — or provides —

THE COURT: Yeah, but you are not a trained police officer.

[DEFENCE COUNSEL]: Pardon me?

THE COURT: You are not a trained police officer. [Emphasis added.]

[101] The Court of Appeal asserted that the trial judge "does not question the constable's training" (para. 30), yet the trial judge did in fact do just that, writing: "When Cst. Sperl[i]e was cross-examined, he admitted that he had never been qualified as an expert. He also stated he had never taken any classes in physiology but, as noted above, had been trained by other R.C.M.P. officers" (para. 9 (emphasis added)).

[100] Le juge de première instance a explicitement tenu compte de la formation de l'agent Sperlie, mentionnant que le policier avait suivi des cours offerts par la GRC, y compris [TRADUCTION] « un cours pour lui permettre de repérer les personnes qui transportent de la drogue illicite » (2009 SKQB 415, 342 Sask. R. 281, par. 6). Le juge de première instance a également noté que, d'après l'expérience de l'agent Sperlie, les personnes qui transportent de la drogue démontrent une nervosité croissante durant le contrôle routier, et Calgary constitue une source de drogue bien connue (par. 7). En outre, il ressort de la transcription du voir-dire que le juge reconnaissait l'importance sur le plan juridique de la formation et de l'expérience d'un policier, lorsqu'il s'agissait de déterminer si des motifs objectifs étayaient les soupçons raisonnables de ce dernier (d.a., vol. II, p. 88) :

[TRADUCTION]

[AVOCAT DE LA DÉFENSE] : Et je crois que c'est le cas ici, surtout si on lit *Mann* en parallèle avec *Nguyen* et *Harris* de la Cour d'appel, il ne s'agit que d'intuitions. Ce n'est pas quelque chose que l'on peut vraiment cerner, vous savez, et dire, eh bien, voilà des conclusions objectives quant à l'existence de motifs raisonnables.

Je vais aller — par exemple, la sueur, la pulsation excessive de la carotide, je ne sais même pas ce que c'est. Je veux dire — je veux dire, je ne pense pas que ce soit un motif — ou fournit —

LA COUR : Oui, mais vous n'avez pas une formation de policier.

[AVOCAT DE LA DÉFENSE] : Je vous demande pardon?

LA COUR : Vous n'avez pas une formation de policier. [Je souligne.]

[101] Selon la Cour d'appel, le juge de première instance [TRADUCTION] « ne remet pas en question la formation de l'agent » (par. 30). Pourtant, c'est exactement ce qu'il fait lorsqu'il écrit : [TRADUCTION] « Lorsque l'agent Sperl[i]e a été contre-interrogé, il a admis n'avoir jamais été agréé comme expert. Il a également affirmé n'avoir jamais étudié la physiologie, mais, comme nous l'avons vu, il avait été formé par d'autres agents de la GRC » (par. 9 (je souligne)).

[102] My colleague writes that Cst. Sperlie was not “seriously challenged in cross-examination about his training and experience as a police officer or the factors used by the police to detect the behavioural characteristics and practices of drug users and traffickers” (para. 16). However, I note that Cst. Sperlie was cross-examined for nearly five pages of the *voir dire* transcript on his RCMP training, his academic background in science, anatomy, physiology and endocrinology, his years of experience in the drug section of the RCMP as well as in traffic services, and his knowledge of drug trafficking. In particular, Cst. Sperlie conceded on cross-examination that he was not qualified as a drug recognition expert, drug recognition being the ability to evaluate whether a person’s physical symptoms are indicative of drug use. The trial judge had sufficient evidence on which to base his assessment of the legal significance of Cst. Sperlie’s training and experience, or lack thereof.

[103] Even while undertaking its objective assessment from an officer’s perspective, a court should not show that officer’s testimony any particular deference:

An officer’s training and experience may provide an objective experiential, as opposed to empirical, basis for grounding reasonable suspicion. However, this is not to say that hunches or intuition grounded in an officer’s experience will suffice, or that deference is owed to a police officer’s view of the circumstances based on her training or experience in the field: see Payette, [2010 BCCA 392, 291 B.C.A.C. 289,] at para. 25. A police officer’s educated guess must not supplant the rigorous and independent scrutiny demanded by the reasonable suspicion standard. [Emphasis added.]

(*Chihil*, at para. 47)

[104] The risks of attaching excessive weight to police testimony have long been recognized in the jurisprudence. In *Graat v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 819, at p. 840, for example, Dickson J. (as

[102] De l’avis de mon collègue, l’agent Sperlie n’avait « pas subi de contre-interrogatoire serré au sujet de sa formation et de son expérience comme agent de police ni au sujet des facteurs permettant à la police de détecter les caractéristiques liées au comportement et les pratiques propres aux consommateurs et aux trafiquants de drogue » (par. 16). Toutefois, je constate que l’agent Sperlie, lors du voir-dire, a été l’objet d’un contre-interrogatoire — dont la transcription remplit presque cinq pages — à propos de son entraînement à la GRC, de sa formation scolaire en science, en anatomie, en physiologie et en endocrinologie, de ses années d’expérience dans l’unité antidrogue de la GRC ainsi que dans les services de la circulation et de ses connaissances en matière de trafic de drogue. En particulier, l’agent Sperlie a reconnu lors du contre-interrogatoire ne pas être agréé comme expert en reconnaissance de drogue, c’est-à-dire apte à déterminer quels symptômes physiques révèlent une consommation de drogues. Le juge de première instance disposait d’assez d’éléments de preuve pour apprécier l’importance sur le plan juridique de la formation et de l’expérience de l’agent Sperlie — ou de son manque de formation et d’expérience.

[103] Même en appréciant objectivement le point de vue du policier, le tribunal ne doit pas faire particulièrement preuve de déférence à l’égard du témoignage de ce dernier :

La formation et l’expérience du policier peuvent fournir un fondement expérientiel, plutôt qu’empirique, aux soupçons raisonnables. Toutefois, il ne s’ensuit pas que l’intuition fondée sur l’expérience du policier suffira ou que son point de vue sur les circonstances commandera la déférence (voir Payette, [2010 BCCA 392, 291 B.C.A.C. 289,] par. 25). Une supposition éclairée ne saurait supplanter l’examen rigoureux et indépendant qu’exige la norme des soupçons raisonnables. [Je souligne.]

(*Chihil*, par. 47)

[104] La jurisprudence reconnaît depuis longtemps qu’il est risqué d’accorder trop d’importance au témoignage des policiers. Par exemple, dans *Graat c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 819, p. 840, le



he then was) advised that “there may be a tendency for judges and juries to let the opinion of police witnesses overwhelm the opinion evidence of other witnesses”.

[105] The danger of placing undue emphasis on an officer’s testimony is that a court may inadvertently subvert the objective component of the reasonable suspicion standard. Although an officer’s testimony must be weighed with an appreciation of that officer’s specific training and experience, courts must also “be prepared to look carefully at what is held out to be ‘experience’ or ‘training’ in order to ensure that the integrity of the reasonable suspicion concept is maintained” (*R. v. Yeh*, 2009 SKCA 112, 337 Sask. R. 1, at para. 53). Officer training and experience should never serve as a proxy for an objective assessment of the constellation of factors giving rise to reasonable suspicion.

[106] There is no indication in the trial judge’s reasons that he disregarded the training and experience that informed Cst. Sperlie’s professional opinion. The Court of Appeal erred by substituting its decision for that of the trial judge when the trial judge had committed neither an error of law in failing to appreciate the legal significance of the officer’s training and experience nor an overriding error of fact in evaluating that training and experience.

#### B. *Cst. Sperlie’s Credibility*

[107] In his reasons, the trial judge signalled his concerns regarding Cst. Sperlie’s credibility as follows:

... it must be pointed out that both Cst. Warner and Cst. Sperl[i]e were from northern Saskatchewan and they claim to have been on routine traffic patrol with a “sniff dog” in the southern part of the province. The posted speed limit where the car was travelling was 110 km per hour. The radar clocked the accused as travelling at 112 km per hour which is only two km over the speed limit. I have a concern that the two officers may have been in the area with the purpose of conducting random traffic stops for the sole purpose of checking for drugs

juge Dickson (plus tard Juge en chef) signale qu’« il se peut que les juges et les jurys aient tendance à laisser l’opinion des policiers prévaloir sur les témoignages d’opinion d’autres témoins ».

[105] En accordant trop de crédit au témoignage d’un policier, le tribunal risque de compromettre par inadvertance l’élément objectif de la norme des soupçons raisonnables. Bien que le témoignage d’un policier doive être apprécié à la lumière de sa formation et de son expérience, le tribunal doit également être [TRADUCTION] « disposé à examiner soigneusement ce que l’on tient pour être de “l’expérience” ou de “la formation” pour garantir l’intégrité de la notion de soupçons raisonnables » (*R. c. Yeh*, 2009 SKCA 112, 337 Sask. R. 1, par. 53). Les juges ne sauraient traiter la formation et l’expérience d’un policier comme un substitut à une appréciation objective de l’ensemble des facteurs qui auraient donné naissance aux soupçons raisonnables.

[106] À la lecture de ses motifs, rien n’indique que le juge de première instance ait ignoré la formation et l’expérience qui ont éclairé l’opinion professionnelle de l’agent Sperlie. Ainsi, la Cour d’appel a eu tort de substituer sa décision à celle du premier, alors qu’il n’avait pas commis d’erreur de droit en négligeant l’importance sur le plan juridique de la formation et de l’expérience du policier, ni d’erreur de fait dominante dans son évaluation de ces deux éléments.

#### B. *La crédibilité de l’agent Sperlie*

[107] Dans ses motifs, le juge de première instance a exposé en ces termes ses réserves au sujet de la crédibilité de l’agent Sperlie :

[TRADUCTION] ... il faut souligner que les agents Warner et Sperl[i]e, tous deux du Nord de la Saskatchewan, affirmaient se trouver en patrouille de routine de la circulation avec un « chien renifleur » dans le Sud de la province. La limite permise dans la zone était de 110 km/h. Le radar indiquait que la voiture de l’accusé roulait à 112 km/h, soit à peine 2 km/h de plus que la limite permise. Je crains que les deux agents se soient trouvés dans le secteur à seule fin d’effectuer des contrôles routiers aléatoires pour intercepter le passage de

being transported from west to east which, according to Cst. Sperl[i]e, is a common occurrence. It is therefore quite conceivable that the observations of the accused claimed to have been noticed by Cst. Sperl[i]e were enhanced after the drugs were located.

When I consider all of the facts in this case, I can only conclude that the search performed by the officers was unreasonable. [paras. 47-48]

[108] I agree with Moldaver J. that the trial judge's credibility concerns did not lead him to find that Cst. Sperlie lacked a subjective belief that the appellant might be involved in a drug-related offence. The trial judge did not reject the entirety of Cst. Sperlie's testimony as not credible, although he did find that the officer's subjective belief was a relatively weak one: "... at best he was acting on a hunch" (para. 47 (emphasis added)).

[109] The trial judge could undoubtedly have articulated his credibility findings more explicitly and extensively. Yet, as this Court noted in *R. v. Dinardo*, 2008 SCC 24, [2008] 1 S.C.R. 788, at para. 26: "Where a case turns largely on determinations of credibility, the sufficiency of the reasons should be considered in light of the deference afforded to trial judges on credibility findings." It is true, as my colleague points out, that the trial judge did not discuss Cst. Sperlie's explanation as to why he was on traffic duty in that location. However, reasons "should not be read, as a verbalization of the entire process engaged in by the trial judge" (*R. v. Morrissey* (1995), 22 O.R. (3d) 514 (C.A.), at p. 525). A trial judge is not required to list or discuss "all of the evidence bearing on the issues before the court" (*R. v. Bramley*, 2009 SKCA 49, 324 Sask. R. 286, at para. 39).

[110] As the trial judge in this case made no palpable and overriding error in assessing Cst. Sperlie's credibility, considerable deference is owed to his assessment (*R. v. Gagnon*, 2006 SCC 17, [2006] 1

la drogue d'ouest en est, un phénomène fréquent selon l'agent Sperlie. Il est donc tout à fait concevable que les observations de l'agent Sperlie à propos du comportement de l'accusé aient été amplifiées après la découverte de la drogue.

Compte tenu de tous les faits de l'espèce, il me faut conclure que la fouille effectuée par les policiers était abusive. [par. 47-48]

[108] Je crois, comme le juge Moldaver, que les réserves du juge de première instance relatives à la crédibilité ne l'ont pas amené à conclure à l'absence de croyance subjective de la part de l'agent Sperlie quant à la possibilité que l'appelant soit impliqué dans une infraction liée à la drogue. Le juge de première instance n'a pas considéré la totalité du témoignage de l'agent comme étant non crédible, même si, à ses yeux, la croyance subjective de ce dernier se fondait sur relativement peu de choses : [TRADUCTION] « ... au mieux, il se fiait à son intuition » (par. 47 (je souligne)).

[109] Le juge de première instance aurait indubitablement pu préciser et étoffer ses conclusions relatives à la crédibilité. Pourtant, comme la Cour le souligne dans *R. c. Dinardo*, 2008 CSC 24, [2008] 1 R.C.S. 788, par. 26 : « Dans un litige dont l'issue est en grande partie liée à la crédibilité, on tiendra compte de la déférence due aux conclusions sur la crédibilité tirées par le juge de première instance pour déterminer s'il a suffisamment motivé sa décision. » Certes, comme le signale mon collègue, le juge de première instance n'a pas analysé la raison avancée par l'agent Sperlie pour expliquer pourquoi il avait été affecté au contrôle routier à cet endroit. Toutefois, les motifs [TRADUCTION] « ne traduisent pas intégralement le raisonnement du juge » (*R. c. Morrissey* (1995), 22 O.R. (3d) 514 (C.A.), p. 525). Il n'est pas tenu d'énumérer ou d'analyser [TRADUCTION] « chaque élément de preuve présenté à l'égard des questions dont il est saisi » (*R. c. Bramley*, 2009 SKCA 49, 324 Sask. R. 286, par. 39).

[110] Puisque le juge de première instance n'a commis en l'espèce aucune erreur manifeste et dominante dans son appréciation de la crédibilité de l'agent Sperlie, sa conclusion commande une

S.C.R. 621, at para. 10). Even though he found that Cst. Sperlie had a sincerely held *subjective* belief, the trial judge's credibility concerns should not be discounted as irrelevant to the determination of whether Cst. Sperlie had *objective* grounds on which to base his suspicion. Such concerns, even if they do not result in the wholesale rejection of a witness's testimony, may properly inform the assessment of the probative value of the evidence. Thus, while the trial judge in this case did not make an adverse finding of credibility in the sense of discarding the entirety of Cst. Sperlie's evidence as unbelievable, he appropriately drew his conclusion regarding the *overall* reasonableness of Cst. Sperlie's suspicion in light of his concern that the officer may have been "enhanc[ing]" his observations of the accused's appearance and demeanour (see paras. 47-48 of the trial judge's reasons).

[111] In sum, the objective analysis of reasonable suspicion is often largely dependent on a police officer's personal observations. Credibility is therefore pertinent not only to the officer's subjective belief; it also affects the "reasonableness" of the officer's suspicion. As a result, an appellate court should keep a trial judge's credibility concerns in mind when undertaking its assessment of whether an officer had objective grounds on which to base his suspicion.

C. *Cst. Sperlie's Subjective Belief Was Not Objectively Reasonable*

[112] An objective basis for reasonable suspicion has not been made out in this case. In the words of Karakatsanis J. in *Chehil*, the constellation of objective facts is not "capable of supporting a logical inference of criminal behaviour" (para. 46). I conclude that Cst. Sperlie's speculation, or hunch, was not equivalent to reasonable suspicion.

grande déférence (*R. c. Gagnon*, 2006 CSC 17, [2006] 1 R.C.S. 621, par. 10). Même si, selon le juge, le policier avait une croyance *subjective* sincère, il faut se garder de conclure que les réserves relatives à la crédibilité n'étaient pas pertinentes pour trancher la question de savoir si les soupçons du policier se fondaient sur des raisons *objectives*. De telles réserves, si elles ne se traduisent pas par le rejet en bloc d'un témoignage, permettent néanmoins d'en déterminer la valeur probante. Ainsi, bien que le juge n'ait pas tiré de conclusion défavorable sur la crédibilité — en ce sens où il n'a pas rejeté la totalité du témoignage de l'agent Sperlie comme étant non digne de foi —, c'est à bon droit qu'il s'est prononcé sur le caractère raisonnable *global* des soupçons de l'agent Sperlie, à la lumière de ses réserves quant à la possibilité que le policier ait [TRADUCTION] « amplifié » ses observations à propos de l'apparence et du comportement de l'accusé (voir par. 47-48 des motifs du juge de première instance).

[111] En somme, l'analyse objective des soupçons raisonnables est souvent subordonnée, en grande partie, aux observations personnelles du policier. La crédibilité n'est donc pas seulement pertinente pour évaluer la croyance subjective du policier; elle a également une incidence sur le « caractère raisonnable » de ses soupçons. Par conséquent, la cour d'appel doit tenir compte des réserves du juge de première instance sur la crédibilité lorsqu'elle détermine si des motifs objectifs étayaient les soupçons du policier.

C. *La croyance subjective de l'agent Sperlie n'était pas objectivement raisonnable*

[112] En l'espèce, l'existence de motifs objectifs justifiant les soupçons raisonnables n'est pas établie. Pour reprendre les propos de la juge Karakatsanis dans l'arrêt *Chehil*, l'ensemble de faits objectifs ne peut « étayer une inférence logique quant à l'existence d'un comportement criminel » (par. 46). Je conclus que les conjectures — ou l'intuition — de l'agent Sperlie n'équivalaient pas à des soupçons raisonnables.

[113] Cst. Sperlie's testimony in this case focused in large part on the appellant's appearance and demeanour. More specifically, he testified that the appellant was extremely nervous when pulled over by police, with shaky hands, sweat on his forehead, rapid breathing, and a pulsing carotid artery. He described the appellant as having pinkish-coloured eyes, and he testified that the appellant's high level of nervousness continued unabated throughout the traffic stop.

[114] The constellation of factors also included the fact that the appellant, who was speeding slightly, slowed his vehicle suddenly when the police radar unit came into view and pulled over to the side of the road without having been instructed to do so by the police. He was travelling on the Trans-Canada Highway from Calgary to Regina, on a quick turnaround trip, and he initially said he had gone to Calgary on Monday instead of Sunday. When the officers checked their database, they found that the appellant had no criminal record.

[115] As discussed above, Cst. Sperlie lacked training in relevant fields such as physiology and anatomy, training that provides scientific tools to accurately assess which physical symptoms indicate drug use. While Cst. Sperlie had attended a half-day lecture on types of drugs and their effects on the human body, in which he had learned that marijuana use may cause pink eye colouration and muscle tremors, he admitted in cross-examination that he was not qualified as a drug recognition expert. He also did not appear to know whether the pulsing he had observed was in the appellant's exterior or interior carotid artery.

[116] Although it is not necessary for officers to be qualified experts in order for their training and experience to be taken into account, courts must be careful not to put too much stock in an officer's knowledge of scientific and technical matters such as recognizing symptoms of drug use if an officer has received little relevant training (*Yeh*, at paras. 56-57).

[113] La déposition de l'agent Sperlie portait en grande partie sur l'apparence et le comportement de l'appelant. Plus particulièrement, à ses dires, l'appelant présentait une nervosité extrême lorsqu'il a été intercepté par les policiers, ses mains tremblaient, la sueur perlait sur son front, sa respiration était rapide et son artère carotide battait. Selon le policier, les yeux de l'appelant étaient teintés de rose, et la grande nervosité de ce dernier n'avait pas diminué au cours du contrôle routier.

[114] À l'ensemble de facteurs s'ajoutait le fait que l'appelant, qui roulait un peu plus vite que la limite permise, a ralenti soudainement lorsqu'il a aperçu la voiture de police munie d'un radar et s'est garé le long de la route de son propre chef. Il roulait sur la Transcanadienne de Calgary à Regina, effectuant un bref aller-retour, et a commencé par affirmer qu'il s'était rendu à Calgary le lundi, alors que c'était plutôt le dimanche. D'après la base de données policière, l'appelant n'avait aucun casier judiciaire.

[115] Comme nous l'avons vu, l'agent Sperlie ne possédait aucune formation scientifique dans des domaines pertinents, comme la physiologie et l'anatomie, permettant de déceler avec exactitude les symptômes physiques de la consommation de drogue. Si l'agent Sperlie avait assisté à un exposé d'une demi-journée sur les types de drogue et leurs effets sur le corps humain, où il avait appris que la consommation de marijuana était susceptible de causer une coloration rosée de l'œil et des tremblements musculaires, il a cependant admis en contre-interrogatoire ne pas être agréé comme expert en reconnaissance de drogue. Il ne semblait pas non plus savoir si le pouls qu'il avait observé chez l'appelant battait dans sa carotide externe ou interne.

[116] Même s'il n'est pas nécessaire qu'un policier soit un expert agréé pour que sa formation et son expérience soient prises en compte, le tribunal doit se garder d'accorder un poids indu aux connaissances scientifiques ou techniques de ce dernier, comme la reconnaissance des symptômes de consommation de drogue, si celui-ci a reçu peu de formation pertinente (*Yeh*, par. 56-57).

[117] In addition, Cst. Sperlie knew that the appellant was asthmatic, since the appellant asked to use his inhaler. This fact could well account for the appellant's shortness of breath. Exculpatory, neutral and equivocal factors form part of the constellation of relevant factors under the reasonable suspicion standard and cannot be disregarded by either the police or the court (*Chehil*, at para. 33).

[118] Cst. Sperlie testified that after using the inhaler, the appellant remained suspiciously short of breath, but he conceded under cross-examination that he did not know precisely what type of medication the appellant had used. Moreover, Cst. Sperlie had no medical training on which to base a diagnosis of how the inhaler would normally affect the appellant's breathing.

[119] With regard to the sweat on the appellant's forehead, defence counsel presented evidence that an Environment Canada weather report put the temperature two hours before the time of the traffic stop at 27 degrees Celsius. The Crown did not submit evidence to the contrary, apart from Cst. Sperlie's testimony that he did not think that was the actual temperature at the time.

[120] As part of his training, Cst. Sperlie had attended a week-long "pipeline" course that dealt with indicators of criminal behaviour on the highway, traffic stop scenarios and hidden compartments in vehicles. He testified that, in his experience, drug traffickers frequently make quick turnaround trips between "source" cities and "destination" cities, often remain nervous throughout traffic stops, and may lie about their travel itineraries.

[121] A particular driving route, on its own, is not indicative of suspicious behaviour, particularly when it is the primary route between two major cities. The trial judge noted in his reasons that "[n]o evidence was offered" to support Cst. Sperlie's opinion that Calgary was a "known source of narcotics" and Regina a "known destination of sale"

[117] En outre, l'agent Sperlie savait l'appelant asthmatique, ce dernier lui ayant demandé la permission d'utiliser son inhalateur. Ce fait pouvait très bien expliquer le souffle court de l'appelant. Les facteurs disculpatoires, neutres ou équivoques font partie de l'ensemble dont il faut tenir compte pour l'application de la norme des soupçons raisonnables; ni les policiers ni le tribunal ne sauraient en faire abstraction (*Chehil*, par. 33).

[118] Selon l'agent Sperlie, l'appelant avait toujours le souffle court après avoir utilisé l'inhalateur, ce qui lui paraissait suspect, mais il a concédé en contre-interrogatoire ne pas savoir précisément quel type de médicament l'appelant avait pris. Qui plus est, l'agent ne possédait aucune formation médicale lui permettant de juger de l'effet normal de l'inhalateur sur la respiration de l'appelant.

[119] Pour ce qui est de la sueur au front de l'appelant, l'avocat de la défense a présenté en preuve un rapport d'Environnement Canada selon lequel le mercure avait atteint 27 degrés Celsius deux heures avant le contrôle routier. Le ministère public n'a pas présenté de preuve contraire, à part le témoignage de l'agent Sperlie qui doutait que ce fût la température réelle au moment pertinent.

[120] Dans le cadre de sa formation, l'agent Sperlie avait assisté à un cours d'une semaine relatif aux « lignes d'approvisionnement » traitant des indices de comportement criminel sur les routes, de compartiments secrets dissimulés dans des véhicules et de contrôles routiers. Il a déclaré que, d'après son expérience, les trafiquants de drogue font fréquemment de brefs allers-retours entre une ville « source » et une ville « destination », demeurent souvent nerveux pendant les contrôles routiers et sont susceptibles de mentir au sujet de leur itinéraire.

[121] Un trajet particulier, à lui seul, ne constitue pas un indice de comportement suspect, surtout s'il s'agit de la principale route reliant deux grandes villes. Comme l'a fait remarquer le juge de première instance dans ses motifs, [TRANSLATION] « [a]ucun élément de preuve n'a été présenté » à l'appui de l'opinion de l'agent Sperlie selon laquelle Calgary



(para. 32). Although this factor should not be completely discarded, it will typically carry little weight.

[122] The fact that the appellant had no criminal record yet remained nervous throughout the stop, something Cst. Sperlie relied upon in deciding to conduct the sniff search, is a factor that may “go both ways” (*Chehil*, at para. 31). On its own, lack of a criminal record cannot support reasonable suspicion; indeed, it may well undermine a reasonable suspicion of criminal activity. While it forms part of the constellation of factors, it is therefore a highly equivocal factor.

[123] Cst. Sperlie testified that he had been involved in over 5,000 traffic stops, close to 150 of which involved controlled drugs and substances. This is certainly evidence of his considerable experience in making traffic stops. However, given that no evidence was presented on Cst. Sperlie’s rate of error, this statistic does not necessarily support the argument that it was reasonable for Cst. Sperlie to draw an inference of illegal drug possession in this instance. Absent an error rate, it is impossible to determine whether this statistic supports or undermines the reasonableness of Cst. Sperlie’s inference.

[124] The police in this case relied on markers that apply broadly to innocent people, or markers only of generalized suspicion (*Chehil*, at para. 31), which were at best highly equivocal: slowing down upon sight of the police and pulling over after speeding; acting highly nervous when confronted by the police; sweating on a warm day; breathing rapidly as an asthmatic; having pinkish eyes; using the primary highway route to make a quick turnaround trip between two major cities; correcting an initial response when asked about travel dates; and lacking a criminal record.

représente une « source connue de stupéfiants » et Regina une « destination connue de vente » (par. 32). Même si ce facteur ne peut être complètement écarté, il aura généralement peu de poids.

[122] La nervosité de l’appelant tout au long du contrôle routier malgré le fait qu’il ne possédait pas de casier judiciaire, qui a incité l’agent Sperlie à effectuer la fouille à l’aide du chien renifleur, constitue un facteur qui peut jouer « dans les deux sens » (*Chehil*, par. 31). À elle seule, l’absence de casier judiciaire ne saurait justifier des soupçons raisonnables d’activité criminelle; de fait, elle peut même les dissiper. Même si elle fait partie de l’ensemble des facteurs, il s’agit donc d’un élément très équivoque.

[123] L’agent Sperlie a affirmé avoir pris part à plus de 5 000 contrôles routiers, dont près de 150 ont permis de découvrir de la drogue ou d’autres substances réglementées. Il s’agit là, certainement, d’une preuve de son expérience considérable des contrôles routiers. Toutefois, puisqu’aucune preuve n’a été présentée relativement au taux d’erreur de l’agent Sperlie, cette statistique n’appuie pas nécessairement l’argument selon lequel il pouvait raisonnablement conclure à la possession illégale de drogue dans ce cas. Sans renseignement sur le taux d’erreur, cette statistique ne permet pas de déterminer si les inférences de l’agent Sperlie étaient raisonnables ou non.

[124] En l’espèce, les policiers ont invoqué des caractéristiques applicables globalement aux personnes innocentes, c’est-à-dire des caractéristiques qui ne donnent naissance qu’à des soupçons généraux (*Chehil*, par. 31), pour le moins équivoques : ralentir à la vue des policiers et se garer au bord de la route après un excès de vitesse; faire preuve d’une grande nervosité en présence des policiers; transpirer par temps chaud; respirer rapidement pour un asthmatique; avoir les yeux teintés de rose; emprunter la principale route reliant deux grandes villes pour effectuer un bref aller-retour; se reprendre après avoir été interrogé sur ses dates de déplacement; ne pas avoir de casier judiciaire.

[125] As Karakatsanis J. states in *Chehil*, “[t]he more general the constellation relied on by the police, the more there will be a need for specific evidence regarding police experience and training” (para. 47).

[126] Therefore, taking into account the officer’s training and experience, the totality of the circumstances, including neutral and equivocal factors, and showing due deference to the trial judge’s credibility concerns with regard to the officer’s observations, I conclude that the collective significance of these factors is not capable of supporting a logical inference of criminal behaviour.

[127] I use the word “collective” here because an assessment of the objective grounds for reasonable suspicion requires a global review of the constellation of factors in light of “the totality of the circumstances” (*Chehil*, at paras. 29 and 33). A court must step back and analyze the factors as a whole. In the instant case, weaknesses in respect of a number of key factors included in the relevant constellation diminish the *overall* reasonableness of the officer’s suspicion.

[128] When viewed collectively, the factors do not support a finding that the police had objective grounds for reasonable suspicion when they conducted the warrantless dog-sniff search of the appellant’s vehicle. The search violated the appellant’s rights under s. 8 of the *Charter*. As Moldaver J. rightly points out, the search and the post-traffic-stop detention of the appellant “sink or swim” together (para. 37). As a result, the appellant’s s. 9 *Charter* rights were also violated.

### III. Remedy

[129] Based on the breach of the appellant’s rights, the trial judge excluded the evidence under s. 24(2) of the *Charter*. I would uphold the trial judge’s ruling.

[125] Comme l’affirme ma collègue, la juge Karakatsanis, dans *Chehil*, « [p]lus [l’ensemble des facteurs circonscrit par la police] est général, plus il faudra fournir une preuve particulière de l’expérience et de la formation policières » (par. 47).

[126] Par conséquent, si je prends en compte la formation et l’expérience du policier ainsi que l’ensemble des circonstances, y compris les facteurs neutres et équivoques, et si je fais preuve de la déférence voulue à l’endroit des réserves relatives à la crédibilité énoncées par le juge de première instance à propos des observations du policier, je conclus que la signification collective de ces facteurs ne permet pas de tirer une inférence logique quant à l’existence d’un comportement criminel.

[127] J’emploie ici le mot « collective », car pour déterminer s’il existe des motifs objectifs d’avoir des soupçons raisonnables il faut procéder à un examen global de l’ensemble des facteurs, à la lumière de « toutes les circonstances » (*Chehil*, par. 29 et 33). Le tribunal doit prendre du recul pour analyser les facteurs dans leur ensemble. En l’espèce, les lacunes grevant plusieurs facteurs clés appartenant à l’ensemble pertinent érodent le caractère raisonnable *global* des soupçons du policier.

[128] Considérés collectivement, les facteurs ne permettent pas de conclure que des motifs objectifs étayaient les soupçons raisonnables des policiers lorsqu’ils ont procédé sans mandat à la fouille du véhicule de l’appelant à l’aide d’un chien renifleur. Cette fouille violait les droits que l’art. 8 de la *Charte* garantit à l’appelant. Comme le souligne à juste titre le juge Moldaver, la fouille et la détention de l’appelant à la suite du contrôle routier doivent « subir le même sort » (par. 37). Il s’ensuit que les droits de l’appelant garantis par l’art. 9 ont été violés eux aussi.

### III. Réparation

[129] Concluant qu’il y avait eu atteinte aux droits de l’appelant, le juge de première instance a écarté la preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*. Je suis d’avis de confirmer sa décision.

[130] This Court has repeatedly emphasized the high degree of deference that is owed to a trial judge's decision to exclude or admit evidence under s. 24(2): see, e.g., *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59, at para. 59; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, at para. 68; *R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631, at para. 48. It is not open to an appellate court to reweigh the facts or reassess the evidence in order to substitute its own view on the decision under s. 24(2):

In all cases, it is the task of the trial judge to weigh the various indications [under s. 24(2)]. No overarching rule governs how the balance is to be struck. . . . Where the trial judge has considered the proper factors, appellate courts should accord considerable deference to his or her ultimate determination. [Emphasis added.]

(*R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, at para. 86)

[131] In the case at bar, however, it is not entirely clear whether the trial judge considered the proper factors, as his reasons with regard to s. 24(2) are cursory. He lists the *Grant* factors but analyzes only one of them. It is therefore appropriate to conduct a full *Grant* analysis here, assessing and balancing the three factors in order to determine whether the admission of evidence resulting from the *Charter* breaches would bring the administration of justice into disrepute.

#### A. *Seriousness of the Charter-Infringing State Conduct*

[132] Cst. Sperlie testified that at the time of the traffic stop, in 2006, he did not believe that a dog sniff was considered a search. It is true that at that time the law on whether dog sniffs were searches and on the level of suspicion required to justify a sniff search was in a state of flux. As a result, the infringement of s. 8 of the *Charter* in this case was neither wilful nor flagrant. Nonetheless, when the law is in flux, the police should err on the side of caution. Moreover, Cst. Sperlie must have been aware that his decision to detain the appellant

[130] À maintes reprises, la Cour a souligné le degré élevé de déférence que commande la décision du juge du procès d'écarter ou d'admettre la preuve en application du par. 24(2) : voir, p. ex., *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59, par. 59; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, par. 68; *R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631, par. 48. Il n'est pas permis à la cour d'appel de soupeser de nouveau les faits ou d'apprécier de nouveau la preuve afin de substituer son propre point de vue à la décision rendue en vertu du par. 24(2) :

C'est toujours au juge du procès qu'il revient de mettre en balance les différents facteurs [pour l'application du par. 24(2)]. Aucune règle prépondérante ne régit cet exercice [. . .] 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. [Je souligne.]

(*R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, par. 86)

[131] Toutefois, en l'espèce, il est difficile de déterminer si le juge de première instance a examiné les bons facteurs, puisque ses motifs à l'égard du par. 24(2) sont brefs. Il énumère les facteurs examinés dans *Grant*, mais n'en analyse qu'un seul. En l'espèce, il convient donc de faire une analyse complète fondée sur l'arrêt *Grant*, pour évaluer et soupeser les trois facteurs de manière à déterminer si l'admission de la preuve obtenue par suite des contraventions à la *Charte* serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

#### A. *Gravité de la conduite attentatoire de l'État*

[132] Dans sa déposition, l'agent Sperlie a affirmé qu'au moment du contrôle routier, en 2006, il ne croyait pas que l'utilisation d'un chien renifleur constituait une fouille. Certes, à l'époque, le droit à cet égard et le degré de soupçons nécessaire pour justifier une telle fouille n'avaient pas cristallisé. Par conséquent, la violation de l'art. 8 de la *Charte* en l'espèce n'était ni volontaire ni flagrante. Néanmoins, lorsque le droit n'est pas fixé, les policiers devraient se montrer prudents. Qui plus est, l'agent Sperlie devait savoir que la *Charte* s'appliquait,

engaged the *Charter*, since Cst. Sperlie read Mr. MacKenzie his rights from a “*Charter card*” before detaining him on a suspicion of drug possession and then deploying the sniffer dog. The *Charter*-infringing conduct was deliberate, not inadvertent. In my opinion, the conduct was serious.

B. *Impact of the Breach on the Charter-Protected Interests of the Accused*

[133] The appellant’s privacy interest in the contents of his vehicle is lower than the privacy interest attached to the contents of his home. Nonetheless, the public enjoys a reasonable expectation of privacy when travelling down a highway. Although the dog-sniff search impacted the appellant’s *Charter*-protected privacy rights, the impact was moderate, due to the brief and non-intrusive nature of the search. Likewise, the breach of the appellant’s s. 9 rights was of fairly short duration. But an arbitrary detention of any length, including a pat-down by police, has a substantial impact on a person’s *Charter*-protected interests. The cumulative impact of these breaches, while not severe, was more than minimal.

C. *Society’s Interest in the Adjudication of the Case on Its Merits*

[134] Society’s interest in the adjudication of a case on its merits will almost always weigh in favour of admitting the evidence. The evidence in this case is reliable and relevant to the prosecution. Yet, when assessing society’s interests, one must bear in mind that the focus of s. 24(2) is on the broad impact the admission of the evidence would have on the long-term reputé of the justice system (*Grant*, at para. 70). The considerable latitude afforded to police by the laxer threshold of reasonable suspicion means that evidence obtained by virtue of a *Charter* breach should not be lightly admitted, for fear of undermining the integrity of the justice system. As Binnie J. wrote in *Kang-Brown*, at para. 104:

puisque’il a lu à l’appelant ses droits avant de le détenir sur la foi de soupçons relatifs à la possession de drogue et avant d’utiliser le chien renifleur. La conduite attentatoire était délibérée, et non pas involontaire. À mon avis, elle était grave.

B. *Incidence de l’atteinte aux droits de l’accusé garantis par la Charte*

[133] Le droit de l’appelant au respect de sa vie privée est moindre à l’égard du contenu de son véhicule qu’à l’égard du contenu de sa résidence. Néanmoins, le public jouit d’une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée lorsqu’il se déplace sur une route. Même si la fouille effectuée à l’aide du chien renifleur a porté atteinte au droit de l’appelant au respect de la vie privée protégé par la *Charte*, cette atteinte était modérée, vu la brièveté et le caractère non envahissant de la fouille. De même, l’atteinte aux droits garantis à l’appelant par l’art. 9 a été relativement courte. Toutefois, une détention arbitraire, quelle qu’en soit la durée, y compris une fouille sommaire effectuée par un policier, affecte considérablement les droits protégés par la *Charte*. Bien qu’elle n’ait pas été d’importance majeure, l’incidence cumulative de ces violations s’avère significative.

C. *Intérêt de la société à ce que l’affaire soit jugée au fond*

[134] L’intérêt de la société à ce que l’affaire soit jugée au fond milite presque toujours en faveur de l’utilisation de la preuve. La preuve en l’espèce est fiable et pertinente pour la poursuite. Pourtant, en évaluant les intérêts de la société, il faut se rappeler que le par. 24(2) intéresse les répercussions importantes que l’utilisation d’éléments de preuve est susceptible d’avoir sur la considération à long terme portée au système de justice (*Grant*, par. 70). Parce que le seuil des soupçons raisonnables, moins strict, confère aux policiers une latitude considérable, la preuve obtenue à la suite d’une contravention à la *Charte* ne doit pas être admise à la légère, de crainte de miner l’intégrité du système de justice. Comme l’écrit le juge Binnie dans *Kang-Brown*, par. 104 :

The administration of justice would be brought into disrepute if the police, possessing an exceptional power to conduct a search on the condition of the existence of reasonable suspicion, and having acted in this case without having met the condition precedent, were in any event to succeed in adducing the evidence.

[135] In this case, the seriousness of the state conduct supports exclusion. The impact of the breach also favours exclusion, albeit to a lesser degree. The reliability of the evidence and its importance to the Crown's case weigh in favor of admission. In balancing these factors, I agree with the trial judge that the admission of evidence would bring the administration of justice into disrepute.

#### IV. Conclusion

[136] For the above reasons, I would allow the appeal and exclude the evidence under s. 24(2) of the *Charter*.

*Appeal dismissed, McLACHLIN C.J. and LeBEL, FISH and CROMWELL JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Richmond Nychuk, Regina.*

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

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

*Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: McCarthy Tétrault, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic: University of Ottawa, Ottawa.*

L'administration de la justice serait déconsidérée si les policiers — qui ont le pouvoir exceptionnel de procéder à une fouille ou à une perquisition à la condition d'avoir des soupçons raisonnables, mais qui ont agi en l'espèce sans respecter cette condition préalable — devaient en tout état de cause réussir à présenter la preuve en question.

[135] En l'espèce, la gravité de la conduite de l'État justifie l'exclusion. L'incidence de la violation milite également en faveur de l'exclusion, quoiqu'à un degré moindre. La fiabilité de la preuve et son importance pour le dossier du ministère public font pencher la balance en faveur de l'admission. Toutefois, après avoir soupesé ces facteurs, je suis d'accord avec le juge de première instance pour dire que l'admission de la preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

#### IV. Conclusion

[136] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'écarter la preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*.

*Pourvoi rejeté, la juge en chef McLACHLIN et les juges LeBEL, FISH et CROMWELL sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelante : Richmond Nychuk, Regina.*

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

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

*Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : McCarthy Tétrault, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*

*Procureur de l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko : Université d'Ottawa, Ottawa.*



**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Hussein Jama Nur** *Respondent*

- and -

**Attorney General of Canada** *Appellant*

v.

**Hussein Jama Nur** *Respondent*

and

**Attorney General of Quebec,  
Attorney General of British Columbia,  
Attorney General of Alberta,  
Pivot Legal Society,  
John Howard Society of Canada,  
Canadian Civil Liberties Association,  
British Columbia Civil Liberties Association,  
Advocates’ Society,  
Canadian Bar Association,  
Canada’s National Firearms Association,  
Canadian Association for Community  
Living and African Canadian  
Legal Clinic** *Interveners*

- and -

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Sidney Charles** *Respondent*

- and -

**Attorney General of Canada** *Appellant*

v.

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Hussein Jama Nur** *Intimé*

- et -

**Procureur général du Canada** *Appellant*

c.

**Hussein Jama Nur** *Intimé*

et

**Procureur général du Québec,  
procureur général de la  
Colombie-Britannique,  
procureur général de l’Alberta,  
Pivot Legal Society,  
Société John Howard du Canada,  
Association canadienne des libertés civiles,  
Association des libertés civiles de la  
Colombie-Britannique,  
Advocates’ Society,  
Association du Barreau canadien,  
Association canadienne pour les armes à feu,  
Association canadienne pour l’intégration  
communautaire et Clinique juridique  
africaine canadienne** *Intervenants*

- et -

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Sidney Charles** *Intimé*

- et -

**Procureur général du Canada** *Appellant*

c.

**Sidney Charles** *Respondent*

and

**Attorney General of Quebec,  
Attorney General of British Columbia,  
Attorney General of Alberta,  
Pivot Legal Society,  
Canadian Civil Liberties Association,  
British Columbia Civil Liberties Association  
and Canadian Association for Community  
Living** *Interveners*

INDEXED AS: **R. v. NUR**

**2015 SCC 15**

File Nos.: 35678, 35684.

2014: November 7; **2015: April 14.**

Present: **McLachlin C.J.** and LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Cruel and unusual treatment or punishment — Sentencing — Mandatory minimum sentence — Firearms — Accused convicted of possessing loaded prohibited firearms — Accused sentenced to terms longer than mandatory minimum terms of imprisonment provided for in s. 95(2) of Criminal Code — Whether mandatory minimum imprisonment terms result in cruel and unusual punishment on accused — If not, whether s. 95(2)'s reasonably foreseeable applications would impose cruel and unusual punishment on other offenders — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 12 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 95.*

N and C were convicted of possessing loaded prohibited firearms contrary to s. 95(1) of the *Criminal Code*. They were sentenced under s. 95(2)(a)(i) and (ii) which provided for three and five year mandatory minimum imprisonment terms, to 40 months and 7 years imprisonment respectively. In N's case, the trial judge

**Sidney Charles** *Intimé*

et

**Procureur général du Québec,  
procureur général de la  
Colombie-Britannique,  
procureur général de l'Alberta,  
Pivot Legal Society,  
Association canadienne des libertés civiles,  
Association des libertés civiles de la  
Colombie-Britannique et  
Association canadienne pour  
l'intégration communautaire** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : **R. c. NUR**

**2015 CSC 15**

N<sup>os</sup> du greffe : 35678, 35684.

2014 : 7 novembre; 2015 : 14 avril.

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

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Traitements ou peines cruels et inusités — Détermination de la peine — Peine minimale obligatoire — Armes à feu — Accusés déclarés coupables de possession d'armes à feu prohibées chargées — Accusés condamnés à des peines supérieures aux peines minimales obligatoires d'emprisonnement prévues à l'art. 95(2) du Code criminel — Les peines minimales obligatoires d'emprisonnement emportent-elles l'infliction de peines cruelles et inusitées aux accusés? — Dans la négative, les applications raisonnablement prévisibles de l'art. 95(2) infligeront-elles des peines cruelles et inusitées à d'autres délinquants? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 12 — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 95.*

N et C ont été déclarés coupables de possession d'armes à feu prohibées chargées, une infraction prévue au par. 95(1) du *Code criminel*. Condamnés en application des sous-al. 95(2)a)(i) et (ii), lesquels prévoient des peines minimales obligatoires de trois et cinq ans, les deux accusés ont reçu respectivement des peines de

held that the three-year minimum sentence imposed by s. 95(2)(a)(i) did not offend either s. 12 or s. 15 of the *Charter*. However, he concluded that the two-year gap between the one-year maximum sentence if the Crown proceeded summarily and the three-year minimum sentence if the Crown proceeded on indictment offended s. 7 because it was arbitrary and was not justified under s. 1. Nevertheless, the trial judge held that N was not personally affected by the gap, and therefore dismissed the s. 7 claim.

In C's case, the judge also dismissed the s. 12 challenge. She held that the five-year mandatory minimum sentence imposed by s. 95(2)(a)(ii) was not grossly disproportionate for C, in light of the gravity of his crimes. She also held that C had failed to put forward any reasonable hypothetical cases in which the application of the five-year mandatory minimum sentence would be grossly disproportionate.

The Court of Appeal held that the mandatory minimum terms of imprisonment in s. 95(2)(a) resulted in grossly disproportionate sentences in reasonable hypothetical cases at the licensing end of the s. 95 spectrum, and therefore held that they violate s. 12 of the *Charter*. However, the Court of Appeal held that the sentences imposed on N and C were appropriate and should be upheld.

*Held* (Rothstein, Moldaver and Wagner JJ. dissenting): The appeals should be dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Cromwell, Karakatsanis and Gascon JJ.: The mandatory minimum sentences imposed by s. 95(2)(a)(i) and (ii) of the *Criminal Code* violate s. 12 of the *Charter* and are null and void under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. However, N and C's sentences were appropriate and are upheld. In most cases, including those of N and C, the mandatory minimum sentences of three and five years do not constitute cruel and unusual punishment. But in some reasonably foreseeable cases, they may do so.

When a mandatory minimum sentencing provision is challenged under s. 12, two questions arise. The first is whether the provision imposes cruel and unusual punishment (i.e. a grossly disproportionate sentence) on the particular individual before the court. If the answer is no, the second question is whether the provision's reasonably

40 mois et 7 ans d'emprisonnement. Dans le dossier de N, le juge du procès a conclu que la peine minimale obligatoire de trois ans prévue au sous-al. 95(2)(a)(i) ne contrevient ni à l'art. 12 ni à l'art. 15 de la *Charte*. Toutefois, l'écart de deux ans entre la peine maximale d'un an — sur procédure sommaire — et la peine minimale de trois ans — sur mise en accusation — ne respecte pas selon lui l'art. 7 parce qu'il est arbitraire et qu'il ne peut se justifier par application de l'article premier. Le juge est néanmoins arrivé à la conclusion que cet écart ne pénalise pas N, de sorte qu'il a rejeté la prétention fondée sur l'art. 7.

Dans le dossier de C, la juge du procès a également rejeté la contestation fondée sur l'art. 12. À son avis, la peine minimale obligatoire de cinq ans d'emprisonnement prévue au sous-al. 95(2)(a)(ii) n'est pas totalement disproportionnée dans le cas de C étant donné la gravité de ses crimes. Ce dernier n'a d'ailleurs invoqué aucune situation hypothétique raisonnable où il aurait été totalement disproportionné d'infliger la peine minimale obligatoire de cinq ans.

La Cour d'appel a opiné que les peines minimales obligatoires d'emprisonnement prévues au sous-al. 95(2)(a) se traduisent par des peines totalement disproportionnées dans des situations hypothétiques raisonnables où l'infraction commise se situe à l'extrémité du continuum d'application de l'art. 95 correspondant aux infractions réglementaires, et qu'elles violent donc l'art. 12 de la *Charte*. Elle a toutefois conclu que les peines imposées à N et à C sont appropriées et doivent être confirmées.

*Arrêt* (les juges Rothstein, Moldaver et Wagner sont dissidents) : Les pourvois sont rejetés.

*La* juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Cromwell, Karakatsanis et Gascon : Les peines minimales obligatoires prévues aux sous-al. 95(2)(a)(i) et (ii) du *Code criminel* contreviennent à l'art. 12 de la *Charte* et sont donc inopérantes par application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les peines infligées à N et à C sont toutefois appropriées et doivent être confirmées. Dans la plupart des cas — dont ceux de N et de C —, les peines minimales obligatoires de trois et cinq ans ne constituent pas des peines cruelles et inusitées. Mais, dans certaines situations raisonnablement prévisibles, elles le peuvent.

Lorsque la constitutionnalité d'une disposition prévoyant une peine minimale obligatoire est contestée au regard de l'art. 12, deux questions se posent. Premièrement, la disposition inflige-t-elle une peine cruelle et inusitée (c.-à-d. une peine totalement disproportionnée) à l'accusé? Si la réponse est négative, il faut se demander

foreseeable applications would impose cruel and unusual punishment on other offenders. This approach is consistent with the long and settled jurisprudence of this Court relating to *Charter* review generally and to s. 12 review in particular, is workable, and provides sufficient certainty. There is no reason to overrule this jurisprudence, especially as the effect would be to diminish *Charter* protection.

Where mandatory minimum sentencing laws are challenged under s. 12 on the basis of their reasonably foreseeable application to others, the question is what situations may reasonably arise, not whether such situations are likely to arise in the general day-to-day application of the law. Only situations that are remote or far-fetched are excluded.

In this case, N and C do not argue that the mandatory minimum terms of imprisonment in s. 95(2) are grossly disproportionate as applied to them. Rather, they argue that those mandatory minimum terms of imprisonment are grossly disproportionate as they apply to other offenders.

Turning first to s. 95(2)(a)(i), the question is whether the three-year minimum term of imprisonment would result in grossly disproportionate sentences in reasonably foreseeable cases. The answer to this question is yes.

Section 95(1) casts its net over a wide range of potential conduct. Most cases within the range may well merit a sentence of three years or more, but conduct at the far end of the range may not. At that far end stands, for example, the licensed and responsible gun owner who stores his unloaded firearm safely with ammunition nearby, but makes a mistake as to where it can be stored. Given the minimal blameworthiness of this offender and the absence of any harm or real risk of harm flowing from the conduct, a three-year sentence would be disproportionate. Similar examples can be envisaged. The bottom line is that s. 95(1) foreseeably catches licensing offences that involve little or no moral fault and little or no danger to the public.

Firearms are inherently dangerous and the state is entitled to use sanctions to signal its disapproval of careless practices and to discourage gun-owners from making

en deuxième lieu si les applications raisonnablement prévisibles de la disposition infligeront à d'autres délinquants des peines cruelles et inusitées. La démarche s'harmonise avec la jurisprudence de la Cour, établie de longue date, concernant le contrôle constitutionnel au regard de la *Charte* en général et de son art. 12 en particulier, elle est applicable et elle assure une certitude suffisante. Il n'existe aucune raison de revenir sur cette jurisprudence, d'autant plus qu'un tel revirement aurait pour effet d'affaiblir une protection offerte par la *Charte*.

Lorsque la constitutionnalité d'une disposition prévoyant une peine minimale obligatoire est contestée au regard de l'art. 12 et en fonction de son application raisonnablement prévisible à d'autres personnes, on doit se demander quelles situations sont raisonnablement susceptibles de se présenter, et non pas si une situation se présentera vraisemblablement dans le cadre de l'application générale et habituelle de la loi. Seules sont écartées les situations invraisemblables ou n'ayant qu'un faible rapport avec l'espèce.

Dans la présente affaire, N et C font valoir non pas que les peines minimales obligatoires d'emprisonnement prévues au par. 95(2) sont totalement disproportionnées dans leurs cas, mais bien qu'elles le sont lorsqu'elles s'appliquent à d'autres délinquants.

Pour ce qui est d'abord du sous-al. 95(2)a)(i), la question qui se pose est celle de savoir si la peine minimale de trois ans d'emprisonnement emportera l'infliction de peines totalement disproportionnées dans des situations raisonnablement prévisibles. La réponse est oui.

Le paragraphe 95(1) vise une vaste gamme de comportements potentiels dont la plupart peuvent fort bien justifier l'infliction d'une peine de trois ans ou plus, mais peut-être pas ceux qui se situent à une extrémité du continuum d'application. À cette extrémité correspond par exemple le cas du propriétaire responsable d'une arme, titulaire d'un permis, qui entrepose son arme à feu non chargée de façon sécuritaire avec des munitions à proximité, mais qui se méprend sur le lieu d'entreposage autorisé. Vu la faible culpabilité morale de ce délinquant et l'absence de préjudice ou de risque réel qu'un préjudice découle de son comportement, une peine carcérale de trois ans serait disproportionnée. D'autres cas semblables peuvent être envisagés. Essentiellement, on peut prévoir que le par. 95(1) s'applique à des infractions réglementaires qui comportent une culpabilité morale minime, voire nulle, et qui n'exposent le public à aucun danger ou presque.

Certes, les armes à feu sont foncièrement dangereuses, et l'État peut recourir à des sanctions pour signaler sa désapprobation des pratiques négligentes et décourager la

mistakes, to be sure. But a three-year term of imprisonment for a person who has essentially committed a licensing infraction is totally out of sync with the norms of criminal sentencing set out in the s. 718 of the *Criminal Code* and legitimate expectations in a free and democratic society. As the Court of Appeal concluded, there exists a cavernous disconnect between the severity of the licensing-type offence and the mandatory minimum three-year term of imprisonment. Consequently, s. 95(2)(a)(i) breaches s. 12 of the *Charter*.

As for s. 95(2)(a)(ii), there is little doubt that in many cases those who commit second or subsequent offences should be sentenced to terms of imprisonment, and some for lengthy terms. The seven-year term of imprisonment imposed on C is an example. But the five-year mandatory minimum term of imprisonment would be grossly disproportionate for less serious offenders. For them, the five-year term goes far beyond what is necessary in order to protect the public, to express moral condemnation of the offenders, and to discourage others from engaging in such conduct. Therefore, s. 95(2)(a)(ii) violates s. 12 of the *Charter*.

These s. 12 *Charter* violations are not justified under s. 1. Although the government has not established that mandatory minimum terms of imprisonment act as a deterrent, a rational connection exists between mandatory minimums and the goals of denunciation and retribution. However, the government has not met the minimal impairment requirement under s. 1, as there are less harmful means of achieving its legislative goal. In addition, given the conclusion that the mandatory minimum terms of imprisonment in s. 95(2) when the Crown proceeds by indictment are grossly disproportionate, the limits are not a proportionate justification under s. 1. It follows that the mandatory minimum terms of imprisonment imposed by s. 95(2) are unconstitutional.

This conclusion makes it unnecessary to consider N and C's arguments that s. 95(2) violates s. 7 of the *Charter*.

*Per* Rothstein, Moldaver and Wagner JJ. (dissenting): The reasonable hypothetical approach under s. 12 of the *Charter* does not justify striking down s. 95(2) of the *Criminal Code*. The hypothetical licensing-type cases relied upon by the majority are not grounded in experience or common sense. First, experience shows that there is not a single licensing-type case over the entire

méprise chez les propriétaires d'armes à feu. Or, infliger une peine de trois ans d'emprisonnement à une personne qui a essentiellement commis une infraction réglementaire déroge totalement aux normes de détermination de la peine énoncées à l'art. 718 du *Code criminel* et aux attentes légitimes des citoyens dans une société libre et démocratique. Comme l'a conclu la Cour d'appel, il y a discordance totale entre la gravité de l'infraction réglementaire et la peine minimale obligatoire de trois ans d'emprisonnement. Par conséquent, le sous-al. 95(2)(a)(i) contrevient à l'art. 12 de la *Charte*.

Pour ce qui est du sous-al. 95(2)(a)(ii), il ne fait aucun doute que, dans bien des cas, le délinquant qui récidive doit être condamné à une peine carcérale et que, parfois, il faut lui infliger une peine de longue durée. La peine de sept ans d'emprisonnement infligée à C constitue un bon exemple. Toutefois, il serait totalement disproportionné d'infliger une peine minimale obligatoire de cinq ans d'emprisonnement à l'auteur d'une infraction de moindre gravité. Dans ce cas, la peine de cinq ans d'emprisonnement dépasse largement ce qu'exigent la protection du public, la réprobation morale du délinquant et la dissuasion d'autrui de faire de même. En conséquence, le sous-al. 95(2)(a)(ii) viole l'art. 12 de la *Charte*.

Ces violations de l'art. 12 de la *Charte* ne peuvent se justifier par application de l'article premier. L'État n'a pas établi que les peines minimales obligatoires d'emprisonnement avaient un effet dissuasif, mais il existe un lien rationnel entre ces peines et les objectifs de dénonciation et de châtiment. Toutefois, l'État n'a pas satisfait à l'exigence de l'atteinte minimale, car il existe des moyens moins préjudiciables d'atteindre l'objectif législatif. En outre, vu la conclusion selon laquelle les peines minimales obligatoires d'emprisonnement que prévoit le par. 95(2) lorsque le ministère public opte pour la mise en accusation sont totalement disproportionnées, la restriction ne peut se justifier sur le fondement de la proportionnalité pour les besoins de l'article premier. Les peines minimales obligatoires d'emprisonnement prévues au par. 95(2) sont donc inconstitutionnelles.

Cette conclusion dispense de l'examen des prétentions de N et de C selon lesquelles le par. 95(2) contrevient à l'art. 7 de la *Charte*.

*Les juges* Rothstein, Moldaver et Wagner (dissidents) : La démarche axée sur les situations hypothétiques raisonnables ne justifie pas l'invalidation du par. 95(2) du *Code criminel* sur le fondement de l'art. 12 de la *Charte*. Les situations hypothétiques d'infraction de type réglementaire qu'invoquent les juges majoritaires ne s'appuient ni sur l'expérience ni sur le bon sens. Premièrement, depuis



history of s. 95(2) where the imposition of a mandatory minimum could be regarded as grossly disproportionate. Moreover, the parties cannot identify a single case where an offender who has committed a licensing-type offence has been prosecuted by indictment, thus attracting a mandatory minimum. In fact, in the only licensing-type case raised by the parties, the Crown proceeded summarily.

Second, an application of the reasonable hypothetical approach which assumes that the Crown will elect to proceed by indictment when the fair, just, and appropriate election would be to proceed summarily does not accord with common sense. The Crown election has been purposely integrated into the legislative scheme and is a clear expression of Parliament's intent to confer on prosecutors the ability to divert the least serious licensing-type cases into summary proceedings. It is a mistake to shunt this factor aside when crafting reasonable hypotheticals.

Parliament's choice to raise the mandatory minimums in s. 95 reflects valid and pressing objectives, and it is not for this Court to frustrate the policy goals of our elected representatives based on questionable assumptions or loose conjecture. This Court has warned against the use of hypotheticals that are "far-fetched or only marginally imaginable". The hypothetical scenario advanced by the majority stretches the bounds of credulity. It is not a sound basis on which to nullify Parliament's considered response to a serious and complex issue.

The majority identifies an alternative scheme that, in its view, would accomplish Parliament's goals without offending s. 12 of the *Charter*. Under this scheme, the impugned mandatory minimums could be enacted as part of a revised offence containing an additional element beyond the existing elements of s. 95(1). For example, the offence could be limited to "those engaged in criminal activity" or to "conduct that poses a danger to others". The problem with this suggestion is two-fold.

First, it is discordant with Parliament's true objective in creating mandatory minimums for the unlawful *possession* of a loaded or readily loaded prohibited or restricted firearm. Section 95 targets the simple possession of guns that are frequently used in gang-related or other criminal

l'entrée en vigueur du par. 95(2), il appert de l'expérience que, dans aucune affaire d'infraction de type réglementaire, la peine minimale obligatoire infligée a pu être tenue pour totalement disproportionnée. Qui plus est, les parties ne peuvent citer un seul cas où l'auteur d'une telle infraction a été poursuivi par voie de mise en accusation, encourageant ainsi une peine minimale obligatoire. En fait, dans la seule décision relative à une infraction de ce type et invoquée par les parties, le poursuivant a opté pour la procédure sommaire.

Deuxièmement, l'application de la démarche axée sur les situations hypothétiques raisonnables, qui suppose que le ministère public optera pour la mise en accusation, alors qu'il serait juste, équitable et approprié qu'il opte pour la procédure sommaire, va à l'encontre du bon sens. Le choix du mode de poursuite a délibérément été intégré au régime législatif et traduit clairement l'intention du législateur de permettre au poursuivant de soumettre les cas les moins graves — les infractions de type réglementaire — à la procédure sommaire. Il est erroné d'écarter cette réalité au moment de concevoir des situations hypothétiques raisonnables.

La décision du législateur de relever les peines minimales obligatoires prévues à l'art. 95 est motivée par des objectifs valables et urgents, et il n'appartient pas à la Cour de contrecarrer les objectifs de politique générale de nos élus sur la foi d'hypothèses discutables ou de vagues conjectures. La Cour a mis les tribunaux en garde contre la prise en compte de situations hypothétiques qui sont « invraisemblables ou difficilement imaginables ». Le scénario hypothétique évoqué par les juges majoritaires est peu crédible. Il ne s'agit pas d'une assise valable pour réduire à néant la solution réfléchie apportée par le législateur à un problème à la fois grave et complexe.

Les juges majoritaires avancent une solution de rechange qui, selon eux, permettrait de réaliser les objectifs du législateur sans contrevenir à l'art. 12 de la *Charte*. Selon la solution qu'ils proposent, le législateur pourrait établir les peines minimales obligatoires dans le cadre d'une infraction révisée qui comporterait un élément en sus de ceux qui sont déjà présents au par. 95(1). Par exemple, seul le comportement qui constituerait un « acte criminel » ou qui « présente[rait] un danger pour autrui » tomberait sous le coup de la disposition. La solution avancée présente deux difficultés.

Premièrement, elle va à l'encontre du véritable objectif de l'établissement de peines minimales obligatoires pour la *possession* illégale d'une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte, chargée ou prête à l'être. L'article 95 criminalise la simple possession d'armes à feu qui

activity. Parliament has concentrated on simple possession for a reason: firearms — and particularly the firearms caught by s. 95 — are inherently dangerous. Outside of law enforcement, prohibited and restricted firearms are primarily found in the hands of criminals who use them to intimidate, wound, maim, and kill. Given the inherent danger associated with these guns, it was open to Parliament to conclude that their simple possession should attract a significant mandatory custodial sentence.

Second, adding new elements to the offence would render the mandatory minimums under-inclusive. Limiting the offence to “those engaged in criminal activity” could exclude cases where the imposition of a mandatory minimum is uncontroversial. Likewise, limiting the offence to “conduct that poses a danger to others” could exclude certain situations to which the mandatory minimums in s. 95 are intended to apply.

In sum, the reasonable hypothetical approach does not justify striking down the impugned mandatory minimums. In any event, a different analytical framework is required here. To date, this Court’s s. 12 jurisprudence has only considered the constitutionality of mandatory minimum sentences in the context of straight indictable offences. This is the first time it has examined their constitutionality in a hybrid scheme, which calls for a different analytical framework under s. 12.

The proper analytical framework has two stages. First, the court must determine whether the hybrid scheme adequately protects against the imposition of grossly disproportionate sentences *in general*. Second, the court must determine whether the Crown has exercised its discretion in a manner that results in a grossly disproportionate sentence *for a particular offender*. This two-stage approach offers a more compelling framework than the use of reasonable hypotheticals to resolve a s. 12 constitutional challenge to a mandatory minimum sentence in a hybrid scheme.

sont fréquemment employées par des gangs ou d’autres délinquants dans leurs activités criminelles. Le législateur s’en prend à la simple possession pour une raison : les armes à feu — en particulier celles que vise l’art. 95 — sont dangereuses en soi. Exception faite des responsables de l’application de la loi, ce sont surtout des criminels qui se servent des armes à feu prohibées ou à autorisation restreinte et qui intimident, blessent, mutilent et tuent. Étant donné le danger que présentent ces armes, le législateur pouvait fort bien conclure que leur simple possession devait emporter l’infliction d’une longue peine minimale obligatoire d’emprisonnement.

Deuxièmement, l’ajout de nouveaux éléments à l’infraction ferait indûment en sorte que les peines minimales obligatoires ne s’appliquent pas dans tous les cas voulus par le législateur. Préciser que l’infraction s’entend seulement « [du] comportement ou [de] l’acte criminel » pourrait soustraire certaines situations à l’application de ces peines même lorsque leur imposition n’est pas contestée. De même, préciser que seul est visé le comportement ou l’acte criminel « qui présente un danger pour autrui » pourrait exclure certaines situations auxquelles les peines minimales obligatoires prévues à l’art. 95 sont censées s’appliquer.

En somme, la démarche axée sur les situations hypothétiques raisonnables ne justifie pas l’invalidation des peines minimales obligatoires contestées. Quoi qu’il en soit, un cadre d’analyse différent s’impose en l’espèce. À ce jour, dans ses décisions relatives à l’art. 12, la Cour ne s’est penchée que sur la constitutionnalité de peines minimales obligatoires dans le contexte d’infractions qui ne se prêtaient qu’à la poursuite sur mise en accusation. C’est la première fois qu’elle est appelée à examiner la constitutionnalité de telles peines dans le cadre d’un régime mixte, ce qui commande un cadre d’analyse différent pour l’application de l’art. 12.

L’analyse qui convient comporte deux étapes. Premièrement, le tribunal doit se demander si le régime mixte en question assure *de façon générale* une protection adéquate contre l’imposition de peines totalement disproportionnées. Deuxièmement, il doit se demander si le ministère public a exercé son pouvoir discrétionnaire de manière qu’une peine totalement disproportionnée soit infligée *à un délinquant en particulier*. Cette démarche en deux étapes offre un cadre d’analyse plus convaincant que la démarche axée sur les situations hypothétiques raisonnables lorsqu’il s’agit de statuer sur une contestation constitutionnelle qui se fonde sur l’art. 12 et qui vise une peine minimale obligatoire applicable dans le cadre d’un régime mixte.

The first stage of the analysis has two parts. First, the court must determine the sentencing range for indictable convictions under the sentencing regime that existed prior to the enactment of the impugned mandatory minimum. This is done with reference to actual sentences found in reported cases. The court must then isolate the low end of that sentencing range. This low end serves as an objective indicator of appropriate sentences for the least serious instances of the offence that would realistically be prosecuted by indictment.

Second, the court must compare the impugned mandatory minimum with the low end of the prior range. If the mandatory minimum is grossly disproportionate to sentences at the low end, then the scheme does not adequately protect against the imposition of grossly disproportionate sentences *in general*. On the contrary, it puts an identifiable set of offenders directly at risk of cruel and unusual punishment in violation of s. 12. The proper remedy here lies under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, and the mandatory minimum must be struck down.

If the scheme itself is upheld, the court must move on to the second stage and determine whether the Crown has exercised its discretion in a manner that results in a grossly disproportionate sentence for the particular before the court. In those rare cases where the Crown's decision to proceed by indictment leads to a grossly disproportionate sentence, a remedy will lie under s. 24(1) of the *Charter*. The focus here is on the constitutionality of state action, and not the law itself. Specifically, the state action at issue is the Crown election, which is a matter of core prosecutorial discretion reviewable only for abuse of process.

A decision to prosecute by indictment that would give rise to a grossly disproportionate sentence represents a *per se* abuse of process in violation of s. 12. Imposing such a sentence would “undermine society’s expectations of fairness in the administration of justice”. Grossly disproportionate sentences are “so excessive as to outrage standards of decency” and are “abhorrent or intolerable” to society. They constitute a breach of an accused’s fundamental right to be free from cruel and unusual punishment, and are incompatible with the integrity of our justice

La première étape de l’analyse comporte deux volets. Le tribunal doit d’abord établir la fourchette des peines infligées sur déclaration de culpabilité à l’issue d’une mise en accusation suivant le régime de détermination de la peine qui existait avant l’adoption de la peine minimale obligatoire contestée. Pour le faire, il s’en remet aux peines effectivement imposées dans les cas répertoriés. Il circonscrit ensuite l’extrémité inférieure de cette fourchette. Cette extrémité inférieure constitue un indicateur objectif des peines qui conviennent dans les cas les moins graves de perpétration de l’infraction où il serait réaliste que le poursuivant opte pour la mise en accusation.

En deuxième lieu, le tribunal compare la peine minimale obligatoire contestée et l’extrémité inférieure de la fourchette antérieure. Si la peine minimale obligatoire est totalement disproportionnée aux peines de l’extrémité inférieure, le régime n’assure pas *de façon générale* une protection adéquate contre l’infliction de peines totalement disproportionnées. Au contraire, il expose directement un groupe déterminable de délinquants au risque de se voir infliger une peine cruelle et inusitée en violation de l’art. 12. La réparation qui s’impose alors relève du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et la peine minimale obligatoire doit être invalidée.

S’il tient le régime pour valide, le tribunal passe à la deuxième étape de l’analyse et se demande si le poursuivant a exercé son pouvoir discrétionnaire de manière qu’une peine totalement disproportionnée soit infligée au délinquant en cause. Dans les rares cas où la décision d’opter pour la mise en accusation mènera à l’imposition d’une peine totalement disproportionnée, une réparation pourra être obtenue sur le fondement du par. 24(1) de la *Charte*. Ainsi, l’accent est mis sur la constitutionnalité non pas de la loi comme telle, mais bien de l’acte de l’État, à savoir le choix du mode de poursuite, lequel relève du pouvoir discrétionnaire essentiel du poursuivant en matière de poursuites — un pouvoir dont l’exercice est susceptible de contrôle uniquement en cas d’abus de procédure.

Lorsque le choix de la mise en accusation entraînerait l’imposition d’une peine totalement disproportionnée, il y a abus de procédure en soi contrairement à l’art. 12. Imposer une telle peine « miner[ait] les attentes de la société sur le plan de l’équité en matière d’administration de la justice ». La peine totalement disproportionnée est « excessi[ve] au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine » et elle est « odieuse ou intolérable » pour la société. Elle porte atteinte au droit fondamental de l’accusé à la protection contre les peines cruelles et

system. An exercise of prosecutorial discretion — be it by design or effect — that leads to such an outcome must be regarded as a *per se* abuse of process.

The offender bears the burden of proof to show an abuse of process at the sentencing phase. If the offender discharges this burden of proof, he or she is entitled to a remedy under s. 24(1). In most cases, the appropriate and just remedy would be a sentence reduction below the mandatory minimum.

The responsibility to ensure constitutional compliance under the proposed framework rests with judges, and not with prosecutors. The framework includes two checks to ensure compliance with s. 12, neither of which relies on prosecutorial discretion. First, if the sentencing scheme itself is challenged, the judge may strike it down as unconstitutional. Second, if an offender argues that the mandatory minimum would be grossly disproportionate in his or her case, the judge may find a *per se* abuse of process and grant a sentence reduction under s. 24(1).

In N's case, Code J. found that, prior to the enactment of the three-year mandatory minimum, the sentencing range for a first offence under s. 95 was a term of imprisonment between two years less a day and three years. Thus, the low end of the range is around two years less a day. The three-year mandatory minimum for a first offence under s. 95(2) is not grossly disproportionate to this low end. Therefore, at the first stage, the mandatory minimum does not violate s. 12. N's concession that a three-year sentence is not grossly disproportionate in his case disposes of the second stage.

In C's case, Backhouse J. did not refer to the sentencing range for a second or subsequent offence prior to the enactment of the five-year mandatory minimum. Code J., however, noted that while the sentencing range for a first offence was between two years less a day and three years, much longer sentences were imposed for recidivists. It is clear, then, that a second or subsequent offence would have attracted a sentence considerably longer than three years — at the very least, in the range of four or five years. The present five-year mandatory minimum is not grossly

inusitées et elle est incompatible avec l'intégrité de notre système de justice. Si, par son objet ou son effet, l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites mène à un tel résultat, il faut y voir un abus de procédure en soi.

Il incombe au délinquant de prouver l'abus de procédure à l'étape de la détermination de la peine. Le délinquant qui s'acquitte de ce fardeau de preuve a droit à une réparation en vertu du par. 24(1). Dans la plupart des cas, la réparation convenable et juste consiste à réduire la peine de façon qu'elle soit inférieure à la peine minimale obligatoire.

Suivant le cadre d'analyse proposé, il incombe au tribunal, et non au poursuivant, de s'assurer du respect des exigences de la Constitution. Deux éléments de contrôle de la conformité à l'art. 12 sont prévus, et aucun ne tient à l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Premièrement, lorsque le régime même de détermination de la peine est contesté, le tribunal peut le déclarer inconstitutionnel. Deuxièmement, lorsque le délinquant prétend que la peine minimale obligatoire est totalement disproportionnée dans son cas, le tribunal peut conclure à un abus de procédure en soi et accorder une réduction de peine en vertu du par. 24(1).

Dans le dossier de N, le juge Code a conclu que, avant l'application de la peine minimale obligatoire de trois ans, la fourchette des peines infligées pour une première infraction à l'art. 95 allait de deux ans moins un jour à trois ans d'emprisonnement. La peine correspondant à l'extrémité inférieure de la fourchette était donc d'environ deux ans moins un jour d'emprisonnement. La peine minimale obligatoire de trois ans que prévoit actuellement le par. 95(2) pour une première infraction n'est pas totalement disproportionnée à la peine qui correspondait auparavant à l'extrémité inférieure de la fourchette. La peine minimale obligatoire ne viole donc pas l'art. 12 à la première étape du contrôle. Comme N reconnaît qu'une peine de trois ans d'emprisonnement n'est pas totalement disproportionnée dans son cas, la deuxième étape du contrôle est aussi franchie.

Dans le dossier de C, la juge Backhouse n'a pas fait état de la fourchette des peines infligées en cas de récidive avant l'application de la peine minimale obligatoire de cinq ans. Le juge Code a toutefois souligné que même si la fourchette des peines infligées pour une première infraction allait de deux ans moins un jour à trois ans d'emprisonnement, des peines beaucoup plus longues étaient imposées aux récidivistes. Il est donc clair qu'une récidive aurait entraîné une peine d'emprisonnement de bien plus de trois ans — au moins quatre ou cinq ans. La

disproportionate to the previous low end of the range for second or subsequent offences under s. 95. Like N, C concedes that the mandatory minimum is not grossly disproportionate in his case.

In conclusion, neither the sentencing scheme itself, nor its application to N or C, offends s. 12 of the *Charter*. Moreover, s. 95 is neither arbitrary nor overbroad, and therefore does not offend s. 7 of the *Charter*.

### Cases Cited

By McLachlin C.J.

**Applied:** *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Morrissey*, 2000 SCC 39, [2000] 2 S.C.R. 90; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485; **referred to:** *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96; *R. v. Brown*, [1994] 3 S.C.R. 749; *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3; *Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609; *R. v. MacDonald*, 2014 SCC 3, [2014] 1 S.C.R. 37; *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; *R. v. Smickle*, 2012 ONSC 602, 110 O.R. (3d) 25; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567.

By Moldaver J. (dissenting)

*R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485; *R. v. Morrissey*, 2000 SCC 39, [2000] 2 S.C.R. 90; *R. v. Snobelen*, [2008] O.J. No. 6021 (QL); *R. v. MacDonald*, 2014 SCC 3, [2014] 1 S.C.R. 37; *R. v. Nasogaluak*, 2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206; *R. v.*

peine minimale obligatoire actuelle de cinq ans d'emprisonnement n'est pas totalement disproportionnée à l'extrémité inférieure de la fourchette des peines auparavant infligées sous le régime de l'art. 95 en cas de récidive. À l'instar de N, C reconnaît que la peine minimale obligatoire n'est pas totalement disproportionnée en ce qui le concerne.

En conclusion, ni le régime de détermination de la peine comme tel, ni son application à N ou à C ne contreviennent à l'art. 12 de la *Charte*. De plus, l'art. 95 n'est ni arbitraire ni d'une portée excessive, et ne porte donc pas atteinte au droit garanti par l'art. 7 de la *Charte*.

### Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

**Arrêts appliqués :** *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Morrissey*, 2000 CSC 39, [2000] 2 R.C.S. 90; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485; **arrêts mentionnés :** *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96; *R. c. Brown*, [1994] 3 R.C.S. 749; *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3; *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609; *R. c. MacDonald*, 2014 CSC 3, [2014] 1 R.C.S. 37; *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; *R. c. Smickle*, 2012 ONSC 602, 110 O.R. (3d) 25; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567.

Citée par le juge Moldaver (dissident)

*R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485; *R. c. Morrissey*, 2000 CSC 39, [2000] 2 R.C.S. 90; *R. c. Snobelen*, [2008] O.J. No. 6021 (QL); *R. c. MacDonald*, 2014 CSC 3, [2014] 1 R.C.S. 37; *R. c. Nasogaluak*, 2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206; *R. c.*



*Felawka*, [1993] 4 S.C.R. 199; *R. v. Elliston*, 2010 ONSC 6492, 225 C.R.R. (2d) 109; *R. v. Chin*, 2009 ABCA 226, 457 A.R. 233; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134; *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167; *R. v. Nixon*, 2011 SCC 34, [2011] 2 S.C.R. 566; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309; *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657; *R. v. Jack* (1996), 113 Man. R. (2d) 260; *R. v. Jack*, [1997] 2 S.C.R. 334; *R. v. Wiles*, 2005 SCC 84, [2005] 3 S.C.R. 895; *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; *R. v. Skolnick*, [1982] 2 S.C.R. 47.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 9, 12, 24(1).  
*Constitution Act*, 1982, s. 52.  
*Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, ss. 4(1), 56.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 84(1) “prohibited firearm”, “restricted firearm”, (5), (6), 85(2), 95, 108(1)(b), 109, 110, 111, 113, 117.01(1), 515(4.1), 579, 718, 718.1, 718.2, 732.1, 742.3, 786(2), 810(3.1).  
*Firearms Act*, S.C. 1995, c. 39, ss. 5, 7(2), 12, 12.1, 17, 19.  
*Storage, Display, Transportation and Handling of Firearms by Individuals Regulations*, SOR/98-209, ss. 6, 7, 15.  
*Tackling Violent Crime Act*, S.C. 2008, c. 6, s. 8.

### Authors Cited

Canada. Canadian Sentencing Commission. *Sentencing Reform: A Canadian Approach — Report of The Canadian Sentencing Commission*. Ottawa: The Commission, 1987.  
 Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 141, No. 33, 1st Sess., 39th Parl., June 5, 2006, pp. 1941 and 1943.  
 Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. *Evidence*, No. 30, 1st Sess., 39th Parl., November 7, 2006, p. 1.  
 Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. *Evidence*, No. 34, 1st Sess., 39th Parl., November 23, 2006, pp. 1, 3-4 and 8.  
 Doob, Anthony N., and Carla Cesaroni. “The Political Attractiveness of Mandatory Minimum Sentences” (2001), 39 *Osgoode Hall L.J.* 287.

*Felawka*, [1993] 4 R.C.S. 199; *R. c. Elliston*, 2010 ONSC 6492, 225 C.R.R. (2d) 109; *R. c. Chin*, 2009 ABCA 226, 457 A.R. 233; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134; *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167; *R. c. Nixon*, 2011 CSC 34, [2011] 2 R.C.S. 566; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309; *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657; *R. c. Jack* (1996), 113 Man. R. (2d) 260; *R. c. Jack*, [1997] 2 R.C.S. 334; *R. c. Wiles*, 2005 CSC 84, [2005] 3 R.C.S. 895; *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; *R. c. Skolnick*, [1982] 2 R.C.S. 47.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 9, 12, 24(1).  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 84(1) « arme à feu à autorisation restreinte », « arme à feu prohibée », (5), (6), 85(2), 95, 108(1)b), 109, 110, 111, 113, 117.01(1), 515(4.1), 579, 718, 718.1, 718.2, 732.1, 742.3, 786(2), 810(3.1).  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52.  
*Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, c. 19, art. 4(1), 56.  
*Loi sur la lutte contre les crimes violents*, L.C. 2008, c. 6, art. 8.  
*Loi sur les armes à feu*, L.C. 1995, c. 39, art. 5, 7(2), 12, 12.1, 17, 19.  
*Règlement sur l'entreposage, l'exposition, le transport et le maniement des armes à feu par des particuliers*, DORS/98-209, art. 6, 7, 15.

### Doctrine et autres documents cités

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. *Témoignages*, n° 30, 1<sup>re</sup> sess., 39<sup>e</sup> lég., 7 novembre 2006, p. 1.  
 Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. *Témoignages*, n° 34, 1<sup>re</sup> sess., 39<sup>e</sup> lég., 23 novembre 2006, p. 1, 3-4 et 8.  
 Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 141, n° 33, 1<sup>re</sup> sess., 39<sup>e</sup> lég., 5 juin 2006, p. 1941 et 1943.  
 Canada. Commission canadienne sur la détermination de la peine. *Réformer la sentence : une approche canadienne — Rapport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine*, Ottawa, La Commission, 1987.  
 Doob, Anthony N., and Carla Cesaroni. « The Political Attractiveness of Mandatory Minimum Sentences » (2001), 39 *Osgoode Hall L.J.* 287.

Doob, Anthony N., and Cheryl Marie Webster. “Sentence Severity and Crime: Accepting the Null Hypothesis” (2003), 30 *Crime & Just.* 143.

Pomerance, Renee M. “The New Approach to Sentencing in Canada: Reflections of a Trial Judge” (2013), 17 *Can. Crim. L.R.* 305.

Tonry, Michael. “The Mostly Unintended Effects of Mandatory Penalties: Two Centuries of Consistent Findings” (2009), 38 *Crime & Just.* 65.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Goudge, Cronk, Blair and Tulloch JJ.A.), 2013 ONCA 677, 117 O.R. (3d) 401, 311 O.A.C. 244, 303 C.C.C. (3d) 474, 296 C.R.R. (2d) 21, 5 C.R. (7th) 292, [2013] O.J. No. 5120 (QL), 2013 CarswellOnt 15898 (WL Can.), affirming a sentencing decision of Code J., 2011 ONSC 4874, 241 C.R.R. (2d) 306, 275 C.C.C. (3d) 330, [2011] O.J. No. 3878 (QL), 2011 CarswellOnt 8821 (WL Can.). Appeal dismissed, Rothstein, Moldaver and Wagner JJ. dissenting.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Goudge, Cronk, Blair and Tulloch JJ.A.), 2013 ONCA 681, 117 O.R. (3d) 456, 311 O.A.C. 316, 303 C.C.C. (3d) 352, 296 C.R.R. (2d) 72, 5 C.R. (7th) 370, [2013] O.J. No. 5115 (QL), 2013 CarswellOnt 15470 (WL Can.), affirming a sentencing decision of Backhouse J., 2010 ONSC 5437, 262 C.C.C. (3d) 120, [2010] O.J. No. 4209 (QL), 2010 CarswellOnt 7496 (WL Can.). Appeal dismissed, Rothstein, Moldaver and Wagner JJ. dissenting.

*Andreea Baiasu*, for the appellant Her Majesty The Queen.

*Nancy L. Dennison* and *Richard A. Kramer*, for the appellant the Attorney General of Canada.

*Dirk Derstine* and *Janani Shanmuganathan*, for the respondent Hussein Jama Nur.

*Carlos Rippell* and *Michael Dineen*, for the respondent Sidney Charles.

*Julie Dassylva* and *Gilles Laporte*, for the intervenor the Attorney General of Quebec.

Doob, Anthony N., and Cheryl Marie Webster. « Sentence Severity and Crime : Accepting the Null Hypothesis » (2003), 30 *Crime & Just.* 143.

Pomerance, Renee M. « The New Approach to Sentencing in Canada : Reflections of a Trial Judge » (2013), 17 *Rev. can. D.P.* 305.

Tonry, Michael. « The Mostly Unintended Effects of Mandatory Penalties : Two Centuries of Consistent Findings » (2009), 38 *Crime & Just.* 65.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Doherty, Goudge, Cronk, Blair et Tulloch), 2013 ONCA 677, 117 O.R. (3d) 401, 311 O.A.C. 244, 303 C.C.C. (3d) 474, 296 C.R.R. (2d) 21, 5 C.R. (7th) 292, [2013] O.J. No. 5120 (QL), 2013 CarswellOnt 15898 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Code relative à la détermination de la peine, 2011 ONSC 4874, 241 C.R.R. (2d) 306, 275 C.C.C. (3d) 330, [2011] O.J. No. 3878 (QL), 2011 CarswellOnt 8821 (WL Can.). Pourvoi rejeté, les juges Rothstein, Moldaver et Wagner sont dissidents.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Doherty, Goudge, Cronk, Blair et Tulloch), 2013 ONCA 681, 117 O.R. (3d) 456, 311 O.A.C. 316, 303 C.C.C. (3d) 352, 296 C.R.R. (2d) 72, 5 C.R. (7th) 370, [2013] O.J. No. 5115 (QL), 2013 CarswellOnt 15470 (WL Can.), qui a confirmé une décision de la juge Backhouse relative à la détermination de la peine, 2010 ONSC 5437, 262 C.C.C. (3d) 120, [2010] O.J. No. 4209 (QL), 2010 CarswellOnt 7496 (WL Can.). Pourvoi rejeté, les juges Rothstein, Moldaver et Wagner sont dissidents.

*Andreea Baiasu*, pour l’appelante Sa Majesté la Reine.

*Nancy L. Dennison* et *Richard A. Kramer*, pour l’appelant le procureur général du Canada.

*Dirk Derstine* et *Janani Shanmuganathan*, pour l’intimé Hussein Jama Nur.

*Carlos Rippell* et *Michael Dineen*, pour l’intimé Sidney Charles.

*Julie Dassylva* et *Gilles Laporte*, pour l’intervenant le procureur général du Québec.

*Rodney G. Garson*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*Joshua B. Hawkes, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Written submissions only by *Michael A. Feder, Julia K. Lockhart* and *Adrienne Smith*, for the intervener the Pivot Legal Society.

*Bruce F. Simpson*, for the intervener the John Howard Society of Canada.

*Kimberly Potter*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

*Nader R. Hasan* and *Gerald Chan*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

*Anil K. Kapoor* and *Lindsay E. Trevelyan*, for the intervener the Advocates' Society.

*Eric V. Gottardi* and *Nikos Harris*, for the intervener the Canadian Bar Association.

*Solomon Friedman*, for the intervener Canada's National Firearms Association.

*Joanna L. Birenbaum*, for the intervener the Canadian Association for Community Living.

*Faisal Mirza* and *Anthony N. Morgan*, for the intervener the African Canadian Legal Clinic.

The judgment of *McLachlin C.J.* and *LeBel, Abella, Cromwell, Karakatsanis* and *Gascon JJ.* was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

## I. Overview

[1] Gun-related crime poses grave danger to Canadians. Parliament has therefore chosen to prohibit some weapons outright, while restricting the possession of others. The *Criminal Code*, R.S.C.

*Rodney G. Garson*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Joshua B. Hawkes, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Argumentation écrite seulement par *Michael A. Feder, Julia K. Lockhart* et *Adrienne Smith*, pour l'intervenante Pivot Legal Society.

*Bruce F. Simpson*, pour l'intervenante la Société John Howard du Canada.

*Kimberly Potter*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

*Nader R. Hasan* et *Gerald Chan*, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

*Anil K. Kapoor* et *Lindsay E. Trevelyan*, pour l'intervenante Advocates' Society.

*Eric V. Gottardi* et *Nikos Harris*, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

*Solomon Friedman*, pour l'intervenante l'Association canadienne pour les armes à feu.

*Joanna L. Birenbaum*, pour l'intervenante l'Association canadienne pour l'intégration communautaire.

*Faisal Mirza* et *Anthony N. Morgan*, pour l'intervenante la Clinique juridique africaine canadienne.

Version française du jugement de la juge en chef *McLachlin* et des juges *LeBel, Abella, Cromwell, Karakatsanis* et *Gascon* rendu par

LA JUGE EN CHEF —

## I. Aperçu

[1] Les crimes liés aux armes à feu exposent les Canadiennes et les Canadiens à de graves dangers. Le législateur a donc résolu d'interdire carrément la possession de certaines armes et de restreindre

1985, c. C-46, imposes severe penalties for violations of these laws.

[2] Section 95(2)(a) imposes mandatory minimum sentences for the offence of possessing prohibited or restricted firearms when the firearm is loaded or kept with readily accessible ammunition (s. 95(1)) — three years for a first offence and five years for a second or subsequent offence.

[3] The respondents Hussein Jama Nur and Sidney Charles were convicted under s. 95(1). They assert that the mandatory minimum sentences imposed by s. 95(2)(a) are unconstitutional because they result in grossly disproportionate sentences in some cases, violating the guarantee in s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* against cruel and unusual punishment. The Ontario Court of Appeal agreed, and held that the mandatory minimum sentences imposed by s. 95(2)(a) were unconstitutional.

[4] I agree with the Court of Appeal that the mandatory minimum sentences imposed by s. 95(2)(a) of the *Criminal Code* violate s. 12 of the *Charter*. Accordingly, the mandatory minimum sentences in s. 95(2)(a) of the *Criminal Code* are null and void under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. In most cases, including those of Nur and Charles, the mandatory minimum sentences of three and five years respectively do not constitute cruel and unusual punishment. But in some reasonably foreseeable cases that are caught by s. 95(1) they may do so. This has not been shown to be justified under s. 1 of the *Charter*. It follows that s. 95(2)(a) is unconstitutional as presently structured. This conclusion makes it unnecessary to consider the respondents' arguments that s. 95(2)(a) violates s. 7 of the *Charter*.

[5] This does not prevent judges from imposing exemplary sentences that emphasize deterrence and denunciation in appropriate circumstances. Nur and Charles fall into this category. Like the Court of Appeal, I would uphold the sentences imposed by the trial judges in their cases.

celle d'autres armes. Le *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, prévoit de lourdes peines lorsqu'il y a infraction aux dispositions ainsi créées.

[2] L'alinéa 95(2)a prévoit des peines minimales obligatoires pour la possession sans autorisation d'une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte lorsque l'arme est chargée ou que des munitions sont facilement accessibles (par. 95(1)), à savoir trois ans s'il s'agit d'une première infraction et cinq ans s'il s'agit d'une récidive.

[3] Les intimés, Hussein Jama Nur et Sidney Charles, ont été déclarés coupables de l'infraction établie au par. 95(1). Ils font valoir que les peines minimales obligatoires que prévoit l'al. 95(2)a sont inconstitutionnelles car elles se traduisent parfois par des peines totalement disproportionnées, ce qui contrevient à la protection contre les peines cruelles et inusitées garantie à l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour d'appel de l'Ontario leur a donné raison et a statué que les peines minimales obligatoires prévues à l'al. 95(2)a étaient inconstitutionnelles.

[4] Je conviens avec la Cour d'appel que les peines minimales obligatoires prévues à l'al. 95(2)a du *Code criminel* contreviennent à l'art. 12 de la *Charte*. Ces peines sont donc inopérantes par application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Dans la plupart des cas — dont ceux de MM. Nur et Charles —, les peines minimales obligatoires de trois et cinq ans ne constituent pas des peines cruelles et inusitées. Mais dans certaines situations raisonnablement prévisibles tombant sous le coup du par. 95(1), elles peuvent l'être. Il n'a pas été démontré qu'elles sont alors justifiées au regard de l'article premier de la *Charte*. Dans sa version actuelle, l'al. 95(2)a est donc inconstitutionnel, une conclusion qui dispense de l'examen des prétentions des intimés selon lesquelles l'al. 95(2)a contrevient à l'art. 7 de la *Charte*.

[5] Les tribunaux peuvent néanmoins infliger des peines exemplaires axées sur la dissuasion et la dénonciation lorsque les circonstances s'y prêtent, comme c'est le cas pour MM. Nur et Charles. À l'instar de la Cour d'appel, je suis d'avis de confirmer les peines infligées en première instance.

## II. Legislative Background

[6] Firearm-related offences are serious crimes. Parliament has sought to protect the public from firearm-related injuries and to deter crimes involving firearms through a combination of strict licensing and registration requirements under the *Firearms Act*, S.C. 1995, c. 39, and criminal prohibitions under Part III of the *Criminal Code: Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783 (“*Firearms Reference*”).

[7] The *Criminal Code* imposes severe restrictions and sanctions on two classes of firearms. A “prohibited firearm” includes short-barrelled handguns, sawed-off rifles and shotguns, and automatic firearms: *Criminal Code*, s. 84(1). It is unlawful to possess a prohibited firearm unless the individual possessed the firearm prior to the prohibition coming into force: *Firearms Act*, s. 12. This grandfathering also applies to next of kin. A “restricted firearm” includes any handgun that is not a prohibited firearm, some semi-automatic firearms, and some firearms that are less than the specified length: *Criminal Code*, s. 84(1). These weapons are inherently dangerous and are commonly used in criminal activity.

[8] Anyone who wishes to possess a firearm must obtain a licence under the *Firearms Act*. Although one can obtain licences that authorize the possession of prohibited or restricted firearms, stringent criteria must be met: *Firearms Act*, ss. 7(2) and 12. The *Firearms Act* imposes controls on places where a person who has a licence can possess the restricted or prohibited firearms: s. 17. A Chief Firearms Officer may deny a person a licence in the interests of public safety: s. 5. A licensed person must obtain authorization to transport firearms from one designated place to another: s. 19. In addition, the Act requires that a person obtain a registration certificate for the firearm: s. 12.1.

## II. Historique législatif

[6] Les infractions liées aux armes à feu sont graves. Le législateur a voulu protéger la population contre les blessures par balle et décourager la perpétration de telles infractions au moyen d’un régime strict exigeant permis et certificat d’enregistrement (*Loi sur les armes à feu*, L.C. 1995, c. 39) et prévoyant des interdictions (partie III du *Code criminel*) (*Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783 (le « *Renvoi relatif aux armes à feu* »)).

[7] Le *Code criminel* prévoit des restrictions et des sanctions importantes dans le cas de deux types d’armes à feu. Mentionnons d’abord l’« arme à feu prohibée », qui englobe l’arme de poing pourvue d’un canon court, la carabine ou le fusil de chasse scié et l’arme à feu automatique (*Code criminel*, par. 84(1)). Sa possession est illégale, sauf lorsque le propriétaire possédait l’arme avant l’entrée en vigueur de l’interdiction (*Loi sur les armes à feu*, art. 12). Ce droit acquis vaut pour les proches parents du particulier. Vient ensuite l’« arme à feu à autorisation restreinte », qui s’entend de toute arme de poing qui n’est pas une arme à feu prohibée, de certaines armes à feu semi-automatiques et de certaines armes à feu mesurant moins d’une longueur donnée (*Code criminel*, par. 84(1)). Dangereuses en soi, ces armes sont couramment utilisées lors de la perpétration d’actes criminels.

[8] Posséder une arme à feu exige l’obtention d’un permis conformément à la *Loi sur les armes à feu*. Une personne peut obtenir un permis de possession d’une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte, mais seulement si elle respecte certains critères stricts (*Loi sur les armes à feu*, par. 7(2) et art. 12). La *Loi sur les armes à feu* restreint alors les lieux où elle peut être en possession de l’arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte (art. 17). Le contrôleur des armes à feu peut, dans l’intérêt de la sécurité publique, refuser de délivrer un permis à une personne (art. 5). Le titulaire d’un permis doit obtenir l’autorisation de transporter une arme à feu d’un lieu précis à un autre (art. 19). La Loi exige en outre qu’une personne obtienne un certificat d’enregistrement de son arme à feu (art. 12.1).



[9] Restricted or prohibited firearms must be stored unloaded, with a secure locking device and in a locked container or in a vault, safe or room that has been constructed or modified for the secure storage of firearms. Ammunition may not be stored with the firearm unless both the ammunition and the unloaded locked firearm are stored in a securely locked room or container that cannot be readily broken open or into: *Storage, Display, Transportation and Handling of Firearms by Individuals Regulations*, SOR/98-209, ss. 6 and 7. The firearms may only be loaded in a place where they can be lawfully discharged: s. 15.

[10] These licensing and registration requirements under the *Firearms Act* are reinforced through a series of *Criminal Code* offences that criminalize the possession of firearms where the possession contravenes the terms and conditions of the *Firearms Act*. The provision at issue in this appeal is s. 95 of the *Criminal Code*. The relevant version came into force in December 1998: S.C. 1995, c. 39, s. 139. It prohibits the possession of a loaded prohibited or restricted firearm, or the possession of an unloaded prohibited or restricted firearm together with readily accessible ammunition that is capable of being discharged in the firearm: s. 95(1). The offence applies to a person in possession of a prohibited or restricted firearm who does not have an authorization or a licence to possess the firearm at the specific place at issue and a registration certificate for the firearm.

[11] The respondents challenge the constitutionality of the provisions in s. 95(2)(a)(i) and (ii) of the *Criminal Code* (as it read at the relevant time):

**95.** (1) Subject to subsection (3), every person commits an offence who, in any place, possesses a loaded prohibited firearm or restricted firearm, or an unloaded prohibited firearm or restricted firearm together with readily accessible ammunition that is capable of being discharged in the firearm, unless the person is the holder of

(a) an authorization or a licence under which the person may possess the firearm in that place; and

[9] L'arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte doit être entreposée, non chargée et rendue inopérante par un dispositif de verrouillage sécuritaire, dans un contenant verrouillé ou dans une chambre forte, un coffre-fort ou une pièce construits ou modifiés expressément pour l'entreposage sécuritaire des armes à feu. Les munitions ne peuvent être entreposées avec elle que si elle est non chargée et que le tout est entreposé dans une pièce ou un contenant gardé bien verrouillé et construit de façon qu'on ne peut le forcer facilement (*Règlement sur l'entreposage, l'exposition, le transport et le maniement des armes à feu par des particuliers*, DORS/98-209, art. 6 et 7). Une arme à feu ne peut être chargée qu'à l'endroit où il est permis de s'en servir (art. 15).

[10] Ces règles établies sous le régime de la *Loi sur les armes à feu* en matière de permis et d'enregistrement se doublent d'une série d'infractions prévues au *Code criminel* qui criminalisent la possession d'une arme à feu dont la possession contrevient à la *Loi sur les armes à feu*. Les pourvois portent sur l'art. 95 du *Code criminel*, dont la version pertinente est entrée en vigueur en décembre 1998 (L.C. 1995, c. 39, art. 139) et interdit la possession d'une arme à feu prohibée ou à utilisation restreinte chargée et celle d'une telle arme à feu non chargée avec des munitions facilement accessibles qui peuvent être utilisées avec elle (par. 95(1)). L'infraction est perpétrée par la personne en possession d'une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte qui n'a pas une autorisation ou un permis pour le lieu en cause, ou qui n'a pas de certificat d'enregistrement de l'arme à feu.

[11] Les intimés contestent la constitutionnalité des sous-al. 95(2)a)(i) et (ii) du *Code criminel*, dont voici la version applicable au moment considéré :

**95.** (1) Sous réserve du paragraphe (3), commet une infraction quiconque a en sa possession dans un lieu quelconque soit une arme à feu prohibée ou une arme à feu à autorisation restreinte chargées, soit une telle arme non chargée avec des munitions facilement accessibles qui peuvent être utilisées avec celle-ci, sans être titulaire à la fois :

a) d'une autorisation ou d'un permis qui l'y autorise dans ce lieu;

(b) the registration certificate for the firearm.

(2) Every person who commits an offence under subsection (1)

(a) is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding 10 years and to a minimum punishment of imprisonment for a term of

(i) in the case of a first offence, three years, and

(ii) in the case of a second or subsequent offence, five years; or

(b) is guilty of an offence punishable on summary conviction and liable to imprisonment for a term not exceeding one year.

(3) Subsection (1) does not apply to a person who is using the firearm under the direct and immediate supervision of another person who is lawfully entitled to possess it and is using the firearm in a manner in which that other person may lawfully use it.

[12] Section 95 is a hybrid offence punishable by a maximum of 10 years' imprisonment if the Crown proceeds by way of indictment. When the provision was first introduced by Parliament, the offence carried a one-year minimum sentence if the Crown proceeded by indictment, and a one-year maximum penalty if the Crown proceeded summarily. In May 2008, Parliament increased the minimum term of imprisonment to three years for a first offence and five years for a subsequent offence if the Crown proceeded by indictment: S.C. 2008, c. 6, s. 8. But Parliament did not change the one-year maximum sentence if the Crown proceeded summarily. Therefore, there is a two-year gap between the maximum penalty on summary conviction and the minimum penalty on indictment. Nur challenges this gap under s. 7 of the *Charter*.

[13] A review of the firearms offences in the *Criminal Code* reveals that s. 95 carries a more serious penalty than any other simple possession offence. The mandatory minimum terms of imprisonment found in s. 95 reflect two aggravating factors. It applies to prohibited and restricted firearms, which present the most significant danger to public safety.

b) du certificat d'enregistrement de l'arme.

(2) Quiconque commet l'infraction prévue au paragraphe (1) est coupable :

a) soit d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de dix ans, la peine minimale étant :

(i) de trois ans, dans le cas d'une première infraction,

(ii) de cinq ans, en cas de récidive;

b) soit d'une infraction punissable, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, d'un emprisonnement maximal de un an.

(3) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à quiconque utilise une arme à feu sous la surveillance directe d'une personne qui en a la possession légale, de la manière dont celle-ci peut légalement s'en servir.

[12] L'article 95 crée une infraction mixte qui rend passible, sur mise en accusation, d'une peine carcérale d'au plus 10 ans. Dans sa version initiale, la disposition prévoyait une peine minimale d'un an lorsque le poursuivant optait pour la mise en accusation et une peine maximale d'un an lorsqu'il optait pour la procédure sommaire. En mai 2008, le législateur a porté la peine carcérale minimale à trois ans pour une première infraction et à cinq ans pour une récidive, lorsqu'il y avait mise en accusation (L.C. 2008, c. 6, art. 8). Il n'a cependant pas modifié la peine maximale d'un an encourue lorsque le poursuivant opte pour la procédure sommaire. Il existe donc un écart de deux ans entre la peine maximale applicable sur procédure sommaire et la peine minimale applicable sur mise en accusation. M. Nur conteste cet écart sur le fondement de l'art. 7 de la *Charte*.

[13] Il appert de l'examen des dispositions du *Code criminel* sur les armes à feu que l'art. 95 prévoit une peine plus lourde que toute autre disposition relative à la seule possession. Les peines carcérales minimales obligatoires d'emprisonnement prévues à l'art. 95 tiennent compte de deux circonstances aggravantes. Elles s'appliquent en effet à la possession d'une arme

It only applies if the firearm is loaded or if ammunition for the firearm is readily available.

[14] Section 95(2)(a)(ii) imposes a five-year mandatory minimum term of imprisonment for a second or subsequent offence. For the purpose of determining whether a person has committed a second or subsequent offence within the meaning of s. 95(2)(a)(ii), one must have regard to s. 84(5) and (6):

(5) In determining, for the purpose of subsection 85(3), 95(2), 99(2), 100(2) or 103(2), whether a convicted person has committed a second or subsequent offence, if the person was earlier convicted of any of the following offences, that offence is to be considered as an earlier offence:

(a) an offence under section 85, 95, 96, 98, 98.1, 99, 100, 102 or 103 or subsection 117.01(1);

(b) an offence under section 244 or 244.2; or

(c) an offence under section 220, 236, 239, 272 or 273, subsection 279(1) or section 279.1, 344 or 346 if a firearm was used in the commission of the offence.

However, an earlier offence shall not be taken into account if 10 years have elapsed between the day on which the person was convicted of the earlier offence and the day on which the person was convicted of the offence for which sentence is being imposed, not taking into account any time in custody.

(6) For the purposes of subsection (5), the only question to be considered is the sequence of convictions and no consideration shall be given to the sequence of commission of offences or whether any offence occurred before or after any conviction.

[15] Charles challenges s. 84(5) and (6) as being overbroad and arbitrary, contrary to s. 7 of the *Charter*.

[16] The relevant provisions of the *Charter* state:

prohibée ou d'une arme à autorisation restreinte, lesquelles présentent le plus grand risque qui soit pour la sécurité publique, et seulement lorsque l'arme est chargée ou que ses munitions sont facilement accessibles.

[14] Le sous-alinéa 95(2)a)(ii) prévoit une peine carcérale obligatoire d'au moins cinq ans en cas de récidive. Pour déterminer s'il y a récidive au sens du sous-al. 95(2)a)(ii), il faut se reporter aux par. 84(5) et (6) :

(5) Lorsqu'il s'agit de décider, pour l'application des paragraphes 85(3), 95(2), 99(2), 100(2) ou 103(2), si la personne déclarée coupable se trouve en état de récidive, il est tenu compte de toute condamnation antérieure à l'égard :

a) d'une infraction prévue aux articles 85, 95, 96, 98, 98.1, 99, 100, 102 ou 103 ou au paragraphe 117.01(1);

b) d'une infraction prévue aux articles 244 ou 244.2;

c) d'une infraction prévue aux articles 220, 236, 239, 272 ou 273, au paragraphe 279(1) ou aux articles 279.1, 344 ou 346, s'il y a usage d'une arme à feu lors de la perpétration.

Toutefois, il n'est pas tenu compte des condamnations précédant de plus de dix ans la condamnation à l'égard de laquelle la peine doit être déterminée, compte non tenu du temps passé sous garde.

(6) Pour l'application du paragraphe (5), il est tenu compte de l'ordre des déclarations de culpabilité et non de l'ordre de perpétration des infractions, ni du fait qu'une infraction a été commise avant ou après une déclaration de culpabilité.

[15] M. Charles tient les par. 84(5) et (6) pour inconstitutionnels et contraires à l'art. 7 de la *Charte* du fait que leur portée est excessive et qu'ils sont arbitraires.

[16] Voici le texte des dispositions pertinentes de la *Charte* :

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

12. Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment.

### III. Facts and Judicial History

#### A. *Nur*

[17] One evening in January 2009, a young man entered a community centre in the Jane and Finch neighbourhood of Toronto and told a staff member that he was afraid of someone who was waiting outside to get him. The staff member saw someone waiting outside who looked threatening. The neighbourhood had very high levels of crime. Gun violence was a serious problem. The supervisor put the community centre on lockdown and called the police. When the police arrived, they saw four men standing at one of the entrances of the community centre. Nur was among them. As one of the police officers approached, the men scattered.

[18] The police officer chased Nur. He held his left hand against his body and appeared to be concealing something. As the officer gained ground on Nur, he saw Nur throw something away. The officer caught and arrested Nur moments after. Returning to the area where he had seen Nur throw something to the ground, the officer found a loaded handgun under a parked car. The gun was a working 22-calibre semi-automatic with an oversized ammunition clip. There were 23 bullets in the clip and one in the chamber. The gun is a prohibited firearm. When functioning properly, the gun can fire all 24 rounds in 3.5 seconds.

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que 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.

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

12. Chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités.

### III. Faits et genèse de l'instance

#### A. *Dossier Nur*

[17] Un soir de janvier 2009, à Toronto, un jeune homme est entré dans un centre communautaire situé près de l'intersection de la rue Jane et de l'avenue Finch. Il a dit à un employé qu'il avait peur de quelqu'un qui l'attendait à l'extérieur et qui en avait après lui. L'employé a aperçu une personne à l'air menaçant qui attendait à l'extérieur. Le quartier connaissait un taux très élevé de criminalité, et le recours aux armes à feu y constituait un problème grave. Le surveillant a verrouillé les lieux et appelé la police. À leur arrivée, les policiers ont vu quatre hommes, dont M. Nur, près de l'une des entrées. Lorsqu'un agent s'est approché, les hommes ont pris la fuite dans des directions différentes.

[18] Pris en chasse par le policier, M. Nur serrait sa main gauche contre son corps et semblait dissimuler un objet. Au moment où l'agent allait le rattraper, M. Nur s'est débarrassé d'un objet. Quelques instants plus tard, M. Nur était immobilisé et mis en état d'arrestation. Le policier est revenu sur ses pas à l'endroit où il avait vu M. Nur jeter un objet par terre. Il a trouvé une arme de poing chargée sous une voiture garée. Il s'agissait d'un pistolet semi-automatique de calibre 22 en état de marche muni d'un chargeur grande dimension, une arme à feu prohibée. L'arme contenait 23 balles, dont une dans la chambre. Lorsqu'il est en bon état de marche, le pistolet permet de tirer ses 24 balles en 3,5 secondes.

[19] Nur was not found to be involved with the threatening behaviour, and it was not clear when, for how long, or how Nur came to possess the loaded handgun.

(1) Ontario Superior Court of Justice

[20] Nur was charged with one count of possession of a loaded prohibited firearm contrary to s. 95(1) of the *Criminal Code*. The Crown proceeded by indictment and Nur elected to be tried by judge alone. He ultimately pleaded guilty to the charge, but he did not admit any facts relevant to the allegations beyond those essential to the plea. At his sentencing, Nur put the Crown to the proof of any facts that it relied on as aggravating factors for sentencing. Nur also challenged the constitutionality of the three-year mandatory minimum sentence imposed by s. 95(2)(a)(i).

[21] Nur comes from a supportive, law-abiding family who came to Canada as refugees. At the time of the offence, he was 19 and attending high school. He was performing well and hoped to eventually attend university. He had worked a number of part-time jobs and volunteered in the community. Teachers and past employers praised his performance and his considerable potential. One teacher described Nur as “an exceptional student and athlete who excelled in the classroom and on the basketball court . . . an incredible youth with unlimited academic and great leadership skills”: 2011 ONSC 4874, 241 C.R.R. (2d) 306, at para. 34. Nur had no prior criminal record.

[22] The trial judge held that the three-year mandatory minimum sentence did not offend ss. 12 and 15 of the *Charter*. However, he concluded that the two-year gap between the one-year maximum sentence if the Crown proceeded summarily and the three-year minimum sentence if the Crown proceeded on indictment offended s. 7 of the *Charter* because it was arbitrary and was not justified under s. 1. Nevertheless, the trial judge held that Nur was not personally affected by the gap. In his view, the

[19] Il n’a pas été établi que M. Nur avait quoi que ce soit à voir avec le comportement menaçant, et aucun élément n’a clairement indiqué le moment à partir duquel M. Nur avait eu l’arme chargée en sa possession, la durée de cette possession, ou la manière dont il était entré en possession de l’arme.

(1) Cour supérieure de justice de l’Ontario

[20] M. Nur a été accusé d’un chef de possession d’une arme à feu prohibée chargée, une infraction prévue au par. 95(1) du *Code criminel*. Après avoir été mis en accusation, M. Nur a opté pour un procès devant juge seul. Il a finalement plaidé coupable, mais n’a reconnu aucun autre fait que ceux qui étaient essentiels à son plaidoyer. À l’audience de détermination de la peine, M. Nur a mis le poursuivant au défi de prouver les circonstances aggravantes invoquées. Il a également contesté la constitutionnalité de la peine minimale obligatoire de trois ans prévue au sous-al. 95(2)a(i).

[21] M. Nur est issu d’une famille de réfugiés soutenant et respectueuse des lois. Au moment de l’infraction, il avait 19 ans et fréquentait l’école secondaire. Il avait de bonnes notes et espérait fréquenter un jour l’université. Il avait eu quelques emplois à temps partiel et faisait du bénévolat dans la collectivité. Ses enseignants et ses anciens employeurs ont souligné ses bons résultats et ses grandes perspectives d’avenir. Pour reprendre les propos d’un enseignant, M. Nur était [TRADUCTION] « un étudiant exceptionnel et un athlète qui excellait tant en classe que sur le terrain de basketball [. . .] un jeune extrêmement doué dont les aptitudes aux études se doubleraient d’un grand sens du leadership » (2011 ONSC 4874, 241 C.R.R. (2d) 306, par. 34). M. Nur n’avait pas de casier judiciaire.

[22] Selon le juge du procès, la peine minimale obligatoire de trois ans ne contrevient pas aux art. 12 et 15 de la *Charte*. Il conclut toutefois que l’écart de deux ans entre la peine maximale d’un an — sur procédure sommaire — et la peine minimale de trois ans — sur mise en accusation — ne respecte pas l’art. 7 de la *Charte* parce qu’il est arbitraire et qu’il ne peut se justifier par application de l’article premier. Le juge arrive néanmoins à la conclusion que cet écart ne pénalise pas M. Nur. À son



gap only posed a constitutional problem for a small class of accused, in those cases where the Crown would reasonably elect to proceed summarily but for the arbitrary two-year gap. The trial judge held that the Crown would not have proceeded summarily against Nur regardless of the maximum penalty available on a summary conviction proceeding. The trial judge therefore dismissed the s. 7 claim.

[23] The trial judge held that a sentence of 40 months was appropriate for the offence and the offender, having regard to the “inflationary floor” of the mandatory minimum sentence. Nur had been denied bail and had been in custody for 26 months. Nur received two to one credit for 20 months of pre-trial custody at the time of sentencing. As a result, the trial judge imposed a sentence of one day in custody to be followed by two years of probation.

(2) Court of Appeal for Ontario, 2013 ONCA 677, 117 O.R. (3d) 401

[24] Nur appealed to the Court of Appeal, which heard his appeal, and five others, concerning constitutional challenges to various provisions of the *Criminal Code* imposing or related to the imposition of mandatory minimum sentences for various firearm-related offences.

[25] Doherty J.A., for the court, allowed the appeal. He held that the three-year mandatory minimum penalty imposed by s. 95(2)(a)(i) was contrary to s. 12 of the *Charter* based on a reasonable hypothetical on the licensing end of the s. 95 spectrum, and that it was not saved by s. 1. He held that the appropriate remedy was to hold s. 95(2)(a)(i) of no force or effect to the extent that it imposes a three-year mandatory minimum term of imprisonment when the Crown proceeds by way of indictment. His declaration did not affect the 10-year maximum penalty in s. 95(2)(a). However, he also concluded that his analysis did not prevent Parliament from retaining the three-year mandatory minimum for the “true crime end” of the s. 95 spectrum,

avis, l'écart ne pose un problème constitutionnel que dans un nombre infime de cas, à savoir ceux où le poursuivant aurait raisonnablement opté pour la procédure sommaire n'eût été l'écart arbitraire de deux ans. Il conclut que, dans le cas de M. Nur, le poursuivant n'aurait pas opté pour la procédure sommaire peu importe la peine maximale alors applicable. Il rejette donc la prétention fondée sur l'art. 7.

[23] Selon le juge, une peine de 40 mois est appropriée et tient compte de la nature de l'infraction et de la situation du délinquant, eu égard au [TRADUCTION] « seuil ascendant » que constitue la peine minimale obligatoire. M. Nur s'est vu refuser la liberté sous caution et a passé 26 mois sous garde. Lors de la détermination de sa peine, on lui a accordé des crédits pour une période de détention présentencielle de 20 mois à raison de deux jours contre un. Le juge lui a donc infligé une peine carcérale d'un jour assortie d'une période de probation de deux ans.

(2) Cour d'appel de l'Ontario, 2013 ONCA 677, 117 O.R. (3d) 401

[24] M. Nur a interjeté appel à la Cour d'appel, qui a entendu l'affaire, de même que cinq autres dossiers de contestation constitutionnelle visant diverses dispositions du *Code criminel* qui imposent des peines minimales obligatoires pour diverses infractions liées aux armes à feu ou qui se rapportent à pareille imposition.

[25] Au nom de la Cour d'appel, le juge Doherty accueille l'appel. Il estime que la peine minimale obligatoire de trois ans d'emprisonnement prévue au sous-al. 95(2)a)(i) contrevient à l'art. 12 de la *Charte* dans la situation hypothétique raisonnable où l'infraction commise se situe à l'extrémité du continuum d'application de l'art. 95 correspondant aux infractions réglementaires et que la disposition qui prévoit la peine minimale ne peut être sauvegardée par application de l'article premier. La réparation qui lui paraît convenable consiste à déclarer inopérant le sous-al. 95(2)a)(i) dans la mesure où il prévoit une peine minimale obligatoire de trois ans d'emprisonnement lorsque le poursuivant opte pour la mise en accusation. La déclaration d'invalidité ne

that is “[i]ndividuals who have loaded restricted or prohibited firearms that they have no business possessing anywhere or at any time, and who are engaged in criminal conduct or conduct that poses a danger to others”: para. 206. These offenders, Doherty J.A. held, should continue to receive exemplary sentences that emphasize deterrence and denunciation.

[26] The Court of Appeal held that, despite mitigating factors, the trial judge’s sentence was appropriate and should be upheld.

#### B. *Charles*

[27] In May 2008, Charles and another man were living in a Toronto rooming house. An incident at the rooming house was reported to the police. They attended and secured the scene. The Emergency Task Force arrived and searched the house, finding a loaded Ruger semi-automatic handgun and ammunition in Charles’ bedroom. It was equipped with an over-capacity magazine, which is a prohibited device under the *Criminal Code*, containing 13 rounds of live 9-mm ammunition. A further round of ammunition was found on Charles’ bed near the gun. The serial number on the gun had been removed. Charles admitted to police that he did not have a licence to possess a firearm and did not hold a current registration certificate for the firearm. Charles was arrested and charged with various firearm-related offences.

##### (1) Ontario Superior Court of Justice

[28] The Crown elected to proceed by way of indictment. Charles pleaded guilty to possession of a loaded prohibited firearm, contrary to s. 95(1) of the *Criminal Code*. He also pleaded guilty to possession of a firearm knowing that the serial number had been defaced, contrary to s. 108(1)(b); possession

s’applique pas à la peine maximale de 10 ans prévue à l’al. 95(2)a). Selon le juge Doherty, son analyse n’empêche toutefois pas le législateur de conserver la peine minimale obligatoire de trois ans dans le cas d’un [TRADUCTION] « vrai crime » qui se situe à l’autre extrémité du continuum d’application de l’art. 95, c’est-à-dire une infraction perpétrée par une « personne munie d’une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte chargée qu’elle n’est censée posséder nulle part et à aucun moment et qui prend part à un acte criminel ou qui expose autrui à un danger » (par. 206). Le juge conclut qu’une peine exemplaire, axée sur la dissuasion et la dénonciation, doit continuer d’être infligée à un tel délinquant.

[26] La Cour d’appel considère que malgré l’existence de circonstances atténuantes, la peine infligée en première instance est appropriée et doit être confirmée.

#### B. *Dossier Charles*

[27] En mai 2008, après le signalement d’un incident à la maison de chambres de Toronto où habitaient M. Charles et un autre homme, les policiers se sont rendus sur place et ont établi un périmètre de sécurité. En fouillant les lieux, l’équipe d’intervention d’urgence a découvert dans la chambre de M. Charles une arme de poing semi-automatique Ruger chargée et des munitions. L’arme était munie d’un chargeur grande capacité — un dispositif prohibé suivant le *Code criminel* — contenant 13 balles 9 mm. D’autres munitions ont été trouvées sur le lit de M. Charles, près de l’arme. Le numéro de série de l’arme avait été effacé. M. Charles a reconnu qu’il n’avait ni permis de possession, ni certificat d’enregistrement valide. Il a été arrêté et accusé de diverses infractions relatives aux armes à feu.

##### (1) Cour supérieure de justice de l’Ontario

[28] Le poursuivant a opté pour la mise en accusation. M. Charles a plaidé coupable à l’accusation de possession d’une arme à feu prohibée chargée, une infraction prévue au par. 95(1) du *Code criminel*. Il a aussi plaidé coupable aux accusations suivantes : possession d’une arme à feu dont il savait que

of a firearm while subject to a firearms prohibition order, contrary to s. 117.01(1), and without being the holder of a licence, contrary to s. 91(1); and possession of ammunition while subject to a firearms prohibition order, contrary to s. 117.01(1).

[29] Charles has a lengthy and serious criminal record. At the time of sentencing, it included approximately 20 prior convictions, five of which involved crimes of violence and five other convictions for firearm-related offences. Two of Charles's prior convictions are relevant (under s. 84(5) and (6)) to the application of the mandatory minimum sentence in s. 95(2)(a)(ii).

[30] The first notable conviction was in 2002, when Charles pleaded guilty to a charge of possession of ammunition while subject to a firearms prohibition order, contrary to s. 117.01(1) of the *Criminal Code*. He was charged following a dispute with his grandmother regarding a gun. The police responded to the dispute and found a locked box containing a single .38 calibre bullet, as well as identification documents belonging to Charles. Returning later to arrest him, the police also found Charles in possession of a large quantity of crack cocaine, electronic scales, a cell phone, scissors and a screwdriver. He was charged with possession of ammunition contrary to a prohibition order and possession of cocaine for the purpose of trafficking. It appears from the record that he was sentenced to two months' imprisonment on each charge, to be served concurrently, plus 96 days' credit for pre-sentence custody.

[31] The second notable conviction was in 2004, when Charles pleaded guilty to robbing an employment agency with three accomplices, while using an imitation firearm and having his face masked with the intent to commit an indictable offence, contrary to s. 85(2) of the *Criminal Code*. He was sentenced to 18 and a half months' imprisonment on each count, to be served concurrently, after credit of four and a half months of pre-sentence custody.

le numéro de série avait été maquillé (al. 108(1)b)), possession d'une arme à feu malgré une ordonnance qui le lui interdisait (par. 117.01(1)), possession d'une arme à feu sans permis (par. 91(1)) et possession de munitions malgré une ordonnance qui le lui interdisait (par. 117.01(1)).

[29] M. Charles a un lourd casier judiciaire et a commis de graves infractions. Au moment de déterminer sa peine, il comptait environ 20 déclarations de culpabilité, dont cinq pour des crimes avec violence et cinq autres pour des infractions liées aux armes à feu. Deux de ces déclarations de culpabilité valent (suivant les par. 84(5) et (6)) pour l'application de la peine minimale obligatoire du sous-al. 95(2)a)(ii).

[30] La première remonte à 2002. M. Charles avait plaidé coupable à l'accusation d'avoir été en possession de munitions malgré une ordonnance qui lui interdisait la possession d'une arme à feu (par. 117.01(1) du *Code criminel*). L'accusation avait été portée par suite d'une altercation avec sa grand-mère au sujet d'une arme de poing. Les policiers étaient alors intervenus et avaient trouvé une boîte verrouillée contenant une balle de calibre .38 ainsi que des papiers d'identité appartenant à M. Charles. Lorsqu'ils étaient revenus l'arrêter, les policiers avaient trouvé en sa possession de grandes quantités de crack, des balances électroniques, un téléphone portable, des ciseaux et un tournevis. M. Charles a été accusé de possession de munitions malgré une ordonnance d'interdiction et de possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic. Le dossier révèle qu'il a été condamné à deux mois d'emprisonnement pour chacun des chefs, à purger concurremment, en sus de ses 96 jours de détention présentencielle.

[31] La deuxième déclaration de culpabilité remonte à 2004. Sur le fondement du par. 85(2) du *Code criminel*, il a été accusé du vol qualifié d'une agence de placement avec trois complices. Il avait utilisé une fausse arme à feu et masqué son visage dans un dessein criminel. M. Charles a plaidé coupable. Il a été condamné à une peine carcérale de 18 mois et demi pour chacun des chefs, à purger concurremment, après l'octroi d'un crédit pour détention présentencielle de quatre mois et demi.

[32] At sentencing for the present offence, Charles contested the Crown's invocation of the five-year mandatory minimum penalty. He challenged the combined effect of ss. 84(5)(a) and 95(2)(a)(ii) as being contrary to ss. 7, 9 and 12 of the *Charter*, though he later conceded that the determination of the s. 12 claim was dispositive of the ss. 7 and 9 challenges. Charles argued that the inclusion in s. 84(5)(a) of offences that did not involve the possession of firearms as earlier offences for the purpose of s. 95(2) violated s. 12.

[33] The sentencing judge dismissed Charles' s. 12 challenge. She held that the five-year mandatory minimum sentence imposed by s. 95(2)(a)(ii) was not grossly disproportionate for Charles, in light of the gravity of these crimes. She also held that Charles had failed to put forward any reasonable hypothetical circumstances in which the application of the five-year mandatory minimum sentence on conviction for a s. 95(1) offence to an offender previously convicted of an offence under ss. 85(2) or 117.01(1), would be grossly disproportionate. She sentenced Charles to seven years' imprisonment, less five years' credit on a two to one basis for two years, six months of pre-sentence custody: 2010 ONSC 8035, 222 C.R.R. (2d) 118.

(2) Court of Appeal for Ontario, 2013 ONCA 681, 117 O.R. (3d) 456

[34] Charles appealed to the Court of Appeal, which heard his appeal with Nur and four others concerning constitutional challenges arising out of the imposition of mandatory minimum sentences for various firearm-related offences.

[35] Cronk J.A., for the court, held that the five-year mandatory minimum sentence of imprisonment for a second offence under s. 95(2) is grossly disproportionate when measured against a reasonable hypothetical in the nature of a licensing offence, even where the offender has previously been

[32] Lors de la détermination de sa peine pour l'infraction visée en l'espèce, M. Charles a contesté la constitutionnalité de la peine minimale obligatoire de cinq ans d'emprisonnement requise par le poursuivant. Il a soutenu que l'effet combiné de l'al. 84(5)a) et du sous-al. 95(2)a)(ii) contrevient aux art. 7, 9 et 12 de la *Charte*, mais il a reconnu par la suite que l'issue de la contestation constitutionnelle fondée sur l'art. 12 déterminerait le sort de celles fondées sur les deux autres articles. Il a fait valoir que, pour l'application du par. 95(2), il est contraire à l'art. 12 de la *Charte* de compter au nombre des infractions antérieures celles énumérées à l'al. 84(5)a) qui ne comportent pas la possession d'une arme à feu.

[33] La juge du procès rejette la contestation fondée sur l'art. 12. À son avis, la peine minimale obligatoire de cinq ans prévue au sous-al. 95(2)a)(ii) n'est pas totalement disproportionnée dans le cas de M. Charles étant donné la gravité de ses crimes. Ce dernier n'a d'ailleurs invoqué aucune situation hypothétique raisonnable où il aurait été totalement disproportionné qu'un délinquant précédemment déclaré coupable d'une infraction prévue aux par. 85(2) ou 117.01(1) se voit infliger la peine minimale obligatoire de cinq ans pour avoir contrevenu au par. 95(1). La juge le condamne à une peine carcérale de sept ans, réduite de cinq ans après l'octroi d'un crédit à raison de deux jours contre un pour la détention pré-sentencielle d'une durée de deux ans et six mois (2010 ONSC 8035, 222 C.R.R. (3d) 118).

(2) Cour d'appel de l'Ontario, 2013 ONCA 681, 117 O.R. (3d) 456

[34] M. Charles s'est pourvu en Cour d'appel, qui a regroupé son dossier avec celui de M. Nur et quatre autres dossiers de contestation constitutionnelle de peines minimales obligatoires prévues à l'égard de diverses infractions liées aux armes à feu.

[35] Au nom de la Cour d'appel, la juge Cronk conclut que la peine minimale obligatoire de cinq ans d'emprisonnement qui s'applique en cas de récidive est totalement disproportionnée si l'on considère la situation hypothétique raisonnable où l'infraction est de type réglementaire, à supposer même que le

convicted of an offence listed under s. 84(5). Consequently, she declared s. 95(2)(a)(ii) of no force or effect to the extent that it imposes a mandatory minimum sentence of five years' imprisonment for a second or subsequent offence when the Crown proceeds by way of indictment. However, Cronk J.A. dismissed Charles' claims under s. 7 of the *Charter*, holding that the impugned provisions were neither arbitrary nor overbroad and, therefore, did not infringe s. 7.

[36] Charles did not otherwise attack his overall sentence and conceded that a sentence of five years' imprisonment for his s. 95(1) offence alone was appropriate, even without the application of the five-year mandatory minimum. Consequently, Cronk J.A. affirmed the sentence imposed by the sentencing judge.

#### IV. Issues

[37] This appeal raises the following issues:

- (a) Do the mandatory minimum terms of imprisonment in s. 95(2)(a)(i) and (ii) of the *Criminal Code* infringe s. 12 of the *Charter*?
- (b) Do the mandatory minimum terms of imprisonment in s. 95(2)(a)(i) and (ii) of the *Criminal Code* infringe s. 7 of the *Charter*?
- (c) If so, are they saved under s. 1 of the *Charter*?

#### V. Discussion

A. *Do the Mandatory Minimum Terms of Imprisonment in Section 95(2)(a)(i) and (ii) Infringe Section 12 of the Charter?*

##### (1) The Test for Infringement of Section 12

[38] Section 12 of the *Charter* states that everyone has the right not to be subjected to any cruel and

délinquant hypothétique ait précédemment été reconnu coupable d'une infraction visée au par. 84(5). Elle déclare donc le sous-al. 95(2)(a)(ii) inopérant dans la mesure où il prévoit une peine minimale obligatoire de cinq ans d'emprisonnement en cas de récidive lorsque le poursuivant opte pour la mise en accusation. Elle rejette toutefois les prétentions de M. Charles fondées sur l'art. 7 de la *Charte*, estimant que les dispositions contestées ne sont pas arbitraires et que leur portée n'est pas excessive, de sorte qu'elles ne contreviennent pas à l'art. 7.

[36] M. Charles ne contestait pas par ailleurs la peine globale dont il avait écopé et il reconnaissait qu'une peine carcérale de cinq ans pour infraction au par. 95(1) serait appropriée dans son cas à lui même si la peine minimale obligatoire ne s'appliquait pas. Par conséquent, la juge Cronk confirme la peine infligée en première instance.

#### IV. Questions en litige

[37] Le pourvoi soulève les questions suivantes :

- a) Les peines minimales obligatoires d'emprisonnement prévues aux sous-al. 95(2)(a)(i) et (ii) du *Code criminel* contreviennent-elles à l'art. 12 de la *Charte*?
- b) Les peines minimales obligatoires d'emprisonnement prévues aux sous-al. 95(2)(a)(i) et (ii) du *Code criminel* contreviennent-elles à l'art. 7 de la *Charte*?
- c) Dans l'affirmative, sont-elles sauvegardées par application de l'article premier de la *Charte*?

#### V. Analyse

A. *Les peines minimales obligatoires d'emprisonnement prévues aux sous-al. 95(2)(a)(i) et (ii) contreviennent-elles à l'art. 12 de la Charte?*

##### (1) Le critère permettant de déterminer s'il y a violation ou non de l'art. 12

[38] L'article 12 de la *Charte* énonce que chacun a droit à la protection contre toutes peines cruelles



unusual punishment. The question is whether the mandatory minimum sentences imposed by s. 95(2) violate this guarantee. The respondents say they do, because s. 95(2) catches conduct that falls far short of true criminal conduct — for example licensing offences. The Attorney General for Ontario responds that these examples are inadmissible hypotheticals and should not enter into the constitutional analysis, and that in any event, the Crown will choose to prosecute offences of lesser culpability by summary conviction, avoiding the mandatory minimum provisions.

[39] This Court has set a high bar for what constitutes “cruel and unusual . . . punishment” under s. 12 of the *Charter*. A sentence attacked on this ground must be grossly disproportionate to the punishment that is appropriate, having regard to the nature of the offence and the circumstances of the offender: *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, at p. 1073. Lamer J. (as he then was) explained at p. 1072 that the test of gross disproportionality “is aimed at punishments that are more than merely excessive”. He added, “[w]e should be careful not to stigmatize every disproportionate or excessive sentence as being a constitutional violation”. A prescribed sentence may be grossly disproportionate as applied to the offender before the court or because it would have a grossly disproportionate impact on others, rendering the law unconstitutional.

[40] In determining an appropriate sentence for purposes of the comparison demanded by this analysis, regard must be had to the sentencing objectives in s. 718 of the *Criminal Code*, which instructs the sentencing judge as follows:

**718.** The fundamental purpose of sentencing is to contribute, along with crime prevention initiatives, to respect for the law and the maintenance of a just, peaceful and safe society by imposing just sanctions that have one or more of the following objectives:

(a) to denounce unlawful conduct;

et inusitées. La question à trancher est celle de savoir si les peines minimales obligatoires prévues au par. 95(2) portent atteinte à cette garantie. Les intimés soutiennent que c’est le cas parce que la disposition s’applique à des actes qui ne constituent pas de véritables actes criminels, par exemple les infractions réglementaires. La procureure générale de l’Ontario rétorque que cet exemple correspond à une situation hypothétique inadmissible, qu’il ne doit pas être pris en compte dans l’analyse constitutionnelle et que, de toute manière, le ministère public optera pour la procédure sommaire dans le cas d’une infraction comportant une culpabilité moindre, ce qui écartera l’application des peines minimales obligatoires.

[39] La Cour place la barre haute lorsqu’il s’agit de tenir une peine pour « cruel[le] et inusité[e] » au sens de l’art. 12 de la *Charte*. La peine doit en effet être totalement disproportionnée à celle qui convient eu égard à la nature de l’infraction et à la situation du délinquant (*R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, p. 1073). Le juge Lamer (plus tard Juge en chef) explique à la p. 1072 que le critère de la disproportion [totale] « vise les peines qui sont plus que simplement excessives ». Il ajoute : « Il faut éviter de considérer que toute peine disproportionnée ou excessive est contraire à la Constitution . . . » Une peine prescrite peut être totalement disproportionnée dans le cas du délinquant en cause ou peut avoir sur une autre personne un effet totalement disproportionné, la disposition étant dès lors inconstitutionnelle.

[40] Pour déterminer la peine appropriée aux fins de la comparaison qui s’impose dès lors, il faut tenir compte des objectifs de détermination de la peine énoncés à l’art. 718 du *Code criminel*, qui précise ce qui suit à l’intention du tribunal appelé à déterminer la peine :

**718.** Le prononcé des peines a pour objectif essentiel de contribuer, parallèlement à d’autres initiatives de prévention du crime, au respect de la loi et au maintien d’une société juste, paisible et sûre par l’infliction de sanctions justes visant un ou plusieurs des objectifs suivants :

a) dénoncer le comportement illégal;

(b) to deter the offender and other persons from committing offences;

(c) to separate offenders from society, where necessary;

(d) to assist in rehabilitating offenders;

(e) to provide reparations for harm done to victims or to the community; and

(f) to promote a sense of responsibility in offenders, and acknowledgment of the harm done to victims and to the community.

b) dissuader les délinquants, et quiconque, de commettre des infractions;

c) isoler, au besoin, les délinquants du reste de la société;

d) favoriser la réinsertion sociale des délinquants;

e) assurer la réparation des torts causés aux victimes ou à la collectivité;

f) susciter la conscience de leurs responsabilités chez les délinquants, notamment par la reconnaissance du tort qu'ils ont causé aux victimes et à la collectivité.

[41] The sentencing judge must also have regard to the following: any aggravating and mitigating factors, including those listed in s. 718.2(a)(i) to (iv); the principle that a sentence should be similar to sentences imposed on similar offenders for similar offences committed in similar circumstances (s. 718.2(b)); the principle that where consecutive sentences are imposed, the combined sentence should not be unduly long or harsh (s. 718.2(c)); and the principle that courts should exercise restraint in imposing imprisonment (ss. 718.2(d) and (e)).

[42] In reconciling these different goals, the fundamental principle of sentencing under s. 718.1 of the *Criminal Code* is that “[a] sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender.”

[43] It is no surprise, in view of the constraints on sentencing, that imposing a proportionate sentence is a highly individualized exercise, tailored to the gravity of the offence, the blameworthiness of the offender, and the harm caused by the crime: *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 80. “Only if this is so can the public be satisfied that the offender ‘deserved’ the punishment he received and feel a confidence in the fairness and rationality of the system”: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 533, per Wilson J. As LeBel J. explained in *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433:

[41] Le juge qui détermine la peine doit également tenir compte des circonstances aggravantes et atténuantes, y compris celles énumérées aux sous-al. 718.2a)(i) à (iv), du principe de l’infliction de peines semblables à celles infligées à des délinquants pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables (al. 718.2b)), de l’obligation d’éviter l’excès de nature ou de durée dans l’infliction de peines consécutives (al. 718.2c)) et de l’obligation de faire preuve de retenue dans l’infliction d’une peine carcérale (al. 718.2d) et e)).

[42] Pour concilier ces différents objectifs, le principe fondamental de la détermination de la peine suivant l’art. 718.1 du *Code criminel* veut que « [l]a peine [soit] proportionnelle à la gravité de l’infraction et au degré de responsabilité du délinquant. »

[43] Il n’est donc pas étonnant, au vu de toutes ces exigences, que l’entreprise qui consiste à imposer une peine proportionnelle fasse grandement appel à l’individualisation et prenne en compte la gravité de l’infraction, la culpabilité morale du délinquant et le préjudice causé par le crime (*R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, par. 80). Dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 533, la juge Wilson dit que « [c]e n’est que dans ce cas que le public peut être convaincu que le contrevenant “méritait” la punition qui lui a été infligée et avoir confiance dans l’équité et la rationalité du système ». Pour reprendre les propos du juge LeBel dans l’arrêt *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433 :

Proportionality is the *sine qua non* of a just sanction. First, the principle ensures that a sentence reflects the gravity of the offence. This is closely tied to the objective of denunciation. It promotes justice for victims and ensures public confidence in the justice system.

La proportionnalité représente la condition *sine qua non* d'une sanction juste. Premièrement, la reconnaissance de ce principe garantit que la peine reflète la gravité de l'infraction et crée ainsi un lien étroit avec l'objectif de dénonciation. La proportionnalité favorise ainsi la justice envers les victimes et assure la confiance du public dans le système de justice.

Second, the principle of proportionality ensures that a sentence does not exceed what is appropriate, given the moral blameworthiness of the offender. In this sense, the principle serves a limiting or restraining function and ensures justice for the offender. In the Canadian criminal justice system, a just sanction is one that reflects both perspectives on proportionality and does not elevate one at the expense of the other. [para. 37]

Deuxièmement, le principe de proportionnalité garantit que la peine n'excède pas ce qui est approprié compte tenu de la culpabilité morale du délinquant. En ce sens, il joue un rôle restrictif et assure la justice de la peine envers le délinquant. En droit pénal canadien, une sanction juste prend en compte les deux optiques de la proportionnalité et n'en privilégie aucune par rapport à l'autre. [par. 37]

[44] Mandatory minimum sentences, by their very nature, have the potential to depart from the principle of proportionality in sentencing. They emphasize denunciation, general deterrence and retribution at the expense of what is a fit sentence for the gravity of the offence, the blameworthiness of the offender, and the harm caused by the crime. They function as a blunt instrument that may deprive courts of the ability to tailor proportionate sentences at the lower end of a sentencing range. They may, in extreme cases, impose unjust sentences, because they shift the focus from the offender during the sentencing process in a way that violates the principle of proportionality. They modify the general process of sentencing which relies on the review of all relevant factors in order to reach a proportionate result. They affect the outcome of the sentence by changing the normal judicial process of sentencing.

[44] La peine minimale obligatoire est en soi susceptible de s'écarter du principe de proportionnalité lors de la détermination de la peine. Elle est davantage axée sur la dénonciation, la dissuasion générale et le châtement que sur ce qui constitue une peine appropriée au vu de la gravité de l'infraction, de la culpabilité morale du délinquant et du préjudice causé. Implacable, la peine minimale obligatoire est susceptible d'empêcher le tribunal d'arrêter une peine proportionnelle se situant à l'extrémité inférieure de la fourchette. Dans certains cas extrêmes, elle peut même emporter l'infliction d'une peine injuste, le délinquant n'étant plus au centre du processus, et ce, d'une manière qui contrevient au principe de proportionnalité. Elle modifie le processus général de la détermination de la peine, lequel prend appui sur l'examen de tous les éléments pertinents pour arriver à un résultat proportionné. Elle influe sur le résultat en modifiant le processus judiciaire habituel de détermination de la peine.

[45] General deterrence — using sentencing to send a message to discourage others from offending — is relevant. But it cannot, without more, sanitize a sentence against gross disproportionality: “General deterrence can support a sentence which is more severe while still within the range of punishments that are not cruel and unusual” (*R. v. Morrisey*, 2000 SCC 39, [2000] 2 S.C.R. 90, at para. 45, per Gonthier J.). Put simply, a person cannot be made to suffer a

[45] La dissuasion générale, à savoir l'infliction d'une peine pour transmettre un message de nature à dissuader les autres citoyens de contrevenir à la loi, importe. Or, cette seule considération ne saurait empêcher la disproportion totale : « [l]a dissuasion générale peut justifier l'infliction d'une peine qui, quoique sévère, se situe à l'intérieur de la fourchette des peines qui ne sont pas cruelles et inusitées » (*R. c. Morrisey*, 2000 CSC 39, [2000] 2 R.C.S. 90, par. 45,

grossly disproportionate punishment simply to send a message to discourage others from offending.

[46] To recap, a challenge to a mandatory minimum sentencing provision on the ground it constitutes cruel and unusual punishment under s. 12 of the *Charter* involves two steps. First, the court must determine what constitutes a proportionate sentence for the offence having regard to the objectives and principles of sentencing in the *Criminal Code*. Then, the court must ask whether the mandatory minimum requires the judge to impose a sentence that is grossly disproportionate to the fit and proportionate sentence. If the answer is yes, the mandatory minimum provision is inconsistent with s. 12 and will fall unless justified under s. 1 of the *Charter*.

(2) Whose Situation Is Considered in the Section 12 Analysis?

[47] We have seen that a s. 12 challenge to a mandatory sentencing provision compares a fit and proportionate sentence for the offence with the sentence imposed by the mandatory minimum. At this point, a question arises — a question that is at the heart of this case. In analyzing the constitutionality of a mandatory minimum sentencing provision, who does the court take as the offender? Does the court consider only the offender who brings the s. 12 challenge? Or should it also, if necessary, consider how the provision impacts on other persons who might reasonably be caught by it?

[48] Nur and Charles do not argue that the mandatory minimum terms of imprisonment in s. 95(2) are grossly disproportionate as applied to them. Rather, they argue that these mandatory minimum terms of imprisonment violate s. 12 as they apply to other offenders. Against this, the Attorney General of Ontario, supported by other Attorneys General, argues for a test that puts the primary or exclusive focus on the offender before the court. (The Attorney General of Ontario says the analysis should ask

le juge Gonthier). Pour simplifier, on ne peut infliger à une personne une peine totalement disproportionnée à la seule fin de dissuader ses concitoyens de désobéir à la loi.

[46] En bref, statuer sur une disposition prévoyant une peine minimale obligatoire dont on allègue l'inconstitutionnalité parce qu'elle infligerait une peine cruelle et inusitée contrairement à l'art. 12 de la *Charte* commande une analyse en deux étapes. Premièrement, le tribunal doit déterminer ce qui constituerait une peine proportionnée à l'infraction eu égard aux objectifs et aux principes de détermination de la peine établis par le *Code criminel*. Deuxièmement, il lui faut décider si la disposition contraint à l'infliction d'une peine totalement disproportionnée à la peine juste et proportionnée. Dans l'affirmative, la disposition en cause est incompatible avec l'art. 12 et de ce fait inopérante, sauf justification par application de l'article premier de la *Charte*.

(2) Quelle situation prendre en compte dans l'analyse fondée sur l'art. 12?

[47] Nous avons vu que, dans le cadre de la contestation constitutionnelle fondée sur l'art. 12 d'une disposition prévoyant une peine minimale obligatoire, on compare la peine juste et proportionnée et la peine minimale obligatoire. Se pose alors la question qui se trouve au cœur de la présente affaire. Dans l'examen de la constitutionnalité de la disposition contestée, quel délinquant le tribunal prend-il en considération? S'en tient-il à l'auteur du recours fondé sur l'art. 12 ou doit-il également, si besoin est, considérer l'effet de la disposition sur d'autres personnes raisonnablement susceptibles de tomber sous le coup de celle-ci?

[48] MM. Nur et Charles font valoir non pas que les peines minimales obligatoires d'emprisonnement prévues au par. 95(2) sont totalement disproportionnées dans leur cas, mais bien que ces peines contreviennent à l'art. 12 lorsqu'elles s'appliquent à d'autres délinquants. La procureure générale de l'Ontario, avec l'appui d'homologues, rétorque que le critère doit s'attacher principalement, voire uniquement, à la situation du délinquant qui saisit le tribunal. (Selon elle, le tribunal doit se demander si

whether the mandatory minimum is grossly disproportionate having regard to the purpose and gravity of the offence as manifested in *actual* common instances of committing the offence, as well as the *actual* case before the court: A.F. (Nur), at para. 41. The Attorney General of British Columbia goes further, asserting that only the circumstances of the offender should be considered.)

[49] For the reasons that follow, I conclude that excluding consideration of reasonably foreseeable applications of a mandatory minimum sentencing law would run counter to the settled authority of this Court and artificially constrain the inquiry into the law's constitutionality.

[50] To confine consideration to the offender's situation runs counter to the long and settled jurisprudence of this Court relating to *Charter* review generally, and to s. 12 review in particular.

[51] I turn first to the general jurisprudence of *Charter* review. This Court has consistently held that a challenge to a law under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* does not require that the impugned provision contravene the rights of the claimant: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 314; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96, at paras. 58-66. As I wrote in *Ferguson*, “[a] claimant who otherwise has standing can generally seek a declaration of invalidity under s. 52 on the grounds that a law has unconstitutional effects either in his own case or on third parties”: para. 59. This is because “[i]t is the nature of the law, not the status of the accused, that is in issue”: *Big M*, at p. 314, per Dickson J. Section 52 of the *Constitution Act, 1982* entrenches not only the supremacy of the Constitution but also commands that “any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect”. If the only way to challenge an unconstitutional law were on the

la peine minimale obligatoire est totalement disproportionnée eu égard à la raison d’être de l’infraction et à la gravité des actes réprimés, non seulement dans le cas *concret* dont il est saisi, mais également dans d’autres situations *concrètes* courantes (m.a. (Nur), par. 41). Son homologue de la Colombie-Britannique va plus loin et prétend que l’analyse ne doit porter que sur la situation du délinquant qui est à l’origine de l’instance.)

[49] Pour les motifs qui suivent, je conclus que ne pas tenir compte des applications raisonnablement prévisibles d’une disposition créant une peine minimale obligatoire irait à l’encontre de la jurisprudence établie de la Cour et limiterait de manière artificielle l’analyse portant sur la constitutionnalité de la disposition.

[50] Ne faire porter l’examen que sur la situation du délinquant en cause va à l’encontre de la jurisprudence de la Cour, établie de longue date, concernant le contrôle constitutionnel au regard de la *Charte* en général et de l’art. 12 en particulier.

[51] Considérons d’abord la jurisprudence sur le contrôle constitutionnel effectué au regard de la *Charte* en général. La Cour a toujours estimé qu’une personne pouvait contester une disposition législative sur le fondement de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* même lorsque ses propres droits n’étaient pas bafoués par la disposition (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 314; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96, par. 58-66). Comme je l’indique dans l’arrêt *Ferguson*, « [u]n demandeur qui a par ailleurs qualité pour agir peut généralement solliciter une déclaration d’invalidité en application de l’art. 52 au motif qu’une disposition a des effets inconstitutionnels pour lui-même ou pour des tiers » (par. 59). Il en est ainsi parce que « [c]’est la nature de la loi, et non pas le statut de l’accusé, qui est en question » (*Big M*, p. 314, le juge Dickson). Non seulement l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* consacre la primauté de la Constitution, mais il dispose que celle-ci « rend inopérantes les



basis of the precise facts before the court, bad laws might remain on the books indefinitely. This violates the rule of law. No one should be subjected to an unconstitutional law: *Big M*, at p. 313. This reflects the principle that the Constitution belongs to all citizens, who share a right to the constitutional application of the laws of Canada.

[52] The argument that the focus should be mainly or exclusively on the offender before the court is also inconsistent with the jurisprudence of the Court on the review of mandatory minimum sentences under s. 12 of the *Charter*. The cases have sometimes referred to this review as proceeding on “reasonable hypotheticals”. The Attorney General of Ontario concedes that the cases under s. 12 support looking beyond the circumstances of the offender before the court, but asks us to overrule them. She says the cases on what constitutes a “reasonable hypothetical” are “irreconcilable”. A review of the cases does not, with respect, support this contention.

[53] The first case to consider the question was *Smith*. The majority of the Court, per Lamer J. (as he then was) struck down a seven-year mandatory minimum sentence for importing narcotics on the basis that the law could catch a student driving home to Canada from the United States with her first joint of grass. The Court acknowledged that a long prison sentence was appropriate with few exceptions for people who import drugs into the country, but held that because it could catch people for whom the seven-year minimum sentence would be grossly disproportionate, it violated the s. 12 guarantee against cruel and unusual punishment.

dispositions incompatibles de toute autre règle de droit ». Si une loi inconstitutionnelle ne pouvait être contestée qu’au regard des faits précis d’une instance donnée, des lois invalides pourraient demeurer en vigueur indéfiniment, ce qui irait à l’encontre de la primauté du droit. Nul ne doit être soumis à une loi inconstitutionnelle (*Big M*, p. 313). Est ainsi consacré le principe de l’appartenance de la Constitution à tous les citoyens, lesquels possèdent en commun le droit à l’application constitutionnelle des lois canadiennes.

[52] L’argument selon lequel l’analyse doit s’attacher principalement, voire uniquement, à la situation du délinquant qui saisit le tribunal va également à l’encontre de la jurisprudence de la Cour sur le contrôle constitutionnel d’une peine minimale obligatoire au regard de l’art. 12 de la *Charte*. La Cour a parfois dit de ce contrôle qu’il était effectué en fonction de « situations hypothétiques raisonnables ». La procureure générale de l’Ontario admet que les décisions rendues sur le fondement de l’art. 12 militent en faveur de la prise en compte de la situation d’autres personnes que l’auteur de la contestation, mais elle nous demande de revenir sur ces décisions. Elle affirme que les décisions qui définissent la « situation hypothétique raisonnable » sont [TRADUCTION] « inconciliables entre elles ». L’examen de la jurisprudence lui donne malheureusement tort.

[53] Dans l’arrêt *Smith*, le premier rendu sur ce point, les juges majoritaires de la Cour, par la voix du juge Lamer (plus tard Juge en chef), ont invalidé une peine minimale obligatoire de sept ans d’emprisonnement prévue pour l’importation de stupéfiants au motif que la disposition qui la prévoyait pouvait s’appliquer à un étudiant qui, de retour des États-Unis, était trouvé en possession de son premier joint de marijuana. La Cour a alors reconnu que, à quelques exceptions près, une longue peine carcérale était indiquée pour les personnes qui importaient de la drogue au pays. Elle a cependant statué que, dans la mesure où il était totalement disproportionné qu’une peine carcérale de sept ans s’applique à certaines personnes, la peine prévue contrevenait à l’art. 12 de la *Charte*, qui garantit la protection de chacun contre les peines cruelles et inusitées.

[54] A few years later in *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485, the Court, per Gonthier J. for the majority, confirmed that a s. 12 review of mandatory minimum sentencing laws may look at cases other than that of the offender, and commented on the scope of that review. Laws should not be struck down as unconstitutional on the basis of examples that were unlikely ever to arise. The focus must be on “reasonable hypothetical circumstances, as opposed to far-fetched or marginally imaginable cases”: p. 506 (emphasis in original). The Court upheld a minimum sentence of seven days’ imprisonment for driving while prohibited.

[55] Once again, in *Morrissey*, the majority of the Court, per Gonthier J., stressed that the “reasonableness of the hypothetical cannot be overstated”: para. 30. The Court upheld a four-year mandatory minimum sentence for criminal negligence causing death by using a firearm.

[56] These are the only three cases to directly address the question of what cases, or “hypotheticals”, the court should consider on a s. 12 challenge to a mandatory minimum sentencing provision.<sup>1</sup> In my view, they do not establish that the jurisprudence is “irreconcilable”. A single theme underlies *Goltz* and *Morrissey* — the only two cases to discuss the issue in detail — reasonable foreseeability. When Gonthier J. in *Goltz* speaks of the “reasonable hypothetical” he is speaking of *a situation that may reasonably be expected to arise* — not “marginally

[54] Quelques années plus tard, dans l’arrêt *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485, le juge Gonthier, au nom des juges majoritaires de la Cour, confirmait que, lorsqu’il se fondait sur l’art. 12 de la *Charte*, le contrôle constitutionnel d’une disposition prévoyant une peine minimale obligatoire d’emprisonnement pouvait s’effectuer en fonction d’une autre situation que celle du délinquant en cause, et il se prononçait sur la portée de ce contrôle. Une disposition ne devait pas être déclarée inconstitutionnelle en fonction de situations éventuelles peu susceptibles de se présenter. Il fallait s’attacher à des « circonstances hypothétiques raisonnables, par opposition à des situations invraisemblables ou difficilement imaginables » (p. 506 (souligné dans l’original)). La Cour a confirmé la peine minimale de sept jours d’emprisonnement infligée pour conduite d’un véhicule malgré une interdiction de prendre le volant.

[55] Dans l’arrêt *Morrissey*, la Cour s’est de nouveau prononcée sur ce point, toujours par la voix du juge Gonthier, au nom des juges majoritaires, opinant que « [l]’on ne saurait trop insister sur le caractère raisonnable de l’hypothèse » (par. 30). La Cour a confirmé la peine minimale obligatoire de quatre ans d’emprisonnement pour négligence criminelle causant la mort par suite de l’usage d’une arme à feu.

[56] Ce sont les trois seuls arrêts qui portent directement sur les situations ou les « hypothèses » que le tribunal doit considérer pour statuer sur la constitutionnalité — au regard de l’art. 12 — d’une disposition prévoyant une peine minimale obligatoire<sup>1</sup>. À mon sens, ils ne permettent pas de conclure que les décisions rendues en la matière sont « inconciliables entre elles ». Une notion est commune aux deux seuls arrêts — *Goltz* et *Morrissey* — qui approfondissent le sujet : la prévisibilité raisonnable. Dans *Goltz*, le juge Gonthier renvoie

<sup>1</sup> In a brief oral judgment in *R. v. Brown*, [1994] 3 S.C.R. 749, the Court declined to consider a reasonable hypothetical with an underlying offence different from that in the case before the Court for the offence of using a firearm in the commission of an indictable offence under s. 85 of the *Criminal Code*, given that the Attorney General of Manitoba limited his defence of the constitutionality of the provision to the underlying offence of armed robbery. The Court did not give sustained consideration to the scope of the reasonable hypothetical.

<sup>1</sup> Dans *R. c. Brown*, [1994] 3 R.C.S. 749, un arrêt bref rendu de vive voix, la Cour a refusé de considérer une situation hypothétique raisonnable relative à une autre infraction sous-jacente que celle invoquée devant elle pour l’infraction d’usage d’une arme à feu lors de la perpétration d’une infraction, suivant l’art. 85 du *Code criminel*, puisque le procureur général du Manitoba ne plaidait la constitutionnalité de la disposition que pour l’infraction sous-jacente de vol à main armée. La Cour ne s’est pas attardée à la teneur d’une situation hypothétique raisonnable.

imaginable”, not “far-fetched”, but “reasonable”. The early case of *Smith* is not inconsistent in words or result with the theme developed in *Goltz* and *Morrisey* — in determining whether mandatory minimum sentencing laws violate s. 12, it is appropriate to consider how the law may impact on third parties in reasonably foreseeable situations.

[57] Unfortunately, the word “hypothetical” has overwhelmed the word “reasonable” in the intervening years, leading to debate on how general or particular a hypothetical must be, and to the unfortunate suggestion that if a trial judge fails to assign a particular concatenation of characteristics to her hypothetical, the analysis is vitiated. With respect, this overcomplicates the matter. The question is simply whether it is reasonably foreseeable that the mandatory minimum sentence will impose sentences that are grossly disproportionate to some peoples’ situations, resulting in a violation of s. 12. The terminology of “reasonable hypothetical” may be helpful in this regard, but the focus remains squarely on whether the sentence would be grossly disproportionate in reasonably foreseeable cases. At its core, the process is simply an application of well established principles of legal and constitutional interpretation.

[58] I conclude that the jurisprudence on general *Charter* review and on s. 12 review of mandatory minimum sentencing provisions supports the view that a court may look not only at the offender’s situation, but at other reasonably foreseeable situations where the impugned law may apply. I see no reason to overrule this settled principle.

à des « situations hypothétiques raisonnables » lorsqu’il parle de *situations dont on peut raisonnablement prévoir qu’elles se présenteront*, non à des situations « invraisemblables » ou « difficilement imaginables », mais bien à des situations « raisonnables ». Le premier arrêt rendu sur ce point — *Smith* — n’est pas incompatible en termes de terminologie et de résultat avec la notion dégagée dans les arrêts *Goltz* et *Morrisey*, à savoir que pour décider si une peine minimale obligatoire contrevient ou non à l’art. 12, il convient de tenir compte des répercussions de la disposition en cause sur des tiers dans des situations hypothétiques raisonnables.

[57] Au fil des ans, le mot « hypothétiques » l’a malheureusement emporté sur le mot « raisonnables », d’où le débat quant à savoir à quel point la situation hypothétique avancée doit avoir une portée générale ou particulière. D’où également la proposition malheureuse selon laquelle le juge du procès voit son analyse viciée s’il omet d’attribuer à la situation hypothétique considérée un enchaînement précis de caractéristiques. Soit dit en tout respect, c’est compliquer inutilement les choses. Il faut seulement se demander s’il est raisonnablement prévisible que la disposition prévoyant une peine minimale obligatoire inflige une peine totalement disproportionnée dans le cas de certaines personnes, de sorte qu’elle contreviendrait à l’art. 12. La notion de « situations hypothétiques raisonnables » peut être utile à cet égard, mais la principale question demeure celle de savoir si la peine considérée serait totalement disproportionnée dans des cas raisonnablement prévisibles. La démarche équivaut fondamentalement à appliquer des principes bien établis d’interprétation juridique et constitutionnelle.

[58] J’arrive à la conclusion que la jurisprudence sur le contrôle au regard de la *Charte* en général et sur le contrôle au regard de l’art. 12 d’une disposition prévoyant une peine minimale obligatoire permet au tribunal de se pencher non seulement sur la situation du délinquant, mais aussi sur toute autre situation raisonnablement prévisible à laquelle la disposition pourrait s’appliquer. Je ne vois aucune raison de revenir sur ce principe établi.

[59] I add this. This Court does not and should not lightly overrule its prior decisions, particularly when they have been elaborated consistently over a number of years and when they represent the considered view of firm majorities: see, e.g., *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3, at paras. 56-57; *Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489, at para. 27. Deciding whether to do so requires us to balance correctness against certainty: *Craig*, at para. 27; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at para. 47. We must be especially careful before reversing a precedent where the effect is — as it would be here — to diminish *Charter* protection: *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609, at para. 44.

[60] The Attorney General of Ontario raises a second argument for abandoning the s. 12 jurisprudence — that it is “unworkable” and leads to uncertainty. This contention rests on the debate about reasonable hypotheticals. As just discussed, the term “reasonable hypothetical” simply means that the court must look at reasonably foreseeable applications of the mandatory minimum at issue, and ask whether these would be grossly disproportionate and thus impose cruel and unusual punishment. This is the sort of inquiry judges have consistently conducted in *Charter* review. It is an inquiry into the range or scope of the law — into what Dickson J. in *Big M* referred to as the “nature of the law”.

[61] To be sure, the language of “reasonable hypotheticals” in the context of mandatory minimum sentences and the exaggerated debate that has surrounded the term has led some to fear that the potential for finding a law inconsistent with the *Charter* is limited only by the bounds of a particular judge’s imagination. This fear is misplaced. Determining the reasonable reach of a law is essentially a question of statutory interpretation. At bottom, the court is simply asking: What is the reach of the law? What kind of conduct may the law reasonably be expected to catch? What is the law’s reasonably foreseeable

[59] Ajoutons que la Cour ne revient pas à la légèreté sur ses précédents — et qu’elle ne doit pas le faire —, spécialement lorsqu’ils ont été établis avec cohérence pendant un certain nombre d’années et qu’ils représentent l’opinion réfléchie de formations nettement majoritaires (voir p. ex. *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3, par. 56-57; *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489, par. 27). La décision de revenir sur un précédent exige au préalable la mise en balance de la justesse et de la certitude (*Craig*, par. 27; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, par. 47). Il nous faut faire preuve d’une grande prudence lorsqu’il s’agit de revenir sur un précédent et que le revirement aurait pour effet — comme en l’espèce — d’affaiblir une protection offerte par la *Charte* (*R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609, par. 44).

[60] La procureure générale de l’Ontario prétend en deuxième lieu qu’il convient de rompre avec les précédents relatifs à l’art. 12 parce qu’ils sont [TRANSDUCTION] « inapplicables » et sources d’incertitude. Sa prétention prend appui sur le débat qui entoure la définition des situations hypothétiques raisonnables. Or, je le répète, il faut y voir seulement les applications raisonnablement prévisibles de la peine minimale obligatoire en cause et se demander s’il en résulte l’infliction de peines totalement disproportionnées et, de ce fait, cruelles et inusitées. Telle a été la démarche constante des tribunaux lors d’un contrôle constitutionnel. Elle vise à déterminer la portée de la disposition ou son champ d’application, ce que le juge Dickson appelle la « nature de la loi » dans l’arrêt *Big M*.

[61] Dans le contexte des peines minimales obligatoires d’emprisonnement et du débat aux proportions exagérées qu’a suscité l’expression « situations hypothétiques raisonnables », d’aucuns ont certainement craint que seule l’imagination du juge saisi ne limite la possibilité d’une déclaration d’inconstitutionnalité. Cette crainte n’est pas fondée. Déterminer la portée raisonnable d’une loi relève essentiellement de l’interprétation législative. Au fond, le tribunal se demande seulement ce qui suit. Quelle est la portée de la loi? Quels actes pourraient raisonnablement tomber sous le coup de la loi? Quelle

impact? Courts have always asked these questions in construing the scope of offences and in determining their constitutionality.

[62] The inquiry into cases that the mandatory minimum provision may reasonably be expected to capture must be grounded in judicial experience and common sense. The judge may wish to start with cases that have actually arisen (I will address the usefulness of reported cases later), and make reasonable inferences from those cases to deduce what other cases are reasonably foreseeable. Fanciful or remote situations must be excluded: *Goltz*, at p. 506. To repeat, the exercise must be grounded in experience and common sense. Laws should not be set aside on the basis of mere speculation.

[63] Not only is looking at the law's impact on persons whom it is reasonably foreseeable the law may catch workable — it is essential to effective constitutional review. Refusing to consider reasonably foreseeable impacts of an impugned law would dramatically curtail the reach of the *Charter* and the ability of the courts to discharge their duty to scrutinize the constitutionality of legislation and maintain the integrity of the constitutional order. The protection of individuals' rights demands constitutional review that looks not only to the situation of the offender before the court, but beyond that to the reasonably foreseeable reach of the law. Testing the law against reasonably foreseeable applications will prevent people from suffering cruel and unusual punishment in the interim until the mandatory minimum is found to be unconstitutional in a particular case.

[64] Refusing to consider an impugned law's impact on third parties would also undermine the prospect of bringing certainty to the constitutionality

est l'incidence raisonnablement prévisible de la loi? Telles sont les questions que les tribunaux se posent toujours pour délimiter la portée d'une disposition créant une infraction et se prononcer sur sa constitutionnalité.

[62] L'examen des situations dont on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'elles tombent sous le coup de la disposition prévoyant une peine minimale obligatoire doit s'appuyer sur l'expérience judiciaire et le bon sens. Le tribunal peut d'abord considérer les situations qui se sont présentées (je me penche plus loin sur l'utilité des cas répertoriés) et déterminer au moyen d'inférences raisonnables quelles autres situations sont raisonnablement prévisibles. Les hypothèses fantaisistes ou n'ayant qu'un faible rapport avec l'espèce doivent être écartées (*Goltz*, p. 506). Faut-il le rappeler, l'entreprise doit prendre appui sur l'expérience judiciaire et le bon sens. Une loi ne saurait être rendue inopérante sur la base de pures conjectures.

[63] Non seulement il est possible d'examiner l'effet de la loi sur les personnes auxquelles il est raisonnablement prévisible qu'elle s'applique, mais cela est essentiel au contrôle constitutionnel véritable. Refuser de prendre en compte les répercussions raisonnablement prévisibles de la loi contestée réduirait radicalement la portée de la *Charte* et la faculté qu'ont les tribunaux de s'acquitter de leur obligation de s'assurer de la constitutionnalité des lois et de préserver l'intégrité de l'ordre constitutionnel. La protection des droits individuels commande un contrôle constitutionnel qui s'intéresse non seulement à la situation du délinquant qui saisit le tribunal, mais également à celle de toute personne dont il est raisonnablement prévisible qu'elle tombe sous le coup de la loi en cause. Contrôler la loi au regard d'applications raisonnablement prévisibles permet d'éviter que des justiciables ne soient condamnés à des peines cruelles et inusitées avant que la peine minimale obligatoire ne soit déclarée inconstitutionnelle dans un cas donné.

[64] L'omission de se pencher sur l'effet de la loi contestée sur des tiers compromettrait en outre l'éventualité que la constitutionnalité d'une loi ne



of legislation, condemning constitutional jurisprudence to a wilderness of single instances. Citizens, the police and government are entitled — and indeed obliged — to know what the criminal law is and whether it is constitutional. Looking at whether the mandatory minimum has an unconstitutional impact on others avoids the chilling effect of unconstitutional laws remaining on the statute books.

[65] I conclude that a mandatory minimum sentence may be challenged on the ground that it would impose a grossly disproportionate sentence either on the offender or on other persons in reasonably foreseeable situations. The constant jurisprudence of this Court and effective constitutional review demand no less. In the result, a mandatory minimum sentencing provision may be challenged on the basis that it imposes cruel and unusual punishment (i.e. a grossly disproportionate sentence) on the particular offender before the court, or failing this, on the basis that it is reasonably foreseeable that it will impose cruel and unusual punishment on other persons.

[66] I turn now to some of the ancillary debates surrounding how a court should proceed where mandatory minimum sentencing laws are challenged under s. 12 on the basis of their reasonably foreseeable application to others.

[67] The first debate concerns the degree of “likelihood” required to satisfy the reasonable foreseeability test. The Attorney General of Ontario argues that the s. 12 question is whether it is *likely* that the *general application* of the offence would result in the imposition of a grossly disproportionate sentence amounting to cruel and unusual punishment: A.F. (Nur), at para. 66. She says the Court of Appeal erred by failing to confine itself to common instances of conduct caught by the provision and basing its decision on unlikely scenarios: para. 68-73. These instances create a presumption of constitutionality that can be defeated only by showing

devienne certaine, de sorte qu’il faudrait s’en remettre à d’innombrables instances engagées individuellement pour constituer une jurisprudence sur ce point. Les citoyens, la police et l’État ont le droit — et même l’obligation — de connaître la teneur du droit criminel et de savoir s’il est constitutionnel. Se demander si une peine minimale obligatoire se révèle inconstitutionnelle pour d’autres personnes permet d’éviter que des dispositions inconstitutionnelles ne demeurent malencontreusement en vigueur.

[65] J’estime qu’une peine minimale obligatoire peut être contestée pour le motif qu’elle inflige une peine totalement disproportionnée au délinquant ou à d’autres personnes se trouvant dans des situations raisonnablement prévisibles. La jurisprudence constante de la Cour et le contrôle constitutionnel véritable n’exigent rien de moins. Dès lors, la disposition qui prévoit une telle peine peut être invalidée parce qu’elle inflige une peine cruelle et inusitée (c’est-à-dire, totalement disproportionnée) au délinquant poursuivi ou, sinon, parce qu’il est raisonnablement prévisible qu’elle inflige à d’autres personnes une peine cruelle et inusitée.

[66] Passons maintenant aux débats connexes que suscite la question de savoir quelle doit être la démarche du tribunal appelé à statuer sur la constitutionnalité d’une disposition prévoyant une peine minimale obligatoire, au regard de l’art. 12 et en fonction de son application raisonnablement prévisible à des tiers.

[67] Le premier sujet de débat touche le degré de « vraisemblance » requis pour satisfaire au critère de la prévisibilité raisonnable. La procureure générale de l’Ontario soutient que, pour l’application de l’art. 12, il faut se demander s’il est *vraisemblable* que l’*application générale* de la disposition emporte l’infliction d’une peine totalement disproportionnée équivalant à une peine cruelle et inusitée (m.a. (Nur), par. 66). À son avis, la Cour d’appel a eu tort de ne pas s’en tenir aux situations courantes auxquelles s’applique la disposition et de se prononcer en fonction de scénarios invraisemblables (par. 68-73). Ces situations courantes établissent selon elle

that the offender before the court would suffer cruel and unusual punishment: para. 68.

[68] The reasonable foreseeability test is not confined to situations that are likely to arise in the general day-to-day application of the law. Rather, it asks what situations may reasonably arise. It targets circumstances that are foreseeably captured by the minimum conduct caught by the offence. Only situations that are “remote” or “far-fetched” are excluded: *Goltz*, at p. 515. Contrary to what the Attorney General of Ontario suggests there is a difference between what is foreseeable although “unlikely to arise” and what is “remote [and] far-fetched”: A.F. (Nur), at para. 66. Moreover, adoption of the likelihood standard would constitute a new and radically narrower approach to constitutional review of legislation than that consistently adhered to since *Big M*. The Court has never asked itself whether a projected application of an impugned law is common or “likely” in deciding whether a law violates a provision of the *Charter*. To set the threshold for constitutional review at common or likely instances would be to allow bad laws to stay on the books.

[69] The Attorney General of Ontario urges that the approach she proposes is necessary to prevent uncertainty in the law. A presumption of constitutionality arising from the appropriateness of the mandatory minimum (having regard to the purpose and gravity of the offence) in common or likely cases, she asserts, will set a constant standard that can only exceptionally be rebutted by a finding that the mandatory minimum is grossly disproportionate as applied to a particular offender. This, she argues, will provide certainty.

une présomption de constitutionnalité qui ne peut-être réfutée que par la preuve que le délinquant en cause se verrait infliger une peine cruelle et inusitée (par. 68).

[68] Le critère de la prévisibilité raisonnable ne s’applique pas uniquement aux situations qui se présenteront vraisemblablement dans le cadre de l’application générale et habituelle de la loi. Il requiert plutôt qu’on se demande quelles situations sont raisonnablement susceptibles de se présenter. Il vise les cas dont il est prévisible qu’ils tombent sous le coup des conditions minimales de perpétration de l’infraction. Seules sont écartées les situations « invraisemblables » ou « n’ayant qu’un faible rapport avec l’espèce » (*Goltz*, p. 515). Contrairement à ce que laisse entendre la procureure générale de l’Ontario, il faut distinguer ce qui est prévisible bien que [TRADUCTION] « peu susceptible de se présenter » de ce qui est « invraisemblable [et] n’a qu’un faible rapport avec l’espèce » (m.a. (Nur), par. 66). De plus, l’application d’un critère de vraisemblance donnerait lieu à une approche nouvelle dont la portée serait radicalement réduite par rapport à celle constamment retenue depuis l’arrêt *Big M* pour le contrôle constitutionnel d’un texte législatif. Pour décider si une loi contrevient à une disposition de la *Charte*, la Cour ne s’est jamais demandé si l’application projetée de la loi contestée était courante ou « vraisemblable ». Si on ne tenait compte que des situations courantes ou vraisemblables pour statuer sur la constitutionnalité, on permettrait à des lois invalides de demeurer en vigueur.

[69] La procureure générale de l’Ontario fait valoir que l’approche qu’elle préconise s’impose pour prévenir l’incertitude du droit. Une présomption de constitutionnalité découlant du caractère approprié de la peine minimale obligatoire (eu égard à la raison d’être de la disposition et à la gravité des actes réprimés) dans des situations courantes ou vraisemblables établira selon elle une norme constante qui ne pourra être écartée qu’à titre exceptionnel par la conclusion selon laquelle, dans le cas d’un délinquant en particulier, la peine minimale obligatoire est totalement disproportionnée. Il s’agit à son sens d’une approche qui est de nature à assurer la certitude.

[70] I am not persuaded by this argument. In essence, it would make the sentencing range for common occurrences of the offence the constitutional norm. This is problematic for two reasons. Appropriate sentencing ranges are themselves subject to debate and, more importantly, any gain in clarity would come at the price of appropriate constitutional review and unconstitutional applications of the law. The question is, certainty for whom? The Attorney General of Ontario's test provides a degree of certainty for offenders in situations that commonly occur. But it provides no certainty for offenders outside that category. They — and their prosecutors and judges — are left to wonder whether the mandatory minimum will be unconstitutional in their situation. Finally, as discussed below, the reasonably foreseeable test, applied in accordance with the principle of *stare decisis*, will provide sufficient certainty in the law.

[71] This brings us to the second ancillary question — the effect of a ruling that a particular mandatory minimum provision does not violate s. 12. Two questions arise. First, can a particular offender argue in a future case that the provision violates s. 12 because it imposes cruel and unusual punishment on him or her? The answer, all agree, must be yes. If the offender can establish new circumstances or evidence, including mitigating factors specific to the offender, it is open to a court to reconsider the constitutionality of the law. Second, can the offender in a future case argue that the provision as applied to others violates s. 12? The answer to this question is that it depends. Once a law is held not to violate s. 12, *stare decisis* prevents an offender in a later case from simply rearguing what constitutes a reasonably foreseeable range of the law. But *stare decisis* does not prevent a court from looking at different circumstances and new evidence that was not considered in the preceding case. A court's conclusion based on its review of the provision's reasonably foreseeable applications does not foreclose consideration in future of different reasonable applications: *Morrissey*, at para. 89, per Arbour J. That said, the threshold for revisiting the constitutionality of a mandatory minimum is high and requires

[70] Cette thèse ne me convainc pas. Elle revient essentiellement à faire de la fourchette des peines prévues pour les modes courants de perpétration de l'infraction la norme constitutionnelle applicable, ce qui est problématique pour deux raisons. D'abord, les fourchettes des peines appropriées font elles-mêmes débat et, surtout, un gain de clarté serait obtenu au détriment d'un contrôle constitutionnel approprié et se traduirait par des applications inconstitutionnelles de la loi. La question est de savoir à qui doit bénéficier la clarté. Le critère préconisé par la procureure générale de l'Ontario établit un degré de certitude pour le délinquant dont la situation se présente couramment. Les autres délinquants n'ont pas droit à la certitude, si bien que, tout comme leurs poursuivants et leurs juges, ils en sont réduits à se demander si la peine minimale obligatoire sera inconstitutionnelle dans leurs cas. Enfin, le critère de la prévisibilité raisonnable, appliqué en conformité avec le principe du *stare decisis*, assurera suffisamment la certitude du droit. J'y reviendrai.

[71] Passons maintenant au deuxième sujet de débat, à savoir l'effet d'une décision selon laquelle une disposition donnée prévoyant une peine minimale obligatoire ne contrevient pas à l'art. 12. Il appelle deux questions. D'abord, un délinquant peut-il ultérieurement soutenir que la disposition viole l'art. 12 en ce qu'elle lui inflige une peine cruelle et inusitée? Tous conviennent que la réponse doit être affirmative. Lorsque le délinquant peut démontrer l'existence d'une situation nouvelle ou d'un élément de preuve nouveau, y compris des circonstances atténuantes qui lui sont propres, la constitutionnalité de la loi peut être réexaminée. Ensuite, le délinquant peut-il ultérieurement soutenir que, dans son application à d'autres personnes, la disposition viole l'art. 12? La réponse est alors moins claire. Dès qu'il est établi que la disposition ne porte pas atteinte à la protection prévue à l'art. 12, le principe du *stare decisis* empêche le délinquant, dans une instance ultérieure, de simplement avancer à nouveau ce qui constitue selon lui un champ d'application de la loi raisonnablement prévisible. Le *stare decisis* n'empêche cependant pas le tribunal de considérer une situation nouvelle ou un élément de preuve nouveau qui ne l'a pas été dans l'instance précédente. La conclusion fondée sur son appréciation des applications raisonnablement

a significant change in the reasonably foreseeable applications of the law. In a nutshell, the normal rules of *stare decisis* answer the concern raised by the Attorney General of Ontario that “each subsequent trial court [will be asked] to duplicate the analysis”: A.F. (Nur), at para. 39.

[72] A third ancillary question is whether reported cases should be considered in determining whether it is reasonably foreseeable that a mandatory minimum sentencing provision will result in cruel and unusual punishment, contrary to the s. 12 guarantee. The majority in *Morrissey* said reported cases should be excluded if the court considers them “marginal”, and the minority, without qualification, said they may be considered. In my view, they can. Reported cases illustrate the range of real-life conduct captured by the offence. I see no principled reason to exclude them on the basis that they represent an uncommon application of the offence, provided that the relevant facts are sufficiently reported. Not only is the situation in a reported case reasonably foreseeable, it has happened. Reported cases allow us to know what conduct the offence captures in real life. However, they do not prevent the judge from having regard to other scenarios that are reasonably foreseeable: see *Morrissey*, at para. 33.

[73] A fourth ancillary question concerns the personal characteristics of hypothetical offenders that should be considered. Some have suggested that the consideration must be generalized to the point where all personal characteristics are excluded, while others assert that any and all characteristics should be included. This debate is largely the result

prévisibles de la disposition en cause n’empêche pas le tribunal de se pencher ultérieurement sur d’autres applications raisonnables (*Morrissey*, par. 89, la juge Arbour). Cela dit, les conditions auxquelles il peut y avoir réexamen de la constitutionnalité d’une peine minimale obligatoire sont strictes, et il doit s’être produit une modification substantielle des applications raisonnablement prévisibles de la disposition en cause. En somme, les règles habituelles du *stare decisis* permettent d’apaiser la crainte de la procureure générale de l’Ontario que, [TRADUCTION] « dans chacun des procès subséquents, le juge [soit appelé] à reprendre la même analyse » (m.a. (Nur), par. 39).

[72] Le troisième sujet de débat correspond aux cas répertoriés : doivent-ils être pris en considération pour déterminer s’il est raisonnablement prévisible que l’application d’une disposition prévoyant une peine minimale obligatoire emporte l’infliction d’une peine cruelle et inusitée contrairement à l’art. 12? Dans l’arrêt *Morrissey*, les juges majoritaires opinent que ces cas doivent être écartés lorsque, selon le tribunal, il s’agit de cas « limites »; les juges minoritaires affirment d’emblée qu’ils peuvent être pris en compte. J’estime qu’ils le peuvent. Les cas répertoriés montrent toute l’étendue des actes susceptibles de tomber concrètement sous le coup de la disposition. Je ne vois aucun motif rationnel de les écarter parce qu’ils correspondent à des applications peu fréquentes de la disposition créant l’infraction, à condition que les faits en cause soient suffisamment exposés. Non seulement les situations en cause sont raisonnablement prévisibles, mais elles se sont présentées. Les décisions rendues à leur sujet permettent de savoir comment la disposition s’applique dans la vraie vie. Elles n’empêchent toutefois pas le tribunal d’envisager d’autres scénarios qui sont raisonnablement prévisibles (voir *Morrissey*, par. 33).

[73] Le quatrième sujet de débat concerne les caractéristiques personnelles des délinquants hypothétiques qu’il faudrait considérer. D’aucuns ont laissé entendre qu’il fallait généraliser l’analyse au point d’exclure toute caractéristique personnelle, alors que d’autres ont préconisé la prise en considération de toutes les caractéristiques. Le débat est

of the reification of the notion of the reasonable hypothetical discussed earlier. It is answered by recognizing two aspects of the reasonably foreseeable application test.

[74] First, what is reasonably foreseeable necessarily requires consideration of the sort of situations that may reasonably be expected to be caught by the mandatory minimum, based on experience and common sense. This means that personal characteristics cannot be entirely excluded. For example, as we will see in applying the test to this case, it may be relevant to look at the fact that an offender at the licensing end of the spectrum caught by the mandatory minimum might come into innocent possession of the prohibited or restricted firearm, or be mistaken as to the scope of the prohibition.

[75] Second, cutting the other way, is the admonition of *Goltz* that far-fetched or remotely imaginable examples should be excluded from consideration. This excludes using personal features to construct the most innocent and sympathetic case imaginable — on that basis almost any mandatory minimum could be argued to violate s. 12 and lawyerly ingenuity would be the only limit to findings of unconstitutionality. To repeat, the inquiry must be grounded in common sense and experience.

[76] Thus, the inquiry into reasonably foreseeable situations the law may capture may take into account personal characteristics relevant to people who may be caught by the mandatory minimum, but must avoid characteristics that would produce remote or far-fetched examples.

[77] In summary, when a mandatory minimum sentencing provision is challenged, two questions arise. The first is whether the provision results in a grossly disproportionate sentence on the individual before the court. If the answer is no, the second

en grande partie attribuable à la réification de la notion de situation hypothétique raisonnable examinée précédemment. Reconnaître deux volets au critère d'application de la prévisibilité raisonnable permet de rallier les uns et les autres.

[74] Premièrement, il faut nécessairement tenir compte, à partir de l'expérience et du bon sens, du genre de situation qui est raisonnablement susceptible de tomber sous le coup de la peine minimale obligatoire. Dès lors, les caractéristiques personnelles ne peuvent être totalement écartées. Nous verrons par exemple que, en appliquant le critère à la présente espèce, il peut être pertinent de tenir compte du fait que le délinquant qui a commis une infraction réglementaire et qui tombe sous le coup de la peine minimale obligatoire a pu se trouver en possession de l'arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte sans dessein criminel ou se méprendre sur la portée de l'interdiction.

[75] Deuxièmement, dans l'arrêt *Goltz*, la Cour met cependant les tribunaux en garde contre la prise en compte d'exemples invraisemblables ou difficilement imaginables. Ainsi, les caractéristiques personnelles ne sauraient servir à constituer un dossier qui, par sa bénignité, inspirerait la plus grande sympathie possible (sur ce fondement, on pourrait en effet prétendre de presque toute peine minimale obligatoire qu'elle contrevient à l'art. 12, et la constitutionnalité d'une disposition ne tiendrait qu'aux aptitudes du plaideur). Je le répète, l'examen doit avoir pour assises le bon sens et l'expérience.

[76] En somme, l'examen des situations dont il est raisonnablement prévisible qu'elles tombent sous le coup de la loi peut tenir compte des caractéristiques personnelles des personnes auxquelles pourrait s'appliquer la peine minimale obligatoire, mais il doit écarter celles qui seraient propres à des situations invraisemblables ou n'ayant qu'un faible rapport avec l'espèce.

[77] En résumé, lorsqu'une disposition prévoyant une peine minimale obligatoire est contestée, deux questions se posent. Premièrement, la disposition a-t-elle pour effet d'infliger une peine totalement disproportionnée à l'accusé? Si la réponse est négative,



question is whether the provision's reasonably foreseeable applications will impose grossly disproportionate sentences on others. This is consistent with the settled jurisprudence on constitutional review and rules of constitutional interpretation, which seek to determine the potential reach of a law; is workable; and provides sufficient certainty.

(3) Application to Nur

[78] Nur does not argue that the mandatory minimum in s. 95(2)(a)(i) results in a grossly disproportionate sentence in his case. Rather, he argues it violates s. 12 in its reasonably foreseeable application to some other offenders. The question is whether the three-year minimum sentence imposed by s. 95(2)(a)(i) will result in grossly disproportionate sentences in reasonably foreseeable cases.

[79] I would answer this question in the affirmative. The Court of Appeal, using the language of “reasonable hypotheticals”, described a situation at the licensing end of the spectrum of conduct caught by s. 95(1) for which a three-year sentence would be grossly disproportionate — where a person who has a valid licence for an unloaded restricted firearm at one residence, safely stores it with ammunition in another residence, e.g. at her cottage rather than her dwelling house.

[80] The Attorney General of Ontario objects that this is a speculative scenario. On the contrary, occurrences such as this are reasonably foreseeable. In *R. v. MacDonald*, 2014 SCC 3, [2014] 1 S.C.R. 37, this Court was concerned with a charge against a gun owner who, unaware that his licence was confined to his Calgary residence, had it in his possession at his Halifax residence. The Court (contrary to what the Ontario Court of Appeal assumed

il faut se demander en deuxième lieu si les applications raisonnablement prévisibles de la disposition infligeront à d'autres personnes des peines totalement disproportionnées. La démarche s'harmonise avec la jurisprudence établie sur le contrôle constitutionnel, ainsi qu'avec les règles d'interprétation constitutionnelle, dont l'objet est de circonscrire la portée éventuelle d'une disposition; elle est applicable et elle assure une certitude suffisante.

(3) Application au dossier Nur

[78] M. Nur ne soutient pas que la peine minimale obligatoire prévue au sous-al. 95(2)a)(i) se traduit par une peine totalement disproportionnée en ce qui le concerne, mais bien que la disposition viole l'art. 12 dans son application raisonnablement prévisible à certains autres délinquants. La question qui se pose est celle de savoir si la peine minimale de trois ans d'emprisonnement que prévoit le sous-al. 95(2)a)(i) emportera l'infliction de peines totalement disproportionnées dans des situations raisonnablement prévisibles.

[79] Je réponds par l'affirmative. La Cour d'appel renvoie à une [TRADUCTION] « situation hypothétique raisonnable » où l'acte réprimé s'entend d'une infraction réglementaire tombant sous le coup du par. 95(1), une infraction pour laquelle une peine carcérale de trois ans serait totalement disproportionnée. La situation considérée est celle d'une personne qui détient un permis valide pour la possession d'une arme à feu à autorisation restreinte non chargée dans un lieu de résidence et qui l'entrepone de façon sécuritaire avec des munitions dans un autre (p. ex. à son chalet plutôt qu'à sa résidence principale).

[80] La procureure générale de l'Ontario reproche au scénario son caractère conjectural. Or, une telle situation est au contraire raisonnablement prévisible. Dans l'arrêt *R. c. MacDonald*, 2014 CSC 3, [2014] 1 R.C.S. 37, la Cour devait se prononcer sur une accusation portée contre le propriétaire d'un pistolet qui ignorait que son permis ne valait que pour sa résidence de Calgary et qui avait eu l'arme en sa possession à sa résidence d'Halifax.

in its example) took a broad view of the offence, holding that the Crown is not required to prove that the accused knew that possession in the place in question was unauthorized (para. 55), and upheld Mr. MacDonald's conviction. The Court commented that, "in ordinary circumstances, his mistake of law would be a mitigating factor to be considered in fashioning a sentence that is proportionate to his crime": para. 61.

[81] The Attorney General of Ontario argues that the scenarios posited by the Court of Appeal are uncommon, and that few s. 95 cases do not warrant at least a three-year sentence: A.F. (Nur), at para. 72. But as discussed above, the test is not whether prosecutions at the lower end of the spectrum are common. Rather, the question is whether the provision would reasonably be expected to capture the conduct. The answer to this question is yes.

[82] Section 95(1) casts its net over a wide range of potential conduct. Most cases within the range may well merit a sentence of three years or more, but conduct at the far end of the range may not. At one end of the range, as Doherty J.A. observed, "stands the outlaw who carries a loaded prohibited or restricted firearm in public places as a tool of his or her criminal trade. . . . [T]his person is engaged in truly criminal conduct and poses a real and immediate danger to the public": para. 51. At this end of the range — indeed for the vast majority of offences — a three-year sentence may be appropriate. A little further along the spectrum stands the person whose conduct is less serious and poses less danger; for these offenders three years' imprisonment may be disproportionate, but not grossly so. At the far end of the range, stands the licensed and responsible gun owner who stores his unloaded firearm safely with ammunition nearby, but makes a mistake as to where it can be stored. For this offender, a three-year sentence is grossly disproportionate to the sentence the conduct would otherwise

Contrairement à ce que la Cour d'appel de l'Ontario avait tenu pour acquis dans son exemple, la Cour a interprété largement l'infraction, elle a estimé que le ministère public n'avait pas à prouver que l'accusé savait que la possession de l'arme dans le lieu en question n'était pas autorisée (par. 55) et elle a confirmé la déclaration de culpabilité de M. MacDonald. La Cour a ajouté que « son erreur de droit [celle de l'accusé] constituerait, dans des circonstances ordinaires, un facteur atténuant au moment de déterminer une peine proportionnelle à la gravité de son crime » (par. 61).

[81] Selon la procureure générale de l'Ontario, les scénarios avancés par la Cour d'appel se présentent rarement, et peu fréquentes sont les accusations fondées sur l'art. 95 qui ne justifient pas une peine d'au moins trois ans (m.a. (Nur), par. 72). Or, je le rappelle, la question n'est pas celle de savoir si les poursuites pour une infraction située à l'extrémité inférieure du continuum d'application sont fréquentes, mais bien si on peut raisonnablement s'attendre à ce que le comportement tombe sous le coup de la disposition. Je réponds par l'affirmative.

[82] Le paragraphe 95(1) s'applique à une vaste gamme de comportements potentiels, dont la plupart peuvent fort bien justifier l'infliction d'une peine d'au moins trois ans, mais ce n'est peut-être pas le cas de comportements qui se situent à l'une des extrémités du continuum d'application. Ainsi que le fait observer le juge Doherty, on retrouve à l'une de ces extrémités [TRADUCTION] « le hors-la-loi qui, dans le cadre de ses activités criminelles, se rend dans un lieu public muni d'une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte chargée. [. . .] [S]on comportement est véritablement criminel et expose le public à un danger réel et immédiat » (par. 51). À cette extrémité — et pour la plupart des infractions d'ailleurs —, une peine carcérale de trois ans peut être indiquée. Un peu plus loin dans le continuum, on retrouve la personne dont les actes sont moins graves et qui expose ses concitoyens à un danger moins grand; pour elle, une peine carcérale de trois ans peut être disproportionnée sans l'être totalement. À l'autre extrémité du continuum, il y a le propriétaire responsable d'une arme, titulaire

merit under the sentencing provisions of the *Criminal Code*.

[83] Given the minimal blameworthiness of the offender in this situation and the absence of any harm or real risk of harm flowing from the conduct (i.e. having the gun in one residence as opposed to another), a three-year sentence would be grossly disproportionate. Similar examples can be envisaged. A person inherits a firearm and before she can apprise herself of the licence requirements commits an offence. A spouse finds herself in possession of her husband's firearm and breaches the regulation. We need not focus on a particular hypothetical. The bottom line is that s. 95(1) foreseeably catches licensing offences which involve little or no moral fault and little or no danger to the public. For these offences three years' imprisonment is grossly disproportionate to a fit and fair sentence. Firearms are inherently dangerous and the state is entitled to use sanctions to signal its disapproval of careless practices and to discourage gun owners from making mistakes, to be sure. But a three-year term of imprisonment for a person who has essentially committed a licensing infraction is totally out of sync with the norms of criminal sentencing set out in the s. 718 of the *Criminal Code* and legitimate expectations in a free and democratic society. As the Court of Appeal concluded, there exists a "cavernous disconnect" between the severity of the licensing-type offence and the mandatory minimum three-year term of imprisonment: para. 176. Consequently, I conclude that s. 95(2)(a)(i) breaches s. 12 of the *Charter*.

[84] It may be noted that the offence in s. 95(1) captures less serious conduct than other gun-related crimes that attract mandatory minimum terms of

d'un permis, qui entrepose son arme à feu non chargée de façon sécuritaire avec des munitions à proximité, mais qui se méprend sur le lieu d'entreposage autorisé. Pour ce délinquant, une peine carcérale de trois ans est totalement disproportionnée à la peine qui serait infligée conformément aux dispositions du *Code criminel* sur la détermination de la peine.

[83] Vu la faible culpabilité morale du délinquant dans cette situation et l'absence de préjudice ou de risque réel qu'un préjudice découle du comportement (l'entreposage de l'arme à feu dans un lieu de résidence plutôt qu'un autre), une peine carcérale de trois ans serait totalement disproportionnée. D'autres cas semblables peuvent être envisagés. Une personne peut hériter d'une arme à feu et commettre une infraction avant qu'elle ne prenne connaissance des exigences en matière de permis. Une épouse peut se trouver en possession de l'arme à feu de son époux et enfreindre le règlement. Il n'est pas nécessaire de s'en tenir à une hypothèse en particulier. Essentiellement, on peut prévoir que le par. 95(1) s'applique à des infractions réglementaires qui comportent une culpabilité morale minime, voire nulle, et qui n'exposent le public à aucun danger ou presque. Dans le cas de ces infractions, une peine carcérale de trois ans est totalement disproportionnée à une peine juste et appropriée. Certes, les armes à feu sont foncièrement dangereuses, et l'État peut recourir à des sanctions pour signaler sa désapprobation des pratiques négligentes et décourager la méprise chez les propriétaires d'armes à feu. Or, infliger une peine de trois ans d'emprisonnement à une personne qui a essentiellement commis une infraction réglementaire déroge totalement aux normes de détermination de la peine énoncées à l'art. 718 du *Code criminel* et aux attentes légitimes des citoyens dans une société libre et démocratique. Comme le conclut la Cour d'appel, il y a [TRADUCTION] « discordance totale » entre la gravité de l'infraction de type réglementaire et la peine minimale obligatoire de trois ans d'emprisonnement (par. 176). Par conséquent, je conclus que le sous-al. 95(2)a)(i) contrevient à l'art. 12 de la *Charte*.

[84] Signalons que l'infraction créée au par. 95(1) réprime des actes moins graves par rapport à d'autres crimes liés aux armes à feu qui appellent

imprisonment. For example, in *Morrisey*, the Court upheld a four-year mandatory minimum term of imprisonment for the offence of criminal negligence causing death with a firearm. Unlike the offence of criminal negligence causing death with a firearm, s. 95(1) does not require proof of harm — it is a simple possession offence.

[85] The Attorneys General of Canada and Ontario argue that the Court of Appeal erred by not taking into account the Crown's ability to elect to proceed summarily and thereby avoid the mandatory minimum sentence in the indictable offence. They argue that the hybrid nature of the offence should be taken into account as a factor when assessing the likelihood that a general application of the offence would result in a grossly disproportionate sentence being imposed. Put differently, they contend that the Crown's election to proceed summarily and thereby avoid a mandatory minimum prevents s. 95 from being grossly disproportionate when the conduct is at the less serious end of the spectrum.

[86] I cannot agree. To accept this argument would result in replacing a public hearing on the constitutionality of s. 95 before an independent and impartial court with the discretionary decision of a Crown prosecutor, who is in an adversarial role to the accused.

[87] Sentencing is inherently a judicial function. It is the courts that are directed by Parliament to impose a mandatory minimum term of imprisonment, and it is the duty of the courts to scrutinize the constitutionality of the provision. The Crown's submission is in effect an invitation to delegate the courts' constitutional obligation to the prosecutors employed by the state, leaving the threat of a grossly disproportionate sentence hanging over an accused's head.

l'imposition d'une peine minimale obligatoire. Par exemple, dans l'arrêt *Morrisey*, la Cour a confirmé une peine minimale obligatoire de quatre ans d'emprisonnement pour l'infraction de négligence criminelle causant la mort par suite de l'usage d'une arme à feu. Contrairement à la disposition qui crée cette infraction, le par. 95(1) n'exige pas la preuve d'un préjudice, car l'infraction créée s'entend de la seule possession.

[85] Les procureurs généraux du Canada et de l'Ontario soutiennent que la Cour d'appel a tort de ne pas tenir compte de la faculté du ministère public d'opter pour la procédure sommaire et d'écarter ainsi la peine minimale obligatoire applicable sur mise en accusation. Ils font valoir que la nature mixte de l'infraction constitue un élément à considérer pour apprécier le risque que l'application générale de la disposition donne lieu à l'infliction d'une peine totalement disproportionnée. En d'autres termes, ils prétendent que le fait que le ministère public opte pour la procédure sommaire et écarte du coup la peine minimale obligatoire empêche que soit infligée, en application de l'art. 95, une peine totalement disproportionnée lorsque le comportement se situe à l'extrémité du continuum qui correspond aux infractions les moins graves.

[86] Je ne peux être d'accord. Faire droit à cette thèse revient à substituer à la tenue par un tribunal indépendant et impartial d'une audience publique sur la constitutionnalité de l'art. 95 la décision discrétionnaire d'un poursuivant dont les intérêts sont opposés à ceux de l'accusé.

[87] La détermination de la peine relève foncièrement du pouvoir judiciaire. C'est aux tribunaux que le législateur dicte l'imposition d'une peine minimale obligatoire d'emprisonnement, et c'est à eux qu'il incombe d'examiner attentivement la constitutionnalité de la disposition. La prétention du ministère public invite en fait à déléguer l'obligation constitutionnelle des tribunaux aux poursuivants — des salariés de l'État —, ce qui ne soustrait pas l'accusé au risque de se voir infliger une peine totalement disproportionnée.

[88] Lamer J., for the majority of the Court, firmly rejected this argument in *Smith*, at p. 1078:

In my view the section cannot be salvaged by relying on the discretion of the prosecution not to apply the law in those cases where, in the opinion of the prosecution, its application would be a violation of the *Charter*. To do so would be to disregard totally s. 52 of the *Constitution Act, 1982* which provides that any law which is inconsistent with the Constitution is of no force or effect to the extent of the inconsistency and the courts are duty bound to make that pronouncement, not to delegate the avoidance of a violation to the prosecution or to anyone else for that matter. [Emphasis added.]

[89] This Court recently considered the distinction between the prosecution's function in exercising its discretion to proceed summarily or by way of indictment and the courts' sentencing function in *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167. The Court emphasized that sentencing is a judicial function, and opined that the fact a mandatory regime may require a judge to impose a disproportionate sentence does not alter the prosecutorial function in electing the mode of trial. As Moldaver J. explained for a unanimous Court:

Mr. Anderson's argument in effect equates the duty of the judge and the prosecutor, but there is no basis in law to support equating their distinct roles in the sentencing process. It is the judge's responsibility to impose sentence; likewise, it is the judge's responsibility, within the applicable legal parameters, to craft a proportionate sentence. If a mandatory minimum regime requires a judge to impose a disproportionate sentence, the regime should be challenged. [Underlining added; para. 25.]

[90] This is not to say that the Crown election to proceed summarily is in itself problematic. It is entirely appropriate that the Crown should exercise its discretion in order to screen out some offences at the lower end of the spectrum captured by s. 95(1). Hybrid offences allow the Crown to take into account the variation that exists between cases. They recognize that the same offence can be committed in more and less serious ways, and allows

[88] Dans l'arrêt *Smith*, le juge Lamer, au nom des juges majoritaires de la Cour, rejette fermement la thèse avancée :

À mon avis, l'article ne peut pas être sauvegardé en invoquant ce pouvoir discrétionnaire qu'a le ministère public de ne pas appliquer la loi dans les cas où il estime que son application entraînerait une violation de la *Charte*. Ce serait là ignorer totalement l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui porte que la Constitution rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit et les tribunaux ont le devoir de déclarer qu'il en est ainsi; ils ne peuvent laisser ni au ministère public ni à personne d'autre le soin d'éviter une violation. [Je souligne; p. 1078.]

[89] Récemment, dans l'arrêt *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167, la Cour examinait la distinction entre la fonction du poursuivant qui exerce son pouvoir discrétionnaire d'opter pour la procédure sommaire ou la mise en accusation et la fonction du tribunal qui consiste à déterminer la peine. Elle a souligné que la détermination de la peine relève du judiciaire et affirmé que l'obligation faite au tribunal par un régime de peine minimale obligatoire d'infliger une peine disproportionnée ne modifie pas la fonction du poursuivant lorsqu'il s'agit de choisir le mode de poursuite. Voici les explications du juge Moldaver, au nom des juges unanimes de la Cour :

L'argument de M. Anderson assimile le devoir du juge à celui du poursuivant, mais aucun principe de droit ne permet d'assimiler leurs rôles distincts dans le processus de détermination de la peine. Il appartient au juge d'infliger la peine; il lui appartient également d'établir une peine proportionnée, sans s'écarter des paramètres juridiques applicables. Si un régime de peine minimale obligatoire oblige un juge à infliger une peine disproportionnée, il y aurait lieu de contester le régime. [Je souligne; par. 25.]

[90] Pour autant, la décision du poursuivant d'opter pour la procédure sommaire n'est pas problématique en soi. Il est tout à fait indiqué d'exercer le pouvoir discrétionnaire qui permet de ne pas poursuivre les auteurs de certaines infractions qui se situent à l'extrémité inférieure du continuum d'application du par. 95(1). Dans le cas d'une infraction mixte, le poursuivant peut tenir compte de ce qui distingue une affaire d'une autre. C'est reconnaître



the Crown to take the specific circumstances of each case into account. As the trial judge noted in *Nur*, the “state interest, in enacting a hybrid offence, is to provide flexibility so that Crown prosecutors can adapt available procedures and sentences to the needs of a particular case”: para. 126.

[91] The argument of the Attorneys General of Canada and Ontario, however, goes further. They seek to insulate otherwise unconstitutional laws through the exercise of prosecutorial discretion as to when and to whom the laws apply. But unconstitutional laws are null and void under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. The Attorneys General’s argument is essentially the converse of a constitutional exemption. As I observed on behalf of a unanimous Court in *Ferguson*, “[t]he divergence between the law on the books and the law as applied — and the uncertainty and unpredictability that result — exacts a price paid in the coin of injustice”: para. 72. It deprives citizens of the right to know what the law is in advance and to govern their conduct accordingly, and it encourages the uneven and unequal application of the law. To paraphrase *Ferguson*, bad law, fixed up on a case-by-case basis by prosecutors, does not accord with the role and responsibility of Parliament to enact constitutional laws for the people of Canada: paras. 72-73.

[92] Since writing these reasons, I have had the opportunity to read the reasons of my colleague, Justice Moldaver, who concludes that s. 95(2) does not violate s. 12 of the *Charter* essentially on the ground that the prosecution may elect to proceed by summary conviction where the conduct at issue is such that imposing the mandatory minimum sentence would be grossly disproportionate. I do not agree that *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134, supports the rule that a mandatory minimum law that imposes grossly disproportionate sentences in foreseeable cases may be saved from

qu’une même infraction peut être commise d’une manière plus ou moins grave et permettre au poursuivant de tenir compte des circonstances propres à chacune des affaires. Comme le signale le juge du procès dans le dossier *Nur*, [TRADUCTION] « en créant une infraction mixte, l’État veut donner de la souplesse aux avocats du ministère public afin qu’ils adaptent les procédures et les peines prévues aux besoins d’une affaire donnée » (par. 126).

[91] La thèse des procureurs généraux du Canada et de l’Ontario va toutefois plus loin. Afin de protéger des dispositions qui sont par ailleurs inconstitutionnelles, ils invoquent le pouvoir discrétionnaire qui permet au poursuivant de choisir dans quelles circonstances et à quelles personnes les appliquer. Or, l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* dispose qu’une loi inconstitutionnelle est inopérante. Les procureurs généraux préconisent essentiellement l’inverse d’une exemption constitutionnelle. Comme je le fais observer au nom des juges unanimes de la Cour dans l’arrêt *Ferguson*, « [l]a divergence entre la disposition figurant dans le corpus législatif et la règle de droit appliquée — ainsi que l’incertitude et l’imprévisibilité qui en découlent — a pour conséquence de créer l’injustice » (par. 72). Elle prive les citoyens du droit de savoir d’avance ce que prévoit la loi et de la possibilité de se comporter en conséquence et elle invite à l’application inégale de la loi. Pour paraphraser l’arrêt *Ferguson*, l’existence d’une loi invalide dont le poursuivant corrige ponctuellement les défauts n’est pas compatible avec le rôle et la responsabilité du législateur d’édicter des règles législatives constitutionnelles pour le peuple canadien (par. 72-73).

[92] Depuis la rédaction initiale des présents motifs, j’ai eu l’occasion de prendre connaissance de l’opinion de mon collègue le juge Moldaver. Il conclut que le par. 95(2) ne contrevient pas à l’art. 12 de la *Charte* parce que, essentiellement, le poursuivant peut opter pour la procédure sommaire lorsque la nature du comportement reproché fait en sorte que l’infliction de la peine minimale obligatoire serait totalement disproportionnée. Je disconviens que l’arrêt *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134, appuie la thèse selon laquelle la disposition qui prévoit une peine minimale obligatoire et

unconstitutionality by prosecutorial discretion to proceed by another route.

[93] *PHS* was concerned with the federal Minister of Health's decision not to grant a medical exemption to a safe-injection site from the application of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19. This was an administrative decision under a statutory exemption that was designed to promote public health. The essence of the challenge before the Court in *PHS* was whether the Minister's administrative law decision was compliant with the *Charter*. But the scenario in *PHS* is a far cry from the proposition advanced by the Attorneys General in the present appeals — that the exercise of a prosecutor's discretion as to whether to invoke the mandatory minimum sentence in an adversarial criminal trial can effectively insulate a legislated mandatory minimum term of imprisonment from review under s. 12 of the *Charter*.

[94] I add this about my colleague's proposed framework. The protection it offers against grossly disproportionate punishment is illusory: in practice it would create a situation where the exercise of the prosecutor's discretion is effectively immune from meaningful review. The abuse of discretion standard is a notoriously high bar and has no place in this Court's jurisprudence under s. 12 of the *Charter*. The proposed framework would be a radical departure from the constitutional framework in these cases, and offers scant protection from grossly disproportionate sentences being imposed on offenders.

[95] Two further objections may be raised against the argument that prosecutorial discretion can cure a sentencing provision that violates s. 12 of the *Charter*. The first is that one cannot be certain that the discretion will always be exercised in a way that would avoid an unconstitutional result. Nor can the constitutionality of a statutory provision rest

dont l'application entraîne l'imposition d'une peine totalement disproportionnée dans certains cas prévisibles peut échapper à l'inconstitutionnalité grâce au pouvoir discrétionnaire qui permet au poursuivant d'opter pour un autre mode de poursuite.

[93] Dans cette affaire, le ministre fédéral de la Santé avait refusé à un centre d'injection supervisé une exemption de l'application de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, c. 19. Il s'agissait d'une décision fondée sur le pouvoir légal d'accorder une exemption dans l'intérêt de la santé publique. La question en litige que la Cour devait trancher était celle de savoir si la décision du ministre relevant du droit administratif respectait la *Charte*. La situation alors considérée diffère toutefois considérablement de celle qui sous-tend la thèse avancée par les procureurs généraux dans les présents pourvois, à savoir que l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui permet au poursuivant de ne pas requérir la peine minimale obligatoire dans une instance criminelle contradictoire peut de fait soustraire au contrôle constitutionnel fondé sur l'art. 12 de la *Charte* la peine minimale obligatoire d'emprisonnement établie par la loi.

[94] J'ajoute ce qui suit concernant le cadre d'analyse proposé par mon collègue. La protection qu'il offre contre la peine totalement disproportionnée est illusoire; dans les faits, il créerait une situation où l'exercice du pouvoir discrétionnaire du poursuivant serait en fait à l'abri de tout contrôle véritable. Il est bien connu que la norme applicable à l'abus du pouvoir discrétionnaire est très stricte, et la Cour ne saurait y avoir recours pour statuer sur l'application de l'art. 12 de la *Charte*. Le cadre d'analyse proposé s'éloigne radicalement du cadre d'analyse constitutionnelle retenu dans ces décisions et il protège insuffisamment contre l'infliction de peines totalement disproportionnées.

[95] Deux autres points peuvent être opposés à l'idée que le pouvoir discrétionnaire de la poursuite puisse remédier au fait qu'une disposition sur la détermination de la peine contrevient à l'art. 12 de la *Charte*. Premièrement, nul ne peut être assuré que ce pouvoir sera toujours exercé de manière à éviter un résultat inconstitutionnel. La constitutionnalité

on an expectation that the Crown will act properly: *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209, at para. 45. As Cory J., for the majority, stated in *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91, at pp. 103-4:

Unfortunately it would seem that whenever the Crown is granted statutory power that can be used abusively then, on occasion, it will indeed be used abusively. The protection of basic rights should not be dependent upon a reliance on the continuous exemplary conduct of the Crown, something that is impossible to monitor or control. Rather the offending statutory provision should be removed.

[96] This leads to a related concern that vesting that much power in the hands of prosecutors endangers the fairness of the criminal process. It gives prosecutors a trump card in plea negotiations, which leads to an unfair power imbalance with the accused and creates an almost irresistible incentive for the accused to plead to a lesser sentence in order to avoid the prospect of a lengthy mandatory minimum term of imprisonment. As a result, the “determination of a fit and appropriate sentence, having regard to all of the circumstances of the offence and offender, may be determined in plea discussions outside of the courtroom by a party to the litigation”: R. M. Pomerance, “The New Approach to Sentencing in Canada: Reflections of a Trial Judge” (2013), 17 *Can. Crim. L.R.* 305, at p. 313. We cannot ignore the increased possibility that wrongful convictions could occur under such conditions.

[97] Second, as noted by Doherty J.A. in the Court of Appeal below, the exercise of discretion typically occurs before the facts are fully known. An analysis that upholds s. 95(2) on the basis of the summary conviction option “does not come to grips with the timing of the Crown election and the factual basis upon which that election is made”: para. 163. The existence of the summary conviction option is therefore not an answer to the respondents’ s. 12 claim.

d’une disposition législative ne saurait non plus dépendre de la confiance qu’on peut avoir que le ministère public agira convenablement (*Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209, par. 45). Comme le dit le juge Cory au nom des juges majoritaires dans l’arrêt *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91, p. 103-104 :

Malheureusement, il semblerait que, chaque fois que le ministère public se voit accorder par la loi un pouvoir qui peut être utilisé de façon abusive, il le sera en effet à l’occasion. La protection des droits fondamentaux ne devrait pas être fondée sur la confiance à l’égard du comportement exemplaire permanent du ministère public, chose qu’il n’est pas possible de surveiller ni de maîtriser. Il serait préférable que la disposition législative incriminée soit abolie.

[96] Cette considération en appelle une autre, connexe, à savoir que l’octroi d’un tel pouvoir au poursuivant compromet l’équité de la procédure criminelle. Le poursuivant dispose dès lors d’un atout dans la négociation d’un plaidoyer, ce qui entraîne un déséquilibre inéquitable entre le pouvoir du poursuivant et celui de l’accusé et incite presque irrésistiblement ce dernier à reconnaître sa culpabilité à une infraction pour laquelle il encourt une peine moins lourde afin d’échapper à une longue peine minimale obligatoire. Il s’ensuit alors [TRADUCTION] « qu’une peine juste et appropriée tenant compte des circonstances de l’infraction et de la situation du délinquant peut être déterminée dans le cadre de la négociation d’un plaidoyer, hors de la salle d’audience, par l’une des parties à l’instance » (R. M. Pomerance, « The New Approach to Sentencing in Canada : Reflections of a Trial Judge » (2013), 17 *Rev. can. D.P.* 305, p. 313). Nous ne pouvons faire abstraction du risque alors accru de déclarations de culpabilité injustifiées.

[97] Deuxièmement, comme le signale en l’espèce le juge Doherty de la Cour d’appel, l’exercice du pouvoir discrétionnaire intervient généralement avant que tous les faits de l’affaire soient exposés. L’approche qui confirme la constitutionnalité du par. 95(2) sur la foi du choix éventuel de la procédure sommaire [TRADUCTION] « méconnaît le problème du moment auquel le poursuivant fait son choix et le fondement factuel à partir duquel il fait

As stated in *R. v. Smickle*, 2012 ONSC 602, 110 O.R. (3d) 25, at para. 110:

The Crown discretion is exercised at an early stage when all of the facts, particularly those favourable to the defence, are often not known. Often, the full facts will not be known until the trial judge delivers his or her reasons or the jury delivers a verdict.

[98] Finally, the Attorney General of Canada, relying on *Morrisey*, argues that parole eligibility reduces the actual impact of the three-year mandatory minimum penalty for an offence. We simply cannot know whether that is in fact the case. Nur correctly argues that parole is a statutory privilege rather than a right. The discretionary decision of the parole board is no substitute for a constitutional law. Canada's submission also misunderstands the role of the parole board — which is to ensure that an offender is safely released into the community, not to ensure that an offender serves a proportionate sentence. That is the function of one person alone — the sentencing judge.

(4) Application to *Charles*

[99] In *Charles*, the Court of Appeal modified the reasonably foreseeable application of the offence to take into account that it would be a second offence following a conviction under s. 117.01(1) of the *Criminal Code* for a breach of a prohibition order.

[100] Prohibition orders seek to protect the public by prohibiting a person from possessing certain weapons, firearms, ammunition or explosive substances. They are made by the courts in a number of situations, including as part of the conditions of bail

ce choix » (par. 163). La possibilité que le poursuivant opte pour la procédure sommaire ne permet donc pas de réfuter l'allégation des intimés fondée sur l'art. 12. Comme le tribunal l'a affirmé dans *R. c. Smickle*, 2012 ONSC 602, 110 O.R. (3d) 25, par. 110 :

[TRADUCTION] Le poursuivant exerce son pouvoir discrétionnaire en amont dans le processus, à un moment où tous les faits, en particulier ceux qui sont favorables à la défense, ne sont souvent pas connus. Il arrivera fréquemment que la totalité des faits ne sera connue que lorsque le juge du procès ou le jury se prononcera.

[98] Enfin, le procureur général du Canada invoque l'arrêt *Morrisey* pour faire valoir que l'admissibilité à la libération conditionnelle réduit l'effet réel de la peine minimale obligatoire de trois ans infligée pour une première infraction. Nous ne pouvons tout simplement pas savoir si tel est bien le cas. M. Nur soutient à raison que la libération conditionnelle est un privilège d'origine législative et non un droit. La décision discrétionnaire de la commission des libérations conditionnelles ne saurait se substituer à une loi constitutionnelle. Le procureur général du Canada se méprend aussi sur la fonction de la commission des libérations conditionnelles — qui est d'assurer la mise en liberté sécuritaire du délinquant dans la collectivité, non de veiller à ce que le délinquant purge une peine proportionnée. Cette dernière fonction n'incombe qu'à une seule personne, à savoir le juge qui détermine la peine.

(4) Application au dossier *Charles*

[99] Dans le dossier *Charles*, la Cour d'appel modifie l'application raisonnablement prévisible de la disposition en cause pour considérer le cas d'une récidive attribuable à une déclaration de culpabilité antérieure fondée sur le par. 117.01(1) du *Code criminel* pour le non-respect d'une ordonnance d'interdiction.

[100] L'ordonnance d'interdiction vise à protéger le public en interdisant à une personne d'avoir en sa possession certaines armes, armes à feu, munitions ou substances explosives. Le tribunal la rend dans un certain nombre de situations, notamment en

(s. 515(4.1)); they can be obtained preventatively (s. 111); they can be made following the conviction of an offender for certain offences (ss. 109 and 110); and they can also be made as part of the conditions of probation (s. 732.1), of a conditional sentence (s. 742.3), or of a peace bond (s. 810(3.1)). Some are mandatory and others discretionary.

[101] The Court of Appeal acknowledged that the moral culpability of a repeat offender under s. 95(2)(a)(ii) is higher than that of a first-time offender. Even so, the Court of Appeal concluded that the five-year mandatory minimum term of imprisonment would be grossly disproportionate for a conviction under s. 95(1) where an offender was previously convicted and sentenced under s. 117.01(1) of the *Criminal Code* for a breach of a prohibition order.

[102] The Attorney General of Ontario argues that the Court of Appeal erred in formulating a licensing offence under s. 95(1) where the offender had a prior conviction under s. 117.01(1) because such a prior conviction would trigger an automatic lifetime prohibition in relation to prohibited or restricted firearms under s. 109 of the *Criminal Code*. In Ontario's submission, this makes it virtually impossible that an offender convicted under s. 117.01(1) could have a licence and registration for a prohibited or restricted firearm. The prohibition order can be lifted under s. 113 of the *Criminal Code*, but only for sustenance or employment purposes, and a prohibited and restricted firearm, it is argued, will never be needed for hunting or trapping to sustain one's family.

[103] I agree that the Court of Appeal erred in concluding that it was reasonably foreseeable that a repeat offender could be a licensed owner of a prohibited or restricted firearm. This does not end the

l'intégrant aux conditions d'une mise en liberté sous caution (par. 515(4.1)), à titre préventif (art. 111) ou après qu'un délinquant a été reconnu coupable de certaines infractions (art. 109 et 110). Il peut aussi l'intégrer aux conditions d'une ordonnance de probation (art. 732.1), à une peine d'emprisonnement avec sursis (art. 742.3) ou à un engagement de ne pas troubler l'ordre public (par. 810(3.1)). L'ordonnance est soit obligatoire, soit discrétionnaire.

[101] La Cour d'appel reconnaît que la culpabilité morale du récidiviste visé au sous-al. 95(2)a(ii) est plus grande que celle du délinquant déclaré coupable d'une première infraction. Elle conclut néanmoins que la peine minimale obligatoire de cinq ans d'emprisonnement est totalement disproportionnée dans le cas du délinquant qui est déclaré coupable sur le fondement du par. 95(1) après l'avoir été sous le régime du par. 117.01(1) du *Code criminel* — et condamné en conséquence — pour le non-respect d'une ordonnance d'interdiction.

[102] La procureure générale de l'Ontario fait valoir que la Cour d'appel considère à tort le cas de l'auteur d'une infraction réglementaire visée au par. 95(1) qui a auparavant été reconnu coupable de l'infraction prévue au par. 117.01(1), car la déclaration de culpabilité antérieure aurait automatiquement emporté une interdiction perpétuelle d'avoir en sa possession une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte (art. 109 du *Code criminel*). Selon sa thèse, il serait alors presque impossible à un délinquant déclaré coupable de l'infraction prévue au par. 117.01(1) d'obtenir un permis et un certificat d'enregistrement pour une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte. L'interdiction pourrait être levée suivant l'art. 113 du *Code criminel*, mais uniquement à des fins de subsistance ou pour le travail. On fait valoir que nul ne saurait établir la nécessité de posséder une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte pour la chasse ou le piégeage visant à assurer la subsistance de sa famille.

[103] Je conviens que la Cour d'appel a tort de conclure qu'il est raisonnablement prévisible qu'un récidiviste soit titulaire d'un permis de possession d'une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte.



analysis, however. The court must test the reasonably foreseeable applications of s. 95(2)(a)(ii). Under the impugned mandatory minimum, a five-year term of imprisonment could be imposed on an individual who breached a prohibition order imposed while on bail and who, some years later, innocently came into possession of a restricted or prohibited firearm without an authorization or a licence together with usable ammunition that he stored nearby and which was readily accessible.

[104] A five-year minimum term of imprisonment for offenders such as these would be draconian. It goes far beyond what is necessary in order to protect the public, far beyond what is necessary to express moral condemnation of the offender, and far beyond what is necessary to discourage others from engaging in such conduct. In a phrase, such a sentence would be grossly disproportionate. An offender in these circumstances has not caused any harm, nor is there a real risk of harm to the public. Such an offender is not engaged in any criminal activity.

[105] There is little doubt that in many cases those who commit second or subsequent offences for the purpose of s. 95(2)(a)(ii) should be sentenced to terms of imprisonment, and some for lengthy terms of imprisonment. The seven-year term of imprisonment imposed on Charles is an example. But the five-year minimum term of imprisonment would be grossly disproportionate for less serious offenders captured by the provision.

[106] It follows that s. 95(2)(a)(ii) violates the guarantee against grossly disproportionate punishment in s. 12 of the *Charter*.

B. *Does the Mandatory Minimum Infringe Section 7 of the Charter?*

[107] In addition to their challenges under s. 12, Nur and Charles also challenge s. 95(2)(a)(i) and

L'analyse ne prend pas fin pour autant. Le tribunal doit mettre à l'épreuve les applications raisonnablement prévisibles du sous-al. 95(2)a)(ii). Suivant la disposition qui prévoit la peine minimale obligatoire contestée, une peine carcérale de cinq ans pourrait être infligée à la personne qui contrevient à l'ordonnance d'interdiction dont est assortie sa mise en liberté sous caution et qui, quelques années plus tard, sans dessein criminel, mais sans avoir obtenu au préalable une autorisation ou un permis, entre en possession d'une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte et de munitions facilement accessibles qu'il entpose à proximité.

[104] Dans ce cas, cinq ans d'emprisonnement constitueraient une peine draconienne, une peine qui dépasse largement ce qu'exigent la protection du public, la réprobation morale du délinquant et la dissuasion d'autrui de faire de même. En bref, la peine serait totalement disproportionnée. Le délinquant n'a causé aucun préjudice ni exposé le public à un risque réel de préjudice. Le délinquant ne s'est livré à aucune activité criminelle.

[105] Il ne fait aucun doute que, dans bien des cas, le délinquant qui récidive au sens du sous-al. 95(2)a)(ii) doit être condamné à une peine carcérale et que, parfois, il faut lui infliger une peine de longue durée. La peine de sept ans d'emprisonnement infligée à M. Charles constitue un bon exemple. Toutefois, il serait totalement disproportionné d'infliger une peine minimale de cinq ans d'emprisonnement à l'auteur d'une infraction de moindre gravité qui tombe sous le coup de la disposition.

[106] Dès lors, le sous-al. 95(2)a)(ii) viole l'art. 12 de la *Charte* qui garantit la protection contre les peines totalement disproportionnées.

B. *La peine minimale obligatoire contrevient-elle à l'art. 7 de la Charte?*

[107] MM. Nur et Charles contestent les sous-al. 95(2)a)(i) et (ii) sur le fondement non seulement

(ii) under s. 7 of the *Charter*. Section 7 guarantees everyone “the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice”. Two principles of fundamental justice are invoked by Nur and Charles: the principle that a law which deprives a person of his liberty cannot be arbitrary — where there is no connection between the effect and the object of the law — and the principle that a law which deprives a person of his liberty cannot be overbroad — where the law goes too far and interferes with some conduct that bears no connection to its objective.

[108] Nur argues that the two-year gap between the one-year maximum sentence when the Crown proceeds summarily and the mandatory minimum of three years when the Crown proceeds by way of indictment is arbitrary, contrary to s. 7 of the *Charter*, because it frustrates the flexibility of the hybrid scheme by eliminating an entire two-year range of sentence if the Crown proceeds summarily. He argues that the two-year gap is not related to any legislative objective.

[109] Charles argues that s. 95(2)(a)(ii) includes less serious and non-firearm-related offences among the definition of “second or subsequent offence” in s. 84(5) and thus is arbitrary and overbroad, contrary to s. 7 of the *Charter*. He also argues that s. 84(6) — which provides that only the order of convictions, and not the order in which the offences were committed, is relevant to whether a person has committed a “second or subsequent offence” under s. 95(2)(a)(ii) — violates s. 7 of the *Charter* because it is arbitrary.

[110] I do not rule out the possibility that despite the detailed sentencing jurisprudence that has developed under s. 12 of the *Charter*, situations may arise requiring recourse to s. 7 of the *Charter*. In this case, having concluded that the impugned provisions fail under s. 12 of the *Charter*, it

de l’art. 12 de la *Charte*, mais aussi de son art. 7. L’article 7 garantit à chacun le « droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu’en conformité avec les principes de justice fondamentale ». MM. Nur et Charles invoquent deux principes de justice fondamentale : la loi qui prive une personne de sa liberté ne doit pas être arbitraire (il doit exister un lien entre son effet et son objet) et la loi qui prive une personne de sa liberté ne doit pas avoir une portée excessive (sa portée ne doit pas être trop grande et faire ainsi obstacle à un comportement qui n’a aucun lien avec son objectif).

[108] Selon M. Nur, l’écart de deux ans entre la peine maximale d’un an qui peut être infligée lorsque le ministère public opte pour la procédure sommaire et la peine minimale obligatoire de trois ans infligée lorsque le ministère public opte pour la mise en accusation est arbitraire, contrairement à l’art. 7 de la *Charte*, parce qu’il nuit à la souplesse du régime mixte en supprimant une fourchette de deux années entières au titre de la peine lorsque le ministère public opte pour la procédure sommaire. M. Nur fait valoir que l’écart de deux ans n’est lié à aucun objectif législatif.

[109] M. Charles soutient que le sous-al. 95(2) a)(ii) inclut des infractions moins graves et non liées aux armes à feu dans la définition de la « récidive » au par. 84(5), de sorte qu’il est arbitraire et que sa portée est excessive, contrairement à l’art. 7 de la *Charte*. Il fait également valoir que le par. 84(6) — selon lequel il est tenu compte de l’ordre des déclarations de culpabilité, et non de l’ordre de perpétration des infractions, pour déterminer s’il y a « récidive » ou non pour les besoins du sous-al. 95(2) a)(ii) — viole l’art. 7 de la *Charte* parce qu’il est arbitraire.

[110] Je n’écarte pas la possibilité que, malgré l’existence d’une jurisprudence détaillée sur l’application de l’art. 12 de la *Charte* à la détermination de la peine, certaines situations puissent justifier le recours à l’application de l’art. 7 de la *Charte*. En l’espèce, puisque je conclus que les dispositions

is unnecessary to consider whether they also violate s. 7 of the *Charter*.

attaquées contreviennent à l'art. 12 de la *Charte* et sont donc inconstitutionnelles, point n'est besoin d'examiner s'il y a également violation de l'art. 7 de la *Charte*.

C. *Is the Infringement Justified Under Section 1 of the Charter?*

C. *L'atteinte est-elle justifiée par application de l'article premier de la Charte?*

[111] In order to justify the infringement of the respondents' s. 12 rights under s. 1 of the *Charter*, the Attorney General of Ontario must show that the law has a pressing and substantial objective and that the means chosen are proportional to that objective. A law is proportionate if (1) the means adopted are rationally connected to that objective; (2) it is minimally impairing of the right in question; and (3) there is proportionality between the deleterious and salutary effects of the law: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. It will be difficult to show that a mandatory minimum sentence that has been found to be grossly disproportionate under s. 12 is proportionate as between the deleterious and salutary effects of the law under s. 1.

[111] Pour que l'atteinte aux droits des intimés garantis par l'art. 12 soit justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*, la procureure générale de l'Ontario doit démontrer que la loi a un objectif réel et urgent et que le moyen choisi est proportionnel à cet objectif. Une loi est proportionnelle (1) lorsqu'il existe un lien rationnel entre le moyen choisi et cet objectif, (2) que le moyen choisi est de nature à porter le moins possible atteinte au droit en question et (3) qu'il y a proportionnalité entre les effets préjudiciables de ses dispositions et leurs effets bénéfiques (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103). Il sera difficile de démontrer qu'une peine minimale obligatoire jugée totalement disproportionnée sur le fondement de l'art. 12 est proportionnelle pour ce qui est de ses effets préjudiciables et de ses effets bénéfiques aux fins de l'article premier.

(1) Rational Connection

(1) Le lien rationnel

[112] The state bears the burden of showing that the mandatory minimum sentences of imprisonment found to violate s. 12 of the *Charter* are rationally connected to the goals of denunciation, deterrence, and retribution. To do so, the government must establish that there is a causal connection between the infringement and the benefit sought "on the basis of reason or logic": *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 153. Viewed thus, are the means the law adopts a rational way for Parliament to pursue its objective?

[112] C'est à l'État qu'il incombe de démontrer qu'une peine minimale obligatoire d'emprisonnement jugée contraire à l'art. 12 de la *Charte* a un lien rationnel avec les objectifs de dénonciation, de dissuasion et de châtiment. Pour y arriver, il doit établir l'existence d'un lien causal « fondé sur la raison ou la logique » entre la violation et l'avantage recherché (*RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 153). Sous cet angle, la mesure choisie par le législateur constitue-t-elle un moyen rationnel de poursuivre son objectif?

[113] The government has not established that mandatory minimum terms of imprisonment act as a deterrent against gun-related crimes. Doubts concerning the effectiveness of incarceration as a deterrent have been longstanding. *Sentencing Reform: A Canadian Approach — Report of The Canadian*

[113] L'État n'a pas établi que les peines minimales obligatoires d'emprisonnement décourageaient la perpétration de crimes liés aux armes à feu. On doute depuis longtemps de l'efficacité de l'incarcération à cet égard. Le rapport intitulé *Réformer la sentence : une approche canadienne — Rapport de*

*Sentencing Commission* (1987), concludes as follows:

- a) Even if there seems to be little empirical foundation to the deterrent efficacy of legal sanctions, the assertion that the presence of some level of legal sanctions has no deterrent effects whatsoever, has no justification. The weight of the evidence and the exercise of common sense favour the assertion that, taken together, legal sanctions have an overall deterrent effect which is difficult to evaluate precisely.
- b) The proper level at which to express strong reservations about the deterrence efficacy of legal sanctions is in their usage to produce particular effects with regard to a specific offence. For instance, in a recent report on impaired driving published by the Department of Justice, Donelson asserts that “law-based, punitive measures alone cannot produce large, sustained reductions in the magnitude of the problem” (Donelson, 1985; 221-222). Similarly, it is extremely doubtful that an exemplary sentence imposed in a particular case can have any perceptible effect in deterring potential offenders.
- c) The old principle that it is more the certainty than the severity of punishment which is likely to produce a deterrent effect has not been invalidated by empirical research. In his extensive review of studies on deterrence, Beyleveld (1980; 306) concluded that “recorded offence rates do not vary inversely with the severity of penalties (usually measured by the length of imprisonment)” and that “inverse relations between crime and severity (when found) are usually smaller than inverse crime-certainty relations”. [Emphasis added; pp. 136-37.]

[114] Empirical evidence suggests that mandatory minimum sentences do not, in fact, deter crimes: see, e.g., A. N. Doob and C. M. Webster, “Sentence Severity and Crime: Accepting the Null Hypothesis” (2003), 30 *Crime & Just.* 143; M. Tonry, “The Mostly Unintended Effects of Mandatory Penalties: Two Centuries of Consistent Findings” (2009), 38 *Crime & Just.* 65. The empirical evidence “is clear: mandatory minimum sentences do not deter more than less harsh, proportionate, sentences” (A. N. Doob and C. Cesaroni, “The Political Attractiveness of

*la Commission canadienne sur la détermination de la peine* (1987) conclut ce qui suit :

- a) S’il est vrai qu’il existe peu de fondement empirique à l’appui de l’efficacité dissuasive des sanctions pénales, il ne serait pas justifié de dire que la présence d’un certain niveau de sanctions pénales n’a aucun effet dissuasif. Les preuves obtenues et le bon sens permettent de penser que, dans leur ensemble, les sanctions pénales ont un effet dissuasif global, qu’il est difficile de mesurer avec précision.
- b) S’il y a un aspect de l’efficacité dissuasive des sanctions pénales qui justifie de sérieuses réserves, c’est celui de vouloir les utiliser pour produire des effets précis au sujet d’une infraction particulière. Ainsi, dans un rapport récent du ministère de la Justice sur la conduite en état d’ivresse, Donelson affirme que « les mesures punitives légales prévues par la loi ne sauraient à elles seules produire de réduction importante et durable de l’ampleur du problème » (1985, p. 221-222). De même, il est extrêmement douteux qu’une sentence exemplaire imposée dans une affaire particulière puisse avoir un effet dissuasif perceptible sur les contrevenants potentiels.
- c) Le vieux principe selon lequel la certitude d’être puni est davantage susceptible d’avoir un effet dissuasif que la sévérité de la sanction n’a pas été contredit par les recherches empiriques. Dans son vaste examen des rapports sur la dissuasion, Beyleveld (1980, p. 306) conclut que « les taux d’infraction enregistrés ne sont pas inversement proportionnels à la sévérité des peines (généralement mesurée par la durée d’incarcération) » et que « le rapport inverse entre la criminalité et la sévérité des sanctions (lorsqu’il existe) est généralement plus petit que le rapport inverse entre la criminalité et la certitude d’être puni ». [Je souligne; p. 150.]

[114] La preuve empirique indique que, dans les faits, les peines minimales obligatoires ne sont pas dissuasives (voir p. ex. A. N. Doob et C. M. Webster, « Sentence Severity and Crime : Accepting the Null Hypothesis » (2003), 30 *Crime & Just.* 143; M. Tonry, « The Mostly Unintended Effects of Mandatory Penalties : Two Centuries of Consistent Findings » (2009), 38 *Crime & Just.* 65). La preuve empirique [TRADUCTION] « est claire : les peines minimales obligatoires d’emprisonnement ne sont pas plus dissuasives que les peines moins sévères, proportionnées »

Mandatory Minimum Sentences” (2001), 39 *Osgoode Hall L.J.* 287, at p. 291).

[115] Despite the frailty of the connection between deterrence and mandatory minimum sentence provisions, a rational connection exists between mandatory minimum terms of imprisonment and the goals of denunciation and retribution. Therefore, this requirement of the s. 1 test is met.

## (2) Minimal Impairment

[116] The question at this stage is whether the limit on the right is reasonably tailored to the objective. A court asks “whether there are less harmful means of achieving the legislative goal”: *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, at para. 53. The government must show the absence of less drastic means of achieving the objective “in a real and substantial manner”: para. 55. The impingement on the *Charter* right must be no more than what is reasonably necessary to achieve the state’s objective.

[117] Parliament could have achieved its objective by drafting an offence with a close correspondence between conduct attracting significant moral blameworthiness — such as those engaged in criminal activity or conduct that poses a danger to others — and the mandatory minimum, rather than a sweeping law that includes in its ambit conduct attracting less blameworthiness for which the mandatory minimum sentence would be grossly disproportionate. The government has not discharged its burden on this branch of the *Oakes* test. There are less harmful means of achieving the legislative goal.

## (3) Proportionality

[118] This stage of the analysis weighs the impact of the law on protected rights against the beneficial effect of the law in terms of the greater public

(A. N. Doob et C. Cesaroni, « The Political Attractiveness of Mandatory Minimum Sentences » (2001), 39 *Osgoode Hall L.J.* 287, p. 291).

[115] Malgré la fragilité du lien entre la dissuasion et les dispositions qui établissent des peines minimales obligatoires, il existe un lien rationnel entre les peines minimales obligatoires d’emprisonnement et les objectifs de dénonciation et de châtiement. Cette exigence de l’article premier est donc remplie.

## (2) L’atteinte minimale

[116] La question qui se pose ensuite est celle de savoir si la restriction du droit est raisonnablement bien adaptée à l’objectif. Le tribunal doit se demander s’il « exist[e] des moyens moins préjudiciables de réaliser l’objectif législatif » (*Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 53). L’État doit démontrer qu’il n’existe pas un autre moyen moins attentatoire d’atteindre l’objectif « de façon réelle et substantielle » (par. 55). L’atteinte au droit garanti par la *Charte* ne doit pas aller au delà de ce qui est raisonnablement nécessaire pour atteindre l’objectif législatif.

[117] Le législateur aurait pu atteindre son objectif en créant une infraction pour laquelle il existe un rapport étroit entre le comportement auquel est associée une grande culpabilité morale — p. ex. le comportement ou l’acte criminel qui présente un danger pour autrui — et la peine minimale obligatoire, au lieu d’une infraction qui ratisse large et qui englobe le comportement moins empreint de culpabilité morale et pour lequel la peine minimale obligatoire serait totalement disproportionnée. L’État ne s’est pas acquitté de son fardeau de preuve relativement à ce volet du critère de l’arrêt *Oakes*. Il existe des moyens moins préjudiciables d’atteindre l’objectif législatif.

## (3) Proportionnalité

[118] À ce stade de l’analyse, on soupèse l’incidence de la loi sur les droits garantis et son effet bénéfique sur l’intérêt supérieur du public. Vu la



good. In light of the conclusion that the mandatory minimum terms of imprisonment in s. 95 when the Crown proceeds by indictment are grossly disproportionate, I do not find that the limits are a proportionate justification under s. 1.

## VI. Conclusion

[119] I would dismiss the appeals. The mandatory minimum sentences imposed by s. 95(2)(a) are inconsistent with s. 12 of the *Charter* and are therefore declared of no force or effect under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

[120] It remains appropriate for judges to continue to impose weighty sentences in other circumstances, such as those in the cases at bar. For this reason, I would decline to interfere with the sentences that the trial judges imposed on Nur and Charles.

The reasons of Rothstein, Moldaver and Wagner JJ. were delivered by

MOLDAVER J. (dissenting) —

## I. Overview

[121] The Chief Justice observes that gun crimes pose a “grave danger to Canadians” (para. 1). She notes that Parliament, through a combination of regulatory provisions under the *Firearms Act*, S.C. 1995, c. 39, and criminal prohibitions under the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, “has sought to protect the public from firearm-related injuries and to deter crimes involving firearms” (para. 6). To advance these goals, Parliament has enacted strict penalties for gun crimes. These include the mandatory minimum sentences under s. 95(2) of the *Criminal Code* for unlawful possession of loaded or readily loaded prohibited or restricted firearms — primarily handguns, machine guns, and sawed-off rifles and shotguns. These weapons have few legitimate purposes and are commonly used by criminals to devastating effect. Yet, despite Parliament’s valid and important objectives, the majority would declare

conclusion selon laquelle les peines minimales obligatoires d’emprisonnement prévues à l’art. 95 lorsque le ministère public opte pour la mise en accusation sont totalement disproportionnées, je ne crois pas que la restriction puisse se justifier sur le fondement de la proportionnalité pour les besoins de l’article premier.

## VI. Conclusion

[119] Je suis d’avis de rejeter les pourvois. Les peines minimales obligatoires prévues à l’al. 95(2)a) sont incompatibles avec l’art. 12 de la *Charte*. Je les déclare donc inopérantes en vertu de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[120] Il demeure approprié que les tribunaux continuent d’infliger de lourdes peines dans d’autres circonstances, comme celles des dossiers considérés en l’espèce. C’est pourquoi je m’abstiens de modifier les peines infligées par les juges du procès dans les dossiers de MM. Nur et Charles.

Version française des motifs des juges Rothstein, Moldaver et Wagner rendus par

LE JUGE MOLDAVER (dissident) —

## I. Aperçu

[121] La Juge en chef fait observer que les crimes liés aux armes à feu « exposent les Canadiennes et les Canadiens à de graves dangers » (par. 1). Elle ajoute que, par l’adoption de dispositions réglementaires en vertu de la *Loi sur les armes à feu*, L.C. 1995, c. 39, et par l’établissement d’interdictions dans le *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, le législateur « a voulu protéger la population contre les blessures par balle et décourager la perpétration de tel[s] [crimes] » (par. 6). En vue d’atteindre ces objectifs, il a prévu l’infliction de lourdes peines aux auteurs de crimes liés aux armes à feu. Au nombre de ces sanctions figurent les peines minimales obligatoires que prévoit le par. 95(2) du *Code criminel* pour la possession illégale d’une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte, chargée ou prête à l’être, soit principalement des armes de poing, des mitrailleuses, ainsi que des carabines ou des fusils de

these mandatory minimums unconstitutional on the basis that, in “reasonably foreseeable” cases, they could lead to grossly disproportionate sentences in violation of s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[122] With respect, I disagree. Parliament has crafted s. 95 as a hybrid offence. As such, it provides for mandatory minimum sentences when the Crown proceeds by way of indictment, but no mandatory minimum when the Crown proceeds summarily. In my view, this demonstrates Parliament’s recognition that s. 95 captures a wide array of conduct, ranging from the “true crime” end of the spectrum to conduct that resembles a licensing infraction. I readily agree with the majority that the latter, least serious instances of the offence “involve little or no moral fault and little or no danger to the public”, and manifestly do not warrant a lengthy term of incarceration (para. 83). However, in my view, allowing for summary proceedings under s. 95 all but ensures that the least serious instances of the offence referred to by the majority (“licensing-type offences”) will *not* attract a mandatory minimum sentence. I address this issue in the first part of my reasons, at paras. 125-45. In short, I conclude that it is not reasonably foreseeable that the licensing-type offences about which the majority is concerned — to the point of striking down otherwise validly enacted legislation — would ever be prosecuted by way of indictment.

[123] In any event, as I will explain in the second part of my reasons, at paras. 146-88, the reasonable hypothetical approach is redundant in the context of hybrid sentencing schemes. I would adopt a different framework that is, in my view, better suited

chasse sciés. Ces armes sont rarement détenues à des fins légitimes, et leur utilisation fréquente par les criminels a des effets effroyables. Or, malgré des objectifs législatifs à la fois valables et importants, les juges majoritaires sont d’avis de déclarer ces peines minimales obligatoires inconstitutionnelles au motif que, dans certains cas « raisonnablement prévisibles », leur application pourrait mener à l’infliction de peines totalement disproportionnées, contrairement à l’art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[122] Soit dit en tout respect, je ne suis pas d’accord. L’infraction créée à l’art. 95 est mixte. Il y a donc peines minimales obligatoires lorsque le poursuivant opte pour la mise en accusation, mais il n’y en a pas lorsqu’il opte pour la procédure sommaire. Selon moi, le législateur reconnaît que l’art. 95 vise une gamme étendue de comportements qui vont du « vrai crime », à l’extrémité supérieure du continuum, à ce qui s’apparente à l’infraction réglementaire, à l’extrémité inférieure. Je conviens d’emblée avec mes collègues que ce dernier type d’infraction, qui correspond au mode le moins grave de perpétration de l’infraction, « comport[e] une culpabilité morale minime, voire nulle, et [...] n’expos[e] le public à aucun danger ou presque », et ne justifie manifestement pas l’imposition d’une longue peine carcérale (par. 83). J’estime toutefois que l’art. 95, en permettant la poursuite par procédure sommaire, garantit presque que les cas les moins graves de perpétration de l’infraction auxquels renvoient les juges majoritaires (les « infractions de type réglementaire ») n’emporteront *pas* l’infliction d’une peine minimale obligatoire. J’examine ce point dans la première partie de mes motifs (par. 125-145). Je conclus en somme qu’il n’est pas raisonnablement prévisible que l’auteur d’une infraction de type réglementaire — dont se soucient les juges majoritaires au point d’invalider des dispositions par ailleurs validement adoptées — fasse un jour l’objet d’une mise en accusation.

[123] Quoi qu’il en soit, comme je l’explique en deuxième partie (par. 146-188), la démarche axée sur les situations hypothétiques raisonnables est redondante dans le contexte des infractions mixtes. Je retiens plutôt un autre cadre d’analyse qui, à mon

to that context. In the end, the framework I propose eliminates any theoretical risk of grossly disproportionate sentences.

[124] In sum, whether applying the reasonable hypothetical approach or my proposed framework, I am satisfied that s. 95(2) does not violate s. 12 of the *Charter*. Nor, in my view, does it violate s. 7 of the *Charter*. I would therefore allow the appeals.

## II. Part 1: Section 12 Analysis Under the Reasonable Hypothetical Approach

### A. *The Reasonable Hypothetical Approach Does Not Justify Striking Down Section 95(2)*

[125] In finding s. 95(2) unconstitutional, the majority adopts the “reasonable hypothetical” approach first developed by this Court in *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, and subsequently applied in *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485, and *R. v. Morrisey*, 2000 SCC 39, [2000] 2 S.C.R. 90. Tracing through these authorities, the Chief Justice states that reasonable hypotheticals should be “grounded in . . . experience and common sense” (para. 62). I agree. She then refers to s. 95(2) and expresses concern about imposing lengthy custodial sentences in certain hypothetical cases, namely “licensing offences which involve little or no moral fault and little or no danger to the public” — a concern which I share (para. 83). Where I part company with the majority is in treating these licensing-type cases as *reasonable* hypotheticals. With respect, experience and common sense provide proof positive that they are not.

[126] I start with experience. Section 95 was enacted in 1995 and has been in force for nearly two decades. It has always included a mandatory minimum sentence for cases prosecuted by indictment.

sens, convient mieux dans le cas considéré et qui, au final, écarte tout risque théorique d’une peine totalement disproportionnée.

[124] En résumé, que l’on applique la démarche axée sur les situations hypothétiques raisonnables ou le cadre d’analyse que je préconise, je suis convaincu que le par. 95(2) ne contrevient pas à l’art. 12 de la *Charte*. Il ne porte pas non plus atteinte au droit garanti à l’art. 7 de la *Charte*. Je suis donc d’avis d’accueillir les pourvois.

## II. Partie 1 : L’analyse au regard de l’art. 12 suivant la démarche axée sur les situations hypothétiques raisonnables

### A. *La démarche axée sur les situations hypothétiques raisonnables ne justifie pas l’invalidation du par. 95(2)*

[125] Pour conclure à l’inconstitutionnalité du par. 95(2), les juges majoritaires reprennent la démarche axée sur les « situations hypothétiques raisonnables » adoptée initialement par la Cour dans *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, puis appliquée dans les arrêts *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485, et *R. c. Morrisey*, 2000 CSC 39, [2000] 2 R.C.S. 90. Faisant fond sur ces arrêts, la Juge en chef affirme que les situations hypothétiques raisonnables doivent « s’appuyer sur l’expérience [. . .] et le bon sens » (par. 62). J’en conviens. Elle renvoie ensuite au par. 95(2) et dit craindre l’infliction de longues peines carcérales dans certains cas hypothétiques, notamment pour des « infractions réglementaires qui comportent une culpabilité morale minime, voire nulle, et qui n’exposent le public à aucun danger ou presque » (par. 83). Je partage l’inquiétude des juges majoritaires, mais je crois qu’il n’y a pas lieu de voir dans ces cas hypothétiques des situations hypothétiques *raisonnables*. Avec tout le respect que je dois à mes collègues, l’expérience judiciaire et le bon sens confirment le caractère non raisonnable des situations hypothétiques considérées.

[126] Commençons par l’expérience. Adopté en 1995, l’art. 95 s’applique depuis près de deux décennies. Il a toujours prévu une peine minimale obligatoire lorsque le poursuivant opte pour la mise

Since 2008, it has included the present three-year and five-year mandatory minimums. And yet, the respondents Mr. Nur and Mr. Charles are unable to point to a single licensing-type case over its entire history where a mandatory minimum imposed under s. 95(2) could be regarded as grossly disproportionate. Moreover, they cannot identify a single case where an offender who has committed a “licensing offence . . . involv[ing] little or no moral fault and little or no danger to the public” has been prosecuted by indictment, thus attracting a mandatory minimum (para. 83). In fact, in the only reported licensing-type case raised before this Court, the Crown proceeded summarily: *R. v. Snobelen*, [2008] O.J. No. 6021 (QL).<sup>2</sup>

[127] In *Snobelen*, the accused pleaded guilty to an offence under s. 95(1), as well as careless storage of a firearm under s. 86. He admitted to possession of an unregistered semi-automatic handgun with readily accessible ammunition, for which he lacked a valid licence. The gun came into his possession when it was shipped to his home along with other property from his ranch in Oklahoma. He was aware of the gun’s existence and intended to dispose of it — indeed, at the time of his arrest, he believed his wife had done so. Given the circumstances, the Crown elected to proceed summarily and sought a \$750 fine on each count, a weapons prohibition order, and a term of probation. In light of the mitigating factors, the sentencing judge entered an absolute discharge.

en accusation. Depuis 2008, il prévoit les actuelles peines minimales obligatoires de trois et cinq ans. Pourtant, les intimés, MM. Nur et Charles, ne sont pas en mesure d’avancer une seule affaire d’infraction de type réglementaire où, depuis l’entrée en vigueur de la disposition, une peine minimale obligatoire infligée sur le fondement du par. 95(2) peut être tenue pour totalement disproportionnée. Qui plus est, ils ne peuvent citer un seul cas où l’auteur d’une « infraction réglementaire qui comport[e] une culpabilité morale minime, voire nulle, et qui n’expos[e] le public à aucun danger ou presque » (par. 83) a été poursuivi par voie de mise en accusation, encourageant ainsi une peine minimale obligatoire. En fait, dans la seule décision rendue sur une infraction de ce type et portée à la connaissance de la Cour, le poursuivant a opté pour la procédure sommaire (*R. c. Snobelen*, [2008] O.J. No. 6021 (QL)).<sup>2</sup>

[127] Dans *Snobelen*, l’accusé avait plaidé coupable à l’infraction prévue au par. 95(1), ainsi qu’à celle d’entreposage négligent d’une arme à feu prévue à l’art. 86. Il avait reconnu avoir été en possession d’un pistolet semi-automatique non enregistré et de munitions facilement accessibles sans avoir été titulaire d’un permis valide. L’arme lui était parvenue à sa résidence, avec d’autres biens, en provenance de son ranch en Oklahoma. Il connaissait l’existence de l’arme et comptait s’en départir; de fait, au moment de son arrestation, il croyait que son épouse avait fait le nécessaire pour s’en départir. Le poursuivant a donc opté pour la procédure sommaire et requis une amende de 750 \$ par chef d’accusation, une ordonnance d’interdiction de posséder des armes à feu et une ordonnance de probation. Au vu des circonstances atténuantes, le juge appelé à déterminer la peine a prononcé une absolution inconditionnelle.

<sup>2</sup> The majority, at para. 80, uses *R. v. MacDonald*, 2014 SCC 3, [2014] 1 S.C.R. 37, as an example that licensing-type cases are reasonably foreseeable. However, *MacDonald* cannot be characterized as a licensing-type case, given the aggravating factors involved. Mr. MacDonald’s conduct went far beyond simply possessing the firearm in a place where he was not authorized to possess it under the terms of his licence. Indeed, the majority of this Court held that the arresting officer had reasonable grounds to believe that he posed an imminent threat to the safety of the public or the police: *MacDonald*, at para. 46.

<sup>2</sup> Au par. 80 de leurs motifs, les juges majoritaires invoquent *R. c. MacDonald*, 2014 CSC 3, [2014] 1 R.C.S. 37, pour illustrer un cas raisonnablement prévisible d’infraction de type réglementaire. Or, on ne peut y voir l’illustration d’une telle infraction étant donné les circonstances aggravantes en cause. Les actes reprochés à M. MacDonald allaient bien au-delà de la possession d’une arme à feu à un autre endroit que celui précisé dans son permis. Les juges majoritaires statuent en effet que le policier qui l’a arrêté avait des motifs raisonnables de croire à l’existence d’une menace imminente pour sa sécurité ou celle du public (*MacDonald*, par. 46).

[128] If licensing-type cases like *Snobelen* are the “experience” on which this sentencing scheme is to be evaluated, I perceive no foreseeable risk, reasonable or otherwise, that grossly disproportionate sentences will result.

[129] I turn to common sense. In this regard, I endorse Code J.’s observation that

as a matter of common sense it is hard to conceive of a “reasonable hypothetical” that depends on the Crown unreasonably electing to proceed by indictment, when the fair, just and appropriate election is to proceed summarily.

(2011 ONSC 4874, 241 C.R.R. (2d) 306 (the “*Nur*” sentencing reasons), at para. 110)

The reasonably foreseeable cases advanced by the majority assume that the Crown election is irrelevant. This perspective is at odds with Parliament’s deliberate choice to structure s. 95 as a hybrid offence, recognizing its wide ambit and empowering prosecutors to separate licensing-type cases from instances of more serious misconduct. This legislative choice is hardly controversial — hybrid offences abound in the *Criminal Code*. Crown counsel are granted the discretion to make these elections and do so on a daily basis in accordance with their sworn duty to act in the public interest. With respect, an application of the reasonable hypothetical approach that denies this reality — and indeed assumes the opposite — does not accord with common sense.

[130] I should add that the Crown election under s. 95 differs from the prosecutorial discretion discussed in *Smith*. In that case, the Court rejected the argument that the Crown’s discretion *not to apply the law* — that is, to charge a lesser offence or no offence at all — could salvage the impugned mandatory minimum. Here, the relevant discretion is the Crown election, which has been *purposely integrated into the legislative scheme*. Far from being a

[128] Si les affaires d’infractions de type réglementaire comme *Snobelen* constituent l’« expérience » à partir de laquelle il faut se prononcer sur le régime de détermination de la peine contesté en l’espèce, je ne perçois aucun risque prévisible, raisonnable ou autre, qu’une peine totalement disproportionnée résulte de l’application du régime.

[129] Je passe maintenant au bon sens. Je fais mienne la remarque suivante du juge Code sur ce point :

[TRADUCTION] . . . le bon sens permet difficilement de concevoir une « situation hypothétique raisonnable » où le poursuivant opte de manière déraisonnable pour la mise en accusation, alors qu’il serait juste, équitable et approprié d’opter pour la procédure sommaire.

(2011 ONSC 4874, 241 C.R.R. (2d) 306 (motifs de détermination de la peine dans *Nur*), par. 110)

Les situations hypothétiques raisonnables avancées par les juges majoritaires supposent que le mode de poursuite choisi importe peu. Or, conscient de la grande portée qu’aurait l’art. 95, le législateur a délibérément créé une infraction mixte et permis au poursuivant de distinguer la simple infraction de type réglementaire de l’infraction plus grave. Ce choix législatif prête difficilement à controverse dans la mesure où les infractions mixtes abondent dans *Code criminel*. Le ministère public jouit d’un pouvoir discrétionnaire qui lui permet de faire un tel choix quotidiennement, conformément à son serment d’agir dans l’intérêt public. En tout respect, l’application de la démarche axée sur les situations hypothétiques raisonnables qui nie cette réalité — et suppose en fait le contraire — va à l’encontre du bon sens.

[130] En outre, le choix effectué suivant l’art. 95 diffère du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites examiné dans l’arrêt *Smith*. Dans ce dossier, la Cour rejette la thèse selon laquelle le pouvoir discrétionnaire qui permet au poursuivant de *ne pas appliquer la loi* — soit inculper pour une infraction moindre, soit ne pas inculper du tout — peut sauvegarder la peine minimale obligatoire contestée. Dans la présente affaire, le pouvoir discrétionnaire



discretion not to apply the law, the Crown election is a clear expression of Parliament's intent to confer on prosecutors the ability to divert the least serious cases into summary proceedings. It is a mistake, in my view, to shunt this factor aside when crafting reasonable hypotheticals.

#### B. *Respecting Parliament*

[131] Gun crime is a matter of grave and growing public concern. Successive Parliaments have responded by enacting laws designed to denounce and deter such crime. The mandatory minimums in s. 95(2) were part of a suite of legislative changes put forward as “a direct response to the scourge of handgun crime that plagues our country”: House of Commons, Standing Committee on Justice and Human Rights, *Evidence*, No. 30, 1st Sess., 39th Parl., November 7, 2006, at p. 1. The parliamentary committee studying those changes heard compelling testimony from law enforcement about the devastating impact of gun violence across Canada. Toronto Police Chief William Blair noted a “significant increase in the number of shooting[s]” in Toronto and a rise in gun-related homicides in excess of 85 percent from 2004 to 2005: *ibid.*, No. 34, November 23, 2006, at p. 1. Due to the surge in shootings and gun deaths, 2005 was dubbed by local media as “the year of the gun” (*ibid.*).

[132] This is the context in which Parliament's choice to raise the mandatory minimums in s. 95 must be understood. That choice reflects valid and pressing objectives, and it is not for this Court to frustrate the policy goals of our elected representatives based on questionable assumptions or loose conjecture. As LeBel J. observed in *R. v. Nasogaluak*, 2010

exercé correspond au choix du mode de poursuite, lequel est *délibérément intégré au régime législatif*. Loin d'équivaloir au pouvoir d'appliquer ou non la loi, le choix du mode de poursuite traduit clairement l'intention du législateur de lui permettre de soumettre les cas les moins graves à la procédure sommaire. Il est à mon sens erroné d'écarter cette réalité au moment de concevoir des situations hypothétiques raisonnables.

#### B. *Respect du législateur*

[131] Les crimes liés aux armes à feu constituent de plus en plus un grave sujet d'intérêt public. Les formations successives du Parlement ont agi en adoptant des lois destinées à dénoncer ces crimes et à décourager leur perpétration. L'établissement de peines minimales obligatoires au par. 95(2) s'inscrit dans une série de mesures législatives se voulant « une réponse directe au fléau des actes criminels commis avec des armes de poing avec lequel notre pays est aux prises » (Chambre des communes, Comité permanent de la justice et des droits de la personne, *Témoignages*, n° 30, 1<sup>re</sup> sess., 39<sup>e</sup> lég., 7 novembre 2006, p. 1). Le comité parlementaire qui s'est penché sur les modifications a entendu les témoignages convaincants de responsables de l'application des lois sur les ravages causés par les crimes liés aux armes à feu à la grandeur du Canada. Le chef de la police de Toronto William Blair a relevé « une hausse considérable du nombre de fusillades » à Toronto, ainsi qu'une augmentation de plus de 85 p. 100 du nombre d'homicides commis à l'aide d'armes à feu de 2004 à 2005 (*ibid.*, n° 34, 23 novembre 2006, p. 1). D'ailleurs, les médias torontois ont qualifié 2005 d'« année de l'arme à feu » en raison de la vague de fusillades et de décès par balles qu'elle a connue (*ibid.*).

[132] C'est dans ce contexte qu'il faut considérer la décision du législateur de relever les peines minimales obligatoires prévues à l'art. 95, une décision motivée par des objectifs valables et urgents. Il n'appartient pas à la Cour de contrecarrer les objectifs de politique générale de nos élus sur la foi d'hypothèses discutables ou de vagues conjectures.

SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206, mandatory minimums are “a forceful expression of governmental policy in the area of criminal law” (para. 45).

[133] This Court in *Goltz* warned against the use of hypotheticals that are “far-fetched or only marginally imaginable” (p. 515). The Chief Justice echoes this point, stating that “[l]aws should not be set aside on the basis of mere speculation” (para. 62). Yet, I fear that the majority’s approach does precisely that. Indeed, the jurisprudence does not reveal any licensing-type cases that have been prosecuted by indictment. Moreover, the confluence of events necessary for a licensing-type offender to face the prospect of a grossly disproportionate sentence strikes me as more imaginary than real. With respect, this hypothetical scenario stretches the bounds of credulity. It is not, in my view, a sound basis on which to nullify Parliament’s considered response to a serious and complex issue.

[134] I believe the Chief Justice shares my concern that striking down the impugned mandatory minimums would, to some extent, frustrate Parliament’s efforts to denounce and deter gun crime. She identifies an alternative scheme that, in her view, would accomplish Parliament’s goals without offending s. 12 of the *Charter*:

Parliament could have achieved its objective by drafting an offence with a close correspondence between conduct attracting significant moral blameworthiness — such as those engaged in criminal activity or conduct that poses a danger to others — and the mandatory minimum . . . [para. 117]

[135] If I understand the Chief Justice correctly, Parliament could enact the impugned mandatory

Comme le fait observer le juge LeBel dans l’arrêt *R. c. Nasogaluak*, 2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206, les peines minimales obligatoires sont « l’expression claire d’une politique générale dans le domaine du droit pénal » (par. 45).

[133] Dans l’arrêt *Goltz*, la Cour met les tribunaux en garde contre la prise en compte de situations hypothétiques qui sont « invraisemblables ou difficilement imaginables » (p. 515). La Juge en chef en convient en affirmant qu’« [u]ne loi ne saurait être rendue inopérante sur la base de pures conjectures » (par. 62). Je crains toutefois que ce soit précisément ce qui résulte de l’approche des juges majoritaires. La jurisprudence ne révèle en effet l’existence d’aucune affaire où l’auteur d’une infraction de type réglementaire a été poursuivi par voie de mise en accusation. De plus, il m’apparaît clairement que la conjonction d’événements qui est nécessaire pour que l’auteur d’une telle infraction encoure une peine totalement disproportionnée relève davantage de la fiction que de la réalité. Soit dit en tout respect, pareil scénario hypothétique est peu crédible. Il ne s’agit pas selon moi d’une assise valable pour réduire à néant la solution réfléchie apportée par le législateur à un problème à la fois grave et complexe.

[134] Je crois que la Juge en chef partage ma crainte que l’invalidation des peines minimales obligatoires contestées contrecarre jusqu’à un certain point les mesures prises par le législateur pour dénoncer les crimes liés aux armes à feu et décourager leur perpétration. Elle avance une solution de rechange qui, selon elle, permettrait la réalisation des objectifs du législateur sans contrevenir à l’art. 12 de la *Charte* :

Le législateur aurait pu atteindre son objectif en créant une infraction pour laquelle il existe un rapport étroit entre le comportement auquel est associée une grande culpabilité morale — p. ex. le comportement ou l’acte criminel qui présente un danger pour autrui — et la peine minimale . . . [par. 117]

[135] Si je comprends bien, le législateur pourrait alors établir les peines minimales obligatoires dans

minimums as part of a revised offence containing an additional element beyond the existing elements of s. 95(1). For example, the offence could be limited to “those engaged in criminal activity” or to “conduct that poses a danger to others” (para. 117). Respectfully, the problem with this suggestion is two-fold. First, it is discordant with Parliament’s true objective in creating mandatory minimums for the unlawful *possession* of a loaded or readily loaded prohibited or restricted firearm. Second, as a practical matter, it may lead to an under-inclusive offence that fails to encompass certain conduct which Parliament sought to punish with mandatory terms of imprisonment.

[136] Section 95 targets the simple possession of guns that are frequently used in gang-related and other criminal activity: see *R. v. Nur*, 2013 ONCA 677, 117 O.R. (3d) 401, at paras. 54-57. Parliament has concentrated on simple possession for a reason: firearms — and particularly the firearms caught by s. 95 — are inherently dangerous. In *R. v. Felawka*, [1993] 4 S.C.R. 199, the Court recognized that “[a] firearm is expressly designed to kill or wound” and that “[n]o matter what the intention may be of the person carrying a gun, the firearm itself presents the ultimate threat of death to those in its presence” (p. 211). As the Attorney General of Canada observes in his factum, this sober reality resonates all the more for “restricted firearms (principally handguns) and prohibited firearms (principally machine guns and sawed-off rifles or shotguns)”: A.F. (*Nur*), at para. 64. These firearms are “the most strictly regulated because they are either easily concealable or generally do not serve a legitimate hunting or target shooting purpose” (*ibid.*). Outside of law enforcement, these guns are primarily found in the hands of criminals who use them to intimidate, wound, maim, and kill.

le cadre d’une infraction révisée qui comporterait un élément en sus de ceux déjà présents au par. 95(1). Par exemple, seul le comportement qui constituerait un « acte criminel » ou qui « présente[rait] un danger pour autrui » tomberait sous le coup de la disposition (par. 117). La solution avancée présente malheureusement deux difficultés. Premièrement, elle va à l’encontre du véritable objectif de l’établissement de peines minimales obligatoires applicables à la *possession* illégale d’une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte, chargée ou prête à l’être. Deuxièmement, elle peut mener dans les faits à la création d’une infraction dont la portée est trop étroite pour englober certains des comportements que le législateur a voulu réprimer au moyen de peines carcérales obligatoires.

[136] L’article 95 criminalise la simple possession d’armes à feu qui sont fréquemment employées par des gangs ou d’autres délinquants dans leurs activités criminelles (voir *R. c. Nur*, 2013 ONCA 677, 117 O.R. (3d) 401, par. 54-57). Le législateur s’en prend à la simple possession pour une raison : les armes à feu — en particulier celles que vise l’art. 95 — sont dangereuses en soi. Dans l’arrêt *R. c. Felawka*, [1993] 4 R.C.S. 199, la Cour reconnaît que « [l]’arme à feu est expressément conçue pour tuer ou blesser » et que « [p]eu importe l’intention de la personne qui porte un fusil, l’arme à feu incarne en soi la menace suprême de mort aux yeux de ceux qui y font face » (p. 211). Le procureur général du Canada signale dans son mémoire que ce froid constat vaut d’autant plus pour [TRANSLATION] « les armes à feu à autorisation restreinte (surtout des armes de poing) et les armes à feu prohibées (principalement des mitrailleuses et des carabines ou des fusils de chasse sciés) » (m.a., *Nur*, par. 64). Il s’agit des armes à feu « les plus strictement réglementées soit parce qu’elles sont faciles à dissimuler, soit parce qu’elles ne servent généralement aucune fin légitime de chasse ou de tir sur cible » (*ibid.*). Exception faite des responsables de l’application de la loi, ce sont surtout des criminels qui s’en servent et qui intimident, blessent, mutilent et tuent.

[137] Courts have repeatedly emphasized the inherent danger associated with these types of firearms. In *R. v. Elliston*, 2010 ONSC 6492, 225 C.R.R. (2d) 109, Aston J. rejected the argument that simple possession of a prohibited or restricted firearm, absent a harmful outcome, is insufficient to warrant an exemplary sentence:

The applicant submits that there are no actual adverse consequences that necessarily flow from the criminal conduct captured by s. 95 because the defined offence is simply the possession of the firearm as opposed to its actual use. It is true that adverse consequences do not necessarily flow from possession of a loaded handgun, but sometimes they do. And, because the risk is so grave that people will be seriously injured or killed, even when discharging the gun is not intentional, the gravity of the offence of simply possessing the weapon should not be underestimated . . . . [Emphasis in original; para. 15.]

Similarly, in *R. v. Chin*, 2009 ABCA 226, 457 A.R. 233, the Alberta Court of Appeal observed that “[m]ere possession of loaded firearms is inherently dangerous” (para. 10). The court underscored the reality that “[w]hen such weapons are allowed in the community, death and serious injury are literally at hand, only an impulse and trigger-pull away” (*ibid.*).

[138] Given this inherent danger, it was open to Parliament to conclude that simple possession of a loaded or readily loaded restricted or prohibited firearm should attract a significant mandatory custodial sentence. As the Minister of Justice stated when introducing the 2008 amendments to s. 95, “illegal possession of these firearms is becoming a growing concern” and “police especially are interested in the higher mandatory minimums for the possession of loaded or restricted firearms”: *House of Commons Debates*, vol. 141, No. 33, 1st Sess., 39th Parl., June 5, 2006, at p. 1941 (emphasis added). Adding further elements to the offence beyond simple possession would, in my view, unduly limit the application of the mandatory minimums, and thereby undermine Parliament’s objective to get dangerous

[137] Les tribunaux ont maintes fois mis en relief le danger inhérent à ces armes à feu. Dans *R. c. Elliston*, 2010 ONSC 6492, 225 C.R.R. (2d) 109, le juge Aston rejette la thèse voulant que la simple possession d’une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte, sans conséquence préjudiciable, ne justifie pas l’imposition d’une peine exemplaire :

[TRADUCTION] Le demandeur fait valoir qu’aucune conséquence préjudiciable réelle ne découle nécessairement du comportement criminel visé à l’art. 95, car selon sa définition, l’infraction s’entend seulement de la possession de l’arme à feu, non de son emploi dans les faits. Certes, la possession d’une arme de poing chargée n’a pas nécessairement de conséquences préjudiciables, mais elle en a parfois. Et parce que le risque que des gens soient grièvement blessés ou tués est si grand, même lorsque le coup n’est pas tiré intentionnellement, la gravité de l’infraction consistant dans la simple possession de l’arme ne doit pas être sous-estimée . . . [Souligné dans l’original; par. 15.]

De même, dans l’arrêt *R. c. Chin*, 2009 ABCA 226, 457 A.R. 233, la Cour d’appel de l’Alberta relève que la [TRADUCTION] « [s]imple possession d’une arme à feu chargée est dangereuse en soi » (par. 10). Elle souligne que « [l]orsque l’on tolère la présence de telles armes dans la collectivité, la mort et les blessures graves sont littéralement à portée de main : il suffit de presser puis de relâcher la détente » (*ibid.*).

[138] Étant donné ce danger inhérent, le législateur pouvait fort bien conclure que la simple possession d’une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte, chargée ou prête à l’être, devait emporter l’infliction d’une longue peine minimale obligatoire d’emprisonnement. Comme l’a dit le ministre de la Justice d’alors au moment du dépôt des modifications apportées à l’art. 95 en 2008, « la possession illégale de ces armes à feu est de plus en plus préoccupante » et « [l]es services de police s’intéressent surtout à la hausse des peines d’emprisonnement minimales liées à la possession d’armes à feu chargées ou à autorisation restreinte » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 141, n° 33, 1<sup>re</sup> sess., 39<sup>e</sup> lég., 5 juin 2006, p. 1941 (je souligne)). Étoffer l’infraction de manière qu’elle ne

weapons off the streets *before* they generate a specific risk of harm.

[139] This is borne out by the committee testimony of Chief Blair, who stressed the importance of empowering police to target possession before a specific risk of harm materializes:

If you're not a police or security professional in the city of Toronto, the only reason to carry a loaded handgun in our streets is to kill people. When we apprehend those individuals for those offences who are in possession of those guns, we need to be able to intervene at that point. It is a significant and serious enough trigger that the individual represents an overwhelming threat to public safety, and the criminal justice system has to be able to deal effectively with that individual. [Emphasis added.]

(Standing Committee on Justice and Human Rights, *Evidence*, No. 34, at p. 4)

Chief Blair further noted that heightened mandatory minimums would play a vital role in deterring this dangerous conduct:

... there is certainly a perception of a lack of consequences for those very serious offences, and the sentences that people have been receiving for carrying firearms are more reflective of the carrying of a loaded handgun in the city of Toronto as if it were a regulatory problem as opposed to a significant public safety problem.

... I believe a rational person would be deterred by two things: first of all, the likelihood of being caught; and when caught, suffering with real consequences for their actions. I think both of those things would deter a rational person. [*ibid.*, at pp. 3 and 8]

[140] Based on this compelling testimony, Parliament chose to punish simple possession with significant custodial penalties, while leaving open the

s'entende plus de la seule possession réduirait selon moi indûment la portée de l'application des peines minimales obligatoires et contrecarrerait ainsi l'objectif du législateur de retirer de la circulation des armes dangereuses *avant* qu'elles ne créent un risque de préjudice précis.

[139] C'est ce que confirme le témoignage devant le comité du chef de police Blair, qui insiste sur l'importance d'habiliter les policiers à réprimer la possession avant qu'un risque de préjudice précis se concrétise :

Si la personne n'est pas un policier ou un agent de sécurité à Toronto, la seule raison qu'elle a de porter une arme de poing chargée dans la rue est de tuer quelqu'un. Alors, quand nous arrêtons quelqu'un qui est en possession d'une telle arme à feu, ce qui est une infraction, nous devons être en mesure d'intervenir à l'instant même. Il s'agit là d'un indicateur assez grave que cette personne présente une menace excessive pour la sécurité publique. Le système de justice pénale doit être en mesure d'intervenir adéquatement. [Je souligne.]

(Comité permanent de la justice et des droits de la personne, *Témoignages*, n° 34, p. 4)

M. Blair ajoute que des peines minimales obligatoires d'une durée accrue contribueraient grandement à décourager ce comportement dangereux :

... il règne certainement une impression d'inconséquence à l'égard de ces infractions très graves, et les peines qui sont infligées aux délinquants pris à porter une arme à feu chargée dans les rues de Toronto sont plus représentatives d'une infraction à un règlement que d'un problème important de sécurité publique.

... je suis d'avis qu'une personne rationnelle serait dissuadée par deux choses : la possibilité d'être appréhendée et les conséquences réelles qu'elle subirait dans ce cas. Je crois que ces deux éléments dissuaderaient une personne rationnelle. [*ibid.*, p. 3 et 8]

[140] Au vu de ce témoignage convaincant, le législateur a résolu de sanctionner la simple possession par des peines carcérales importantes tout



option of summary proceedings for the licensing-type offences about which the majority is rightly concerned. I would respect that legislative choice. In my view, sending our elected representatives back to the drawing board on s. 95 would impede the goals of deterring and denouncing the unlawful possession of deadly weapons and keeping them out of the hands of those who would use them as instruments of intimidation, death, and destruction.

[141] Moreover, I am concerned that adding new elements to the offence would render the mandatory minimums under-inclusive. The majority identifies two possible elements that could be added to s. 95. The first would limit the offence to “those engaged in criminal activity” (para. 117). As I understand it, this element would require the Crown to prove that the accused possessed the firearm for a criminal purpose — a high bar for prosecutors to meet. Even on the facts of Mr. Nur’s case, it does not appear that the Crown could prove this element beyond a reasonable doubt: *Nur* sentencing reasons, at paras. 61, 66 and 68-69. Incorporating a criminal purpose element could thus exclude cases like Mr. Nur’s, where the imposition of a mandatory minimum sentence is uncontroversial.

[142] The second suggestion would limit the offence to “conduct that poses a danger to others” (para. 117). I understand this element to mean something more than the inherent danger posed by all instances of possession contrary to s. 95. The element would therefore require the Crown to prove a *specific* risk of harm. In my view, the addition of this element would again render the offence under-inclusive.

[143] A simple example illustrates this point. A police officer stops a vehicle in a remote, unpopulated area and sees a handgun in plain view on the back seat. The driver is cooperative, but does not have a licence for the firearm. The officer suspects that he may be involved in gang-related activity.

en permettant au poursuivant d’opter pour la procédure sommaire dans le cas des infractions de type réglementaire, dont se préoccupent à juste titre les juges majoritaires. Je suis d’avis de respecter ce choix législatif. J’estime que renvoyer les élus à leur planche à dessin et leur demander de reformuler l’art. 95 irait à l’encontre des objectifs qui consistent à décourager et à dénoncer la possession illégale d’armes mortelles et à les retirer des mains de ceux qui s’en servent pour intimider, tuer et détruire.

[141] En outre, je crains que l’ajout de nouveaux éléments à l’infraction ne fasse indûment en sorte que les peines minimales obligatoires ne s’appliquent pas à certains actes auxquels le législateur a voulu qu’elles s’appliquent. Les juges majoritaires font état de deux éléments qui pourraient être intégrés à la disposition. Premièrement, la précision que seul est visé « le comportement ou l’acte criminel » (par. 117). Selon mon interprétation, le poursuivant devrait alors prouver que l’accusé avait l’arme à feu en sa possession dans un dessein criminel, ce qui est très ardu. Même dans le cas de M. Nur, il n’est pas évident que le poursuivant pourrait s’acquitter de ce fardeau de preuve hors de tout doute raisonnable (motifs de détermination de la peine dans *Nur*, par. 61, 66 et 68-69). Exiger la preuve d’un dessein criminel pourrait donc soustraire des délinquants comme M. Nur à l’application de la disposition même lorsque l’imposition d’une peine minimale obligatoire n’est pas contestée.

[142] Deuxièmement, ne serait visé que le comportement ou l’acte criminel « qui présente un danger pour autrui » (par. 117). Je vois dans cet élément quelque chose de plus que le danger inhérent à tous les cas de possession contraire à l’art. 95. Dès lors, le poursuivant devrait prouver l’existence d’un risque de préjudice *précis*. J’estime que, là encore, cette exigence supplémentaire réduirait indûment la portée de la disposition.

[143] Considérons un simple exemple. Dans un endroit reculé et peu habité, après avoir enjoint à une personne d’immobiliser son véhicule, un policier aperçoit une arme de poing bien en vue sur le siège arrière. Le conducteur se montre coopératif, mais il n’est pas titulaire d’un permis pour l’arme.

In these circumstances, it is unclear whether the Crown could prove, beyond a reasonable doubt, that the driver's possession of the firearm created a specific risk of harm. Yet, this is precisely the type of situation to which the mandatory minimums in s. 95 are intended to apply. Indeed, the Minister specifically indicated that "increasing numbers of handguns [are being] found in cars", and that "it is very important to have . . . higher minimum penalties" to address such situations: *House of Commons Debates*, vol. 141, at pp. 1943 and 1941.

[144] The record plainly demonstrates that, after lengthy debate and study, Parliament responded to the pressing issue of gun crime by enacting the heightened mandatory minimums in s. 95(2). In my view, that policy choice merits considerable deference. Where matters of public safety are implicated, we should be wary of second-guessing the choices of our elected representatives, absent a compelling justification.

[145] For these reasons, I see no basis for striking down s. 95(2) using the reasonable hypothetical approach.

### III. Part 2: Section 12 Analysis Under a Different Framework

#### A. *Hybrid Offences Call for a Different Analytical Framework Under Section 12 of the Charter*

[146] As I have explained, the reasonable hypothetical approach does not justify striking down the impugned mandatory minimums. The scenarios contemplated by the majority — sending someone to jail for three years for what amounts to a licensing-type offence — are, in my respectful view, speculative and strain the bounds of credulity. They are not grounded in experience or common sense.

Le policier le soupçonne d'appartenir à un gang. Dans de telles circonstances, on ne saurait dire si le poursuivant serait en mesure de prouver hors de tout doute raisonnable que la possession de l'arme à feu par le conducteur créait un risque de préjudice précis. Pourtant, c'est là précisément le genre de situation à laquelle sont censées s'appliquer les peines minimales obligatoires que prévoit l'art. 95. Le ministre a d'ailleurs dit expressément qu'« un nombre croissant d'armes de poing [sont] trouvées dans les voitures » et qu'« [i]l est très important que l'on puisse imposer des peines minimales plus sévères » pour remédier à ce problème (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 141, p. 1943 et 1941).

[144] Il appert clairement du dossier qu'après de longs débats et une étude approfondie, le législateur a décidé de s'attaquer au problème urgent des crimes liés aux armes à feu par le relèvement des peines minimales obligatoires prévues au par. 95(2). À mon avis, cette décision de politique générale justifie une grande déférence. En matière de sécurité publique, il faut se garder de remettre en question les choix des élus, sauf justification valable.

[145] Pour ces motifs, je ne vois aucune raison d'invalider le par. 95(2) par application de la démarche axée sur les situations hypothétiques raisonnables.

### III. Partie 2 : L'analyse au regard de l'art. 12 suivant une démarche différente

#### A. *Le contrôle des infractions mixtes au regard de l'art. 12 de la Charte exige un cadre d'analyse différent*

[146] Comme je l'ai expliqué, la démarche axée sur les situations hypothétiques raisonnables ne justifie pas l'invalidation des peines minimales obligatoires contestées. Soit dit en tout respect, les scénarios envisagés par les juges majoritaires — la condamnation d'une personne à trois ans d'emprisonnement pour un acte qui équivaut à une infraction de type réglementaire — relèvent de la conjecture et sont peu crédibles. Ils ne s'appuient ni sur l'expérience ni sur le bon sens.

[147] In any event, I believe that a different analytical framework is required here. Why? Because, to date, our s. 12 jurisprudence from *Smith* to *Morrissey* has only considered the constitutionality of mandatory minimum sentences in the context of straight indictable offences. This is the first time we have examined their constitutionality in a hybrid scheme. As I will explain, that makes a world of difference and justifies a different analytical framework under s. 12.

[148] Section 95 is a hybrid offence that carries no minimum sentence when the Crown proceeds summarily. When the Crown proceeds by indictment, there is a mandatory minimum of three years for a first offence, and five years for a second or subsequent offence. The legislative intent underlying this hybrid scheme is evident. Section 95 captures a wide array of conduct involving varying degrees of moral blameworthiness. The least blameworthy conduct — licensing-type cases — is meant to be prosecuted summarily, thereby avoiding the application of the mandatory minimum.

[149] Parliament's intention to divert the least serious cases into summary proceedings is critical to assessing the constitutionality of s. 95(2). By creating a "safety valve" to shield licensing-type cases from the reach of the mandatory minimum, Parliament has effectively *conceded* the existence of reasonably foreseeable cases in which a mandatory minimum would be grossly disproportionate. Given this concession, the reasonable hypothetical approach is redundant.

[150] Rather, the proper analytical framework should focus on the safety valve — the Crown's discretion to elect summary proceedings in the least serious cases. I will describe that framework in detail below. Briefly, it has two stages. First, the

[147] Quoi qu'il en soit, je crois qu'un cadre d'analyse différent s'impose en l'espèce. La raison en est que, à ce jour, dans ses décisions relatives à l'art. 12 — de l'arrêt *Smith* à l'arrêt *Morrissey* —, la Cour s'est penchée uniquement sur la constitutionnalité des peines minimales obligatoires dans le contexte d'infractions qui ne se prêtaient qu'à la poursuite sur mise en accusation. C'est la première fois qu'elle est appelée à examiner la constitutionnalité de telles peines dans le cadre d'un régime mixte. Comme je l'explique ci-après, cela change complètement la donne et commande un cadre d'analyse différent pour l'application de l'art. 12.

[148] L'article 95 crée une infraction mixte qui n'expose le délinquant à aucune peine minimale lorsque le ministère public opte pour la procédure sommaire. Lorsqu'il y a mise en accusation, la peine minimale obligatoire est de trois ans pour une première infraction et de cinq ans en cas de récidive. L'intention du législateur qui sous-tend ce régime mixte est évidente. L'article 95 vise une vaste gamme de comportements auxquels sont associés divers degrés de culpabilité morale. Les comportements les moins répréhensibles — les infractions de type réglementaire — sont censés faire l'objet d'une procédure sommaire et échapper ainsi à l'application de la peine minimale obligatoire.

[149] L'intention du législateur de faire en sorte que les infractions les moins graves fassent l'objet d'une procédure sommaire est cruciale lorsqu'il s'agit de se prononcer sur la constitutionnalité du par. 95(2). En créant une « soupape » pour empêcher l'application des peines minimales obligatoires aux infractions de type réglementaire, le législateur a effectivement *reconnu* l'existence de situations raisonnablement prévisibles dans lesquelles la peine minimale obligatoire serait totalement disproportionnée. Étant donné cette reconnaissance, la démarche axée sur les situations hypothétiques raisonnables est redondante.

[150] L'analyse qui convient devrait plutôt être axée sur cette soupape, soit le pouvoir discrétionnaire qui permet au ministère public d'opter pour la procédure sommaire dans les cas les moins graves. J'en ferai état plus en détail ci-après. En résumé,

court must determine whether the hybrid scheme adequately protects against the imposition of grossly disproportionate sentences *in general*. Second, the court must determine whether the Crown has exercised its discretion in a manner that results in a grossly disproportionate sentence *for a particular offender*.

[151] This Court adopted a similar framework in *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134, where the analysis turned on the existence of a safety valve in the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19 (“CDSA”). Section 4(1) of the CDSA prohibits possession of certain controlled substances, but s. 56 empowers the Minister of Health to grant exemptions from this prohibition where necessary for a medical or scientific purpose. In *PHS*, the claimants were clients of Vancouver’s safe injection facility who challenged the constitutionality of the drug possession prohibition, arguing that it violated their rights under s. 7 of the *Charter*. The facility had previously been granted an exemption under s. 56, but the Minister had declined to renew it.

[152] The Chief Justice dealt with the constitutional challenge in two stages. First, she examined whether the prohibition in s. 4(1) was unconstitutional. In her view, the availability of a ministerial exemption was crucial to this analysis. She noted that “[t]he constitutional validity of s. 4(1) of the [CDSA] cannot be determined without considering” the exemption in s. 56, which is “designed to relieve against unconstitutional or unjust applications of that prohibition” (para. 109). Ultimately, she concluded that s. 4(1) was constitutional because “[t]he availability of exemptions acts as a safety valve that prevents the CDSA from applying where such application would be [unconstitutional]” (para. 113 (emphasis added)). Second, the Chief Justice inquired into whether the Minister had exercised his discretion in a manner that violated the claimants’ s. 7 rights. She found that he had, and granted a remedy under s. 24(1) of the *Charter*. In my view,

elle comporte deux étapes. Premièrement, le tribunal doit se demander si le régime mixte en question assure *de façon générale* une protection adéquate contre l’imposition de peines totalement disproportionnées. Deuxièmement, il doit se demander si le ministère public a exercé son pouvoir discrétionnaire de manière qu’une peine totalement disproportionnée soit infligée à *un délinquant en particulier*.

[151] Dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134, où l’analyse repose sur l’existence d’une soupape dans la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, c. 19 (la « Loi »), la Cour adopte un cadre d’analyse semblable. Le paragraphe 4(1) de cette loi interdit la possession de certaines substances désignées, mais son art. 56 autorise le ministre de la Santé à accorder des exemptions lorsque des raisons médicales ou scientifiques le justifient. Dans cette affaire, les demandeurs, des clients d’un centre d’injection supervisé situé à Vancouver, contestaient la constitutionnalité de l’interdiction de possession de drogues au motif qu’elle violait les droits que leur garantissait l’art. 7 de la *Charte*. Une exemption fondée sur l’art. 56 avait auparavant été accordée au centre, mais le ministre avait refusé de la renouveler.

[152] La Juge en chef examine la contestation constitutionnelle en deux étapes. Premièrement, elle s’interroge sur la constitutionnalité de l’interdiction prévue au par. 4(1). La possibilité d’obtenir une exemption ministérielle joue, à son avis, un rôle crucial à cet égard : « On ne peut apprécier la validité constitutionnelle [de la *Loi*] sans tenir compte » de l’exemption prévue au par. 56 « conçu[e] pour remédier aux applications inconstitutionnelles ou inéquitables de cette interdiction » (par. 109). Elle conclut finalement à la constitutionnalité du par. 4(1) parce que « [l]a possibilité d’accorder des exemptions sert de soupape empêchant l’application de la *Loi* dans les cas où son application serait [inconstitutionnelle] » (par. 113 (je souligne)). Deuxièmement, la Juge en chef se demande si le ministre a exercé son pouvoir discrétionnaire de manière attentatoire aux droits que garantit l’art. 7 aux demandeurs. Elle répond par l’affirmative et accorde une

this two-stage approach offers a more compelling framework than the use of reasonable hypotheticals to resolve a s. 12 constitutional challenge to a mandatory minimum sentence in a hybrid scheme.

[153] The majority states that the use of reasonable hypotheticals to evaluate mandatory minimums is settled law and necessarily applies here. It characterizes my proposed framework as “a radical departure from the constitutional framework” that has animated this Court’s s. 12 jurisprudence (para. 94). With respect, I disagree with this assessment. Parliament’s choice to craft s. 95 as a hybrid offence distinguishes the present context from our previous s. 12 jurisprudence. None of those cases involved a hybrid sentencing scheme that effectively conceded the existence of reasonably foreseeable cases where the mandatory minimum would be grossly disproportionate.

[154] By way of example, s. 95 is markedly different from the offence in *Smith*. In that case, the narcotics importing offence was a straight indictable offence carrying a seven-year mandatory minimum. Like s. 95, it covered a wide array of conduct, from large-scale drug smuggling to the hypothetical “young person who, while driving back into Canada from a winter break in the U.S.A., is caught with . . . his or her first ‘joint of grass’” (p. 1053). However, unlike s. 95, that offence did not include the option for prosecutors to proceed summarily. Parliament had not turned its mind to the possibility that the offence might catch less serious cases that would not merit a seven-year custodial sentence. Rather, Parliament targeted the problem of narcotics importation with the blunt instrument of a straight indictable offence carrying a long mandatory term of imprisonment. The scheme did not adequately protect against the imposition of grossly

réparation sur le fondement du par. 24(1) de la *Charte*. À mon avis, cette démarche en deux étapes offre un cadre d’analyse plus convaincant que la démarche axée sur les situations hypothétiques raisonnables lorsqu’il s’agit de statuer sur une contestation constitutionnelle qui se fonde sur l’art. 12 et qui vise une peine minimale obligatoire applicable dans le cadre d’un régime mixte.

[153] Les juges majoritaires affirment que le recours aux situations hypothétiques raisonnables pour se prononcer sur une peine minimale obligatoire est un principe juridique établi qui vaut nécessairement en l’espèce. Ils disent du cadre d’analyse que je propose qu’il « s’éloigne radicalement du cadre d’analyse constitutionnelle » qui sous-tend la jurisprudence de la Cour relative à l’art. 12 (par. 94). Soit dit en tout respect, je ne partage pas leur opinion. Le choix du législateur de créer une infraction mixte à l’art. 95 fait en sorte que la présente espèce se distingue des affaires antérieures dans lesquelles la Cour a statué sur l’application de l’art. 12. Aucune de ces autres affaires ne porte sur un régime mixte de détermination de la peine qui reconnaît effectivement l’existence de situations raisonnablement prévisibles où la peine minimale obligatoire serait totalement disproportionnée.

[154] À titre d’exemple, l’infraction créée à l’art. 95 est très différente de celle dont il est question dans l’arrêt *Smith*, à savoir l’importation de stupéfiants, un acte qui commande la poursuite sur mise en accusation et qui est punissable d’une peine minimale obligatoire de sept ans d’emprisonnement. Tout comme l’infraction prévue à l’art. 95, cette autre infraction visait une vaste gamme de comportements, allant de la contrebande de drogues à grande échelle à la situation hypothétique de « la jeune personne qui, à son retour en voiture au Canada après avoir passé son congé de mi-session d’hiver aux États-Unis, aurait été surprise en possession [. . .] de son premier “joint de mari” » (p. 1053). Cependant, contrairement à l’infraction prévue à l’art. 95, elle n’offrait pas au poursuivant la possibilité d’opter pour la procédure sommaire. Le législateur n’avait pas envisagé la possibilité que l’infraction s’applique à des cas moins graves qui



disproportionate sentences, and the Court rightly struck it down.

[155] However, if *Smith* had involved a hybrid offence like s. 95, I believe that the Court's analysis would have been different. A hybrid offence would have signalled Parliament's intention to shield the least serious cases from the mandatory minimum. In such circumstances, Lamer J.'s hypothetical would have had little persuasive force. Simply put, it is virtually impossible to imagine Crown counsel proceeding by indictment against a young person caught bringing a single joint of marijuana across the border, especially when he or she would face a minimum penalty of seven years' imprisonment.

[156] In sum, I am not persuaded that the reasonable hypothetical approach is binding or even useful in this context. The legislative intent in enacting a hybrid sentencing scheme points to a different analytical framework.

B. *The Proper Analytical Framework Under Section 12 for Hybrid Offences Containing a Mandatory Minimum Sentence*

[157] I would adopt a two-stage framework to evaluate whether a mandatory minimum sentence in a hybrid scheme complies with s. 12. First, the court must determine whether the scheme adequately protects against grossly disproportionate sentences *in general*. Second, the court must determine whether the Crown has exercised its discretion in a manner that results in a grossly disproportionate sentence *for the particular offender* before the court.

ne justifiaient pas une peine d'emprisonnement de sept ans. Il s'était plutôt attaqué au problème de l'importation de stupéfiants au moyen de l'instrument sans nuance qu'est la création d'un acte criminel qui commande la poursuite par mise en accusation et qui est punissable d'une longue peine d'emprisonnement obligatoire. Le régime en place n'assurait pas une protection adéquate contre l'infliction de peines totalement disproportionnées, et la Cour l'a à juste titre invalidé.

[155] Toutefois, si, dans l'affaire *Smith*, il avait été question d'une infraction mixte comme celle que crée l'art. 95, l'analyse de la Cour aurait selon moi été différente. La création d'une infraction mixte aurait traduit l'intention du législateur de soustraire les cas les moins graves à l'application de la peine minimale obligatoire. Le cas échéant, l'hypothèse considérée par le juge Lamer aurait été peu convaincante. En d'autres mots, il est pratiquement impossible de concevoir que le ministère public opte pour la mise en accusation dans le cas d'une jeune personne surprise en possession d'un seul joint de marijuana lors d'un contrôle à la frontière, en particulier lorsque cette personne s'exposerait à une peine minimale de sept ans d'emprisonnement.

[156] En bref, je ne suis pas convaincu que la démarche axée sur les situations hypothétiques raisonnables lie la Cour ou soit même utile en l'espèce. L'intention du législateur qui adopte un régime mixte de détermination de la peine milite en faveur du recours à un cadre d'analyse différent.

B. *Le bon cadre d'analyse pour le contrôle au regard de l'art. 12 d'une infraction mixte assortie d'une peine minimale obligatoire*

[157] Il convient à mon avis de recourir à une analyse en deux étapes pour déterminer si, dans un régime mixte, une peine minimale obligatoire respecte ou non l'art. 12. Premièrement, le tribunal se demande si, *de façon générale*, le régime assure une protection adéquate contre l'infliction de peines totalement disproportionnées. Deuxièmement, il doit se demander si le poursuivant a exercé son pouvoir discrétionnaire de manière qu'une peine totalement disproportionnée soit infligée *au délinquant en cause*.

(1) Determining Whether the Scheme Adequately Protects Against Grossly Disproportionate Sentences in General

[158] This stage of the analysis has two parts. First, the court must determine the sentencing range for indictable convictions under the sentencing regime that existed prior to the enactment of the impugned mandatory minimum.<sup>3</sup> This is done with reference to actual sentences found in reported cases. The court must then isolate the low end of that sentencing range. By “low end”, I do not mean the absolute lowest sentence that can be found in the reported cases. Rather, I refer to the types of sentences that are generally imposed on the least blameworthy offenders in the indictable category. This low end serves as an objective indicator of appropriate sentences for the least serious instances of the offence that would realistically be prosecuted by indictment.

[159] Second, the court must compare the impugned mandatory minimum with the low end of the prior range. If the mandatory minimum is grossly disproportionate to sentences at the low end, then the scheme does not adequately protect against the imposition of grossly disproportionate sentences *in general*. On the contrary, it puts an identifiable set of offenders directly at risk of cruel and unusual punishment in violation of s. 12. The proper remedy here lies under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, and the mandatory minimum must be struck down.

<sup>3</sup> This will be the case even when the prior regime included a mandatory minimum. For example, where an offence previously carried a mandatory minimum of two years that was later raised to four years, the sentencing range under the prior sentencing regime will be the range of sentences imposed while the two-year mandatory minimum was in effect. Where an offence is newly enacted such that no prior sentencing range exists, the court would look to sentences imposed for similar offences to construct a plausible sentencing range.

(1) Le régime assure-t-il de façon générale une protection adéquate contre l’infliction de peines totalement disproportionnées?

[158] Cette étape de l’analyse comporte deux volets. Le tribunal doit d’abord établir la fourchette des peines infligées sur déclaration de culpabilité à l’issue d’une mise en accusation suivant le régime de détermination de la peine qui existait avant l’adoption de la peine minimale obligatoire contestée<sup>3</sup>. Pour le faire, il s’en remet aux peines effectivement imposées dans les cas répertoriés. Il circonscrit alors l’extrémité inférieure de cette fourchette. Je n’entends pas par « extrémité inférieure » la peine la moins sévère que l’on puisse recenser, mais bien les peines généralement infligées pour les actes les moins répréhensibles dans la catégorie des infractions punissables par voie de mise en accusation. Cette extrémité inférieure constitue un indicateur objectif des peines qui conviennent dans les cas les moins graves de perpétration de l’infraction où il serait réaliste que le poursuivant opte pour la mise en accusation.

[159] Ensuite, le tribunal compare la peine minimale obligatoire contestée et l’extrémité inférieure de la fourchette antérieure. Si la peine minimale obligatoire est totalement disproportionnée aux peines situées à l’extrémité inférieure de cette fourchette, le régime n’assure pas *de façon générale* une protection adéquate contre l’infliction de peines totalement disproportionnées. Au contraire, il expose directement un groupe déterminable de délinquants au risque de se voir infliger une peine cruelle et inusitée en violation de l’art. 12. La réparation qui s’impose alors relève du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et la peine minimale obligatoire doit être invalidée.

<sup>3</sup> Ce sera le cas même lorsque le régime antérieur prévoyait une peine minimale obligatoire. Par exemple, lorsqu’une infraction appelait auparavant l’imposition d’une peine minimale obligatoire de deux ans d’emprisonnement, peine qui est passée par la suite à quatre ans, la fourchette des peines imposées suivant le régime antérieur constituera la fourchette des peines appliquées lorsque la peine minimale obligatoire de deux ans était en vigueur. Lorsqu’il s’agit d’une nouvelle infraction et qu’aucune fourchette antérieure n’existe, le tribunal examinera les peines infligées pour des infractions semblables afin d’établir une fourchette plausible.

(2) Determining Whether the Crown Has Exercised Its Discretion in a Manner That Results in a Grossly Disproportionate Sentence for the Particular Offender

[160] If the scheme itself is upheld, the court must move on to the second stage and determine whether the Crown has exercised its discretion in a manner that results in a grossly disproportionate sentence for the particular offender before the court. In those rare cases where the Crown's decision to proceed by indictment leads to a grossly disproportionate sentence, a remedy will lie under s. 24(1) of the *Charter*.

[161] As noted, the focus here is on the constitutionality of state action, and not the law itself. Specifically, the state action at issue is the Crown election. The decision to proceed summarily or by indictment is a matter of core prosecutorial discretion, reviewable only for abuse of process: *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167, at paras. 44 and 48. In my view, a decision to prosecute by indictment that would give rise to a grossly disproportionate sentence represents a *per se* abuse of process in violation of s. 12. Generally, the appropriate and just remedy in the circumstances will be a sentence reduction below the mandatory minimum.

(a) *Applying the Abuse of Process Doctrine Under the Proposed Framework*

[162] The abuse of process jurisprudence under s. 7 of the *Charter* is consistent with my proposed framework. In *R. v. Nixon*, 2011 SCC 34, [2011] 2 S.C.R. 566, the Court described two categories of abuse of process. The first category involves “prosecutorial conduct affecting the fairness of the trial” (para. 36). The second, residual category relates to “conduct that ‘contravenes fundamental notions of justice and thus undermines the integrity of the judicial process’”: *ibid.*, quoting *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 73.

(2) Le poursuivant a-t-il exercé son pouvoir discrétionnaire de manière qu'une peine totalement disproportionnée soit infligée au délinquant en cause?

[160] Si le régime comme tel est maintenu, le tribunal passe à la deuxième étape de l'analyse et se demande si le poursuivant a exercé son pouvoir discrétionnaire de manière qu'une peine totalement disproportionnée soit infligée au délinquant en cause. Dans les rares cas où la décision d'opter pour la mise en accusation mènera à l'imposition d'une peine totalement disproportionnée, une réparation pourra être obtenue sur le fondement du par. 24(1) de la *Charte*.

[161] Comme nous l'avons vu, l'accent est alors mis sur la constitutionnalité non pas de la loi comme telle, mais bien de l'acte de l'État, à savoir le choix du mode de poursuite. La décision d'opter pour la procédure sommaire ou la mise en accusation relève du pouvoir discrétionnaire essentiel en matière de poursuites, un pouvoir susceptible de contrôle uniquement en cas d'abus de procédure (*R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167, par. 44 et 48). À mon sens, lorsque le choix de la mise en accusation entraînerait l'imposition d'une peine totalement disproportionnée, il y a abus de procédure en soi contrairement à l'art. 12. En général, la réparation convenable et juste dans les circonstances consiste à réduire la durée de la peine de façon qu'elle soit inférieure à la peine minimale obligatoire.

a) *Application de la notion d'abus de procédure suivant le cadre d'analyse proposé*

[162] La jurisprudence relative à l'abus de procédure au regard de l'art. 7 de la *Charte* est compatible avec le cadre d'analyse que je propose. Dans l'arrêt *R. c. Nixon*, 2011 CSC 34, [2011] 2 R.C.S. 566, la Cour renvoie à deux catégories d'abus de procédure. La première concerne « les cas où la conduite du poursuivant porte atteinte à l'équité du procès » (par. 36). La seconde — résiduelle — vise « les cas où la conduite [...] “contre[vient] aux notions fondamentales de justice et [mine] ainsi l'intégrité du processus judiciaire” » (*ibid.*, citant *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 73).

[163] I rely on this residual category to address Crown conduct that would lead to a grossly disproportionate sentence. State action that puts an offender at risk of cruel and unusual punishment necessarily “contravenes fundamental notions of justice” and “undermines the integrity of the judicial process” (*ibid.*). Although the Court in *Nixon* was discussing s. 7 of the *Charter*, I am satisfied that an abuse of process in the residual category may lie under s. 12 as well.

[164] Abuse of process is typically characterized by intentional misconduct or bad faith. However, in *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309, the Court held that

while it is generally true that the residual category [of abuse of process] will be invoked as a result of state *misconduct*, this will not always be so. Circumstances may arise where the integrity of the justice system is implicated in the absence of misconduct. [Emphasis in original; para. 37.]

Charron J. made a similar point in *Nixon*, noting that “proof of prosecutorial misconduct, while relevant, is not a prerequisite” to finding an abuse of process (para. 39).

[165] This is a long-standing principle. Indeed, in *Nixon*, Charron J. cites *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657, in which the Court observed that “requiring misconduct or an improper motive would . . . unduly restrict the operation of the doctrine”, and that “[p]rosecutorial misconduct and improper motivation are but two of many factors to be taken into account” (p. 659). Nothing in our subsequent jurisprudence has altered this principle.

[166] By way of example, this principle was applied in *R. v. Jack* (1996), 113 Man. R. (2d) 260 (C.A.). In that case, the Manitoba Court of Appeal considered whether it would constitute an abuse of process for the Crown to subject the accused to a

[163] Les cas où la conduite du poursuivant mènerait à l'imposition d'une peine totalement disproportionnée relèvent, à mon avis, de cette catégorie résiduelle. L'acte de l'État qui expose le délinquant au risque de subir une peine cruelle et inusitée contrevient nécessairement aux « notions fondamentales de justice » et « [mine] [. . .] l'intégrité du processus judiciaire » (*ibid.*). Même si, dans l'arrêt *Nixon*, l'analyse de la Cour se fonde sur l'art. 7 de la *Charte*, je suis convaincu qu'il peut également y avoir abus de procédure de nature résiduelle au regard de l'art. 12.

[164] L'abus de procédure se caractérise habituellement par une conduite répréhensible intentionnelle ou par la mauvaise foi. Cependant, dans *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309, la Cour affirme :

bien qu'il soit généralement vrai que l'on invoque la catégorie résiduelle [de l'abus de procédure] à la suite d'une *conduite répréhensible* de l'État, il n'en est pas toujours ainsi. Il peut y avoir des situations où l'intégrité du système de justice est en jeu en l'absence d'une conduite répréhensible. [En italique dans l'original; par. 37.]

La juge Charron exprime un point de vue semblable dans l'arrêt *Nixon* et signale que « la preuve d'une conduite répréhensible du poursuivant, quoique pertinente, n'est pas une condition préalable » pour conclure à l'abus de procédure (par. 39).

[165] Ce principe est établi depuis longtemps. En fait, dans *Nixon*, la juge Charron cite l'arrêt *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657, où la Cour fait remarquer qu'« exige[r] qu'il y ait une conduite blâmable ou un motif illégitime limiterait indûment l'application du principe » et que « [l]a conduite blâmable de la poursuite et l'existence d'un motif illégitime ne sont que deux des nombreux facteurs [à] prendre en considération » (p. 659). Aucune décision ultérieure n'a modifié ce principe.

[166] À titre d'exemple, le principe a été appliqué dans *R. c. Jack* (1996), 113 Man. R. (2d) 260 (C.A.), où la Cour d'appel du Manitoba s'est demandé si la tenue d'un quatrième procès pour la même accusation constituait un abus de procédure

fourth trial on the same charge. Citing *Keyowski*, the court observed that a series of trials, absent any prosecutorial misconduct, could be characterized as a *per se* abuse of process. In the circumstances, the court held that a stay of proceedings would be appropriate, since a fourth trial would be an affront to the community's sense of fair play and decency. Lamer C.J. upheld the finding on abuse of process and entered a stay of proceedings: *R. v. Jack*, [1997] 2 S.C.R. 334. The law is clear. An accused need not demonstrate prosecutorial misconduct in order to establish an abuse of process.

[167] Accordingly, to find an abuse of process under s. 12, I would not require proof of bad faith or malicious intent on the part of the Crown. Rather, an abuse of process will lie, regardless of intent, where the Crown's decision to proceed by indictment "tend[s] to undermine society's expectations of fairness in the administration of justice": *Nixon*, at para. 41.

[168] While proof of bad faith or malicious intent is not necessary, it would certainly suffice to establish an abuse of process under s. 12. For example, if the Crown election was influenced by discriminatory factors such as the race of the offender, this would be an abuse of process: see *Anderson*, at para. 50.

[169] Similarly, an improper use of the mandatory minimum in plea bargaining — a concern raised by the majority, which I share — would also warrant the court's intervention. Thus, if a prosecutor proceeded by indictment in order to use the threat of a mandatory minimum to extort a guilty plea, this would likely qualify as an abuse of process and justify a s. 24(1) remedy: see *Babos*, at paras. 58-61. It follows that we do not need to strike down the sentencing scheme to guard against these concerns. To the extent that the majority holds otherwise, I respectfully disagree.

de la part du poursuivant. Prenant appui sur l'arrêt *Keyowski*, elle a opiné que, même en l'absence d'une conduite blâmable de la part du poursuivant, une série de procès pouvait constituer en soi un abus de procédure. Elle a donc estimé que l'arrêt des procédures était indiqué, car un quatrième procès aurait heurté le sens collectif du franc-jeu et de la décence. Le juge en chef Lamer a confirmé la conclusion selon laquelle il y avait eu abus de procédure et il a ordonné l'arrêt des procédures (*R. c. Jack*, [1997] 2 R.C.S. 334). Le droit applicable est clair. L'accusé n'a pas à prouver la conduite blâmable du poursuivant pour établir l'abus de procédure.

[167] En conséquence, point n'est besoin d'une preuve de mauvaise foi ou d'une intention malveillante du poursuivant pour conclure à un abus de procédure au regard de l'art. 12. Peu importe l'intention, il y aura abus de procédure lorsque le choix de la mise en accusation « ten[dra] à miner les attentes de la société sur le plan de l'équité en matière d'administration de la justice » (*Nixon*, par. 41).

[168] Bien qu'elle ne soit pas nécessaire, la preuve de mauvaise foi ou d'intention malveillante suffirait certainement pour établir l'abus de procédure au regard de l'art. 12. À titre d'exemple, si le choix du mode de poursuite était influencé par des éléments discriminatoires, telle la race du délinquant, il y aurait abus de procédure (voir *Anderson*, par. 50).

[169] De même, l'instrumentalisation de la peine minimale obligatoire lors de la négociation relative à l'inscription d'un plaidoyer — une crainte exprimée par les juges majoritaires et que je partage — justifierait une cour de justice d'intervenir. Partant, si le poursuivant optait pour la mise en accusation afin que la peine minimale obligatoire alors encourue lui permette d'extorquer un plaidoyer de culpabilité, il y aurait vraisemblablement abus de procédure justifiant une réparation fondée sur le par. 24(1) (voir *Babos*, par. 58-61). Il s'ensuit que point n'est besoin d'invalidier le régime de détermination de la peine pour contrer une telle dérive. Soit dit en tout respect, dans la mesure où les juges majoritaires croient le contraire, je me dissocie de leur point de vue.



[170] The offender bears the burden of proof to show an abuse of process at the sentencing phase, after evidence of mitigating or aggravating factors has been put before the court. He or she must demonstrate that the mandatory minimum would be grossly disproportionate in his or her case. Imposing such a sentence would “undermine society’s expectations of fairness in the administration of justice”: *Nixon*, at para. 41. Grossly disproportionate sentences are “so excessive as to outrage standards of decency” and are “abhorrent or intolerable” to society: *R. v. Wiles*, 2005 SCC 84, [2005] 3 S.C.R. 895, at para. 4, citing *Smith*, at p. 1072, and *Morrissey*, at para. 26. They constitute a breach of an accused’s fundamental right to be free from cruel and unusual punishment, and are incompatible with the integrity of our justice system. An exercise of prosecutorial discretion — be it by design or effect — that leads to such an outcome must be regarded as a *per se* abuse of process.

[171] If the offender discharges this burden of proof, he or she is entitled to a remedy under s. 24(1). In most cases, the appropriate and just remedy would be a sentence reduction below the mandatory minimum.

[172] For these reasons, I am unable to agree with the majority’s assertion that the abuse of process doctrine creates “a notoriously high bar” and “offers scant protection from grossly disproportionate sentences” (para. 94). With respect, this contention misconstrues how the doctrine operates under my proposed framework. Far from offering *scant* protection, my proposal offers *total* protection from grossly disproportionate sentences. If an offender can show that a mandatory minimum would be grossly disproportionate in his or her case, the judge must declare a *per se* abuse of process and grant a s. 24(1) remedy.

[170] Il incombe au délinquant de prouver l’abus de procédure à l’étape de la détermination de la peine, après que le tribunal a été saisi d’une preuve de circonstances atténuantes ou aggravantes. Il doit démontrer que la peine minimale obligatoire serait totalement disproportionnée dans son cas. S’il y parvient, la lui imposer « miner[ait] les attentes de la société sur le plan de l’équité en matière d’administration de la justice » (*Nixon*, par. 41). La peine totalement disproportionnée est « excessi[ve] au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine » et elle est « odieuse ou intolérable » pour la société (*R. c. Wiles*, 2005 CSC 84, [2005] 3 R.C.S. 895, par. 4, citant *Smith*, p. 1072, et *Morrissey*, par. 26). Elle porte atteinte au droit fondamental de l’accusé à la protection contre les peines cruelles et inusitées et elle est incompatible avec l’intégrité de notre système de justice. Si, par son objet ou son effet, l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites mène à un tel résultat, il faut y voir un abus de procédure en soi.

[171] Le délinquant qui s’acquitte de ce fardeau de preuve a droit à une réparation en vertu du par. 24(1). Dans la plupart des cas, la réparation convenable et juste consiste à réduire la peine de façon qu’elle soit inférieure à la peine minimale obligatoire.

[172] C’est pourquoi je ne peux convenir avec les juges majoritaires qu’« [il] est bien connu que la norme » applicable à l’abus de procédure « est très stricte » et que le principe de l’abus de procédure « protège insuffisamment contre l’infliction de peines totalement disproportionnées » (par. 94). Soit dit en tout respect, ils se méprennent sur l’application du principe dans le cadre d’analyse que je propose. Loin d’offrir une protection *insuffisante*, il assure une protection *totale* contre l’infliction de peines totalement disproportionnées. Lorsque le délinquant peut démontrer que la peine minimale obligatoire est totalement disproportionnée en ce qui le concerne, le tribunal doit conclure à l’abus de procédure et accorder réparation sur le fondement du par. 24(1).

(b) *The Proposed Framework Is Consistent With This Court's Rejection of Constitutional Exemptions*

[173] In *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96, this Court held that where a mandatory minimum sentencing scheme is found to violate s. 12, the proper remedy lies under s. 52 and the law must be struck down. The Court expressly rejected the possibility that the law could be saved by granting case-by-case exemptions for any unconstitutional applications.

[174] I agree that constitutional exemptions are not an appropriate response to unconstitutional laws. My proposed framework is consistent with this principle. The remedy it contemplates is *not* a response to an unconstitutional law. Rather, the remedy is a response to a state actor's *exercise of discretion* under a law which a judge has held to be constitutionally compliant at stage one of the framework. As the Chief Justice explained in *Ferguson*:

Section 24(1) . . . is generally used as a remedy, not for unconstitutional laws, but for unconstitutional government acts committed under the authority of legal regimes which are accepted as fully constitutional . . . The acts of government agents acting under such regimes are not the necessary result or “effect” of the law, but of the government agent's applying a discretion conferred by the law in an unconstitutional manner. Section 52(1) is thus not applicable. The appropriate remedy lies under s. 24(1). [Emphasis added; para. 60.]

This logic applies to the acts of prosecutors making an election under s. 95. In my view, once a court has determined that a sentencing scheme itself is constitutional, it is entirely appropriate to guard against its rare unconstitutional application by providing a case-by-case s. 24(1) remedy.

b) *Le cadre d'analyse proposé est compatible avec le rejet par la Cour de l'exemption constitutionnelle*

[173] Selon l'arrêt *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96, lorsque le tribunal conclut qu'un régime de détermination de la peine prévoyant l'imposition de peines minimales obligatoires porte atteinte à l'art. 12, la réparation convenable réside dans l'application de l'art. 52, et la loi doit être invalidée. La Cour écarte expressément la possibilité que la loi puisse être sauvegardée ponctuellement par l'octroi d'une exemption en cas d'application inconstitutionnelle.

[174] Je conviens que l'exemption constitutionnelle ne constitue pas une mesure appropriée pour pallier l'inconstitutionnalité d'une loi. Mon cadre d'analyse le reconnaît. La réparation qu'il prévoit vise *non pas* une loi inconstitutionnelle, mais bien l'*exercice* par un représentant de l'État d'un *pouvoir discrétionnaire* accordé par une loi ayant été jugée constitutionnelle à la première étape de l'analyse. Comme l'explique la Juge en chef dans l'arrêt *Ferguson* :

. . . on a généralement recours au par. 24(1) pour accorder réparation non pas lorsque des dispositions législatives sont inconstitutionnelles, mais lorsque des actes gouvernementaux inconstitutionnels sont commis en vertu de régimes légaux reconnus comme parfaitement constitutionnels [. . .] Les actes des mandataires du gouvernement qui agissent en vertu de ces régimes ne sont pas le résultat ou l'« effet » obligatoire de la loi, mais plutôt du fait que les mandataires du gouvernement ont exercé d'une manière inconstitutionnelle le pouvoir discrétionnaire que leur conférait la loi. Le paragraphe 52(1) ne s'applique donc pas. Le recours approprié est prévu au par. 24(1). [Je souligne; par. 60.]

La même logique vaut pour les actes du poursuivant appelé à choisir un mode de poursuite sur le fondement de l'art. 95. À mon avis, après avoir établi que le régime de détermination de la peine est constitutionnel, le tribunal peut tout à fait légitimement empêcher ses rares applications inconstitutionnelles par l'octroi ponctuel d'une réparation fondée sur le par. 24(1).

C. *The Responsibility for Ensuring Constitutional Compliance Under My Proposed Framework Lies With Judges, Not Prosecutors*

[175] The Chief Justice states that reliance on the Crown election to uphold the impugned mandatory minimums effectively “replac[es] a public hearing on the constitutionality of s. 95 before an independent and impartial court with the discretionary decision of a Crown prosecutor” (para. 86). She emphasizes that it is incumbent on courts to scrutinize the constitutionality of the sentencing schemes they apply.

[176] I agree that the responsibility to ensure constitutional compliance rests with judges, and not with prosecutors. The framework I propose places that responsibility squarely in the hands of judges. In this respect, it is consistent with the admonition in *Smith* that “courts are duty bound” to evaluate whether a law is constitutional, and must not “delegate the avoidance of a [Charter] violation to the prosecution” (p. 1078).

[177] Specifically, the framework includes two checks to ensure compliance with s. 12, neither of which relies on prosecutorial discretion. First, if the sentencing scheme itself is challenged, the judge may strike it down as unconstitutional. Second, if an offender argues that the mandatory minimum would be grossly disproportionate in his or her case, the judge may find a *per se* abuse of process and grant a sentence reduction under s. 24(1).

[178] I repeat and emphasize that the Crown election under s. 95 does not require prosecutors to go outside the law. Rather, it is a discretion built into the legislative scheme that acts as a safety valve to guard against unconstitutional applications of the law. In my view, any meaningful assessment

C. *Selon le cadre d’analyse que je propose, il incombe au tribunal et non au poursuivant de s’assurer du respect des exigences de la Constitution*

[175] Pour la Juge en chef, compter sur le bon choix du mode de poursuite pour conclure à la constitutionnalité des peines minimales obligatoires contestées revient dans les faits « à substituer à la tenue par un tribunal indépendant et impartial d’une audience publique sur la constitutionnalité de l’art. 95 la décision discrétionnaire d’un poursuivant » (par. 86). Elle souligne qu’il incombe aux tribunaux d’examiner attentivement la constitutionnalité des régimes de détermination de la peine qu’ils appliquent.

[176] Je reconnais qu’il incombe au tribunal, et non au poursuivant, de s’assurer du respect des exigences de la Constitution. Suivant le cadre d’analyse que je propose, cette responsabilité demeure entièrement celle du tribunal. Mon approche est compatible sur ce point avec la mise en garde de la Cour dans l’arrêt *Smith*, à savoir que « les tribunaux ont le devoir » de se demander si une loi est constitutionnelle et qu’ils ne peuvent « laisser [...] au ministère public [...] le soin d’éviter une violation [de la Charte] » (p. 1078).

[177] Plus précisément, mon cadre d’analyse comporte deux éléments de contrôle de la conformité à l’art. 12, et aucun ne tient à l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Premièrement, lorsque le régime même de détermination de la peine est contesté, le tribunal peut le déclarer inconstitutionnel. Deuxièmement, lorsque le délinquant prétend que la peine minimale obligatoire serait totalement disproportionnée dans son cas, le tribunal peut conclure à un abus de procédure en soi et accorder une réduction de peine en vertu du par. 24(1).

[178] Je le répète — et j’insiste —, le choix du mode de poursuite suivant l’art. 95 ne l’oblige pas à sortir du cadre de la disposition. Celle-ci confère en effet un pouvoir discrétionnaire dont l’exercice est intégré au régime législatif pour servir de soupape contre les applications inconstitutionnelles. À mon

of the law's constitutionality must take this factor into account: *PHS*, at paras. 109-14. However, in recognizing the relevance of the Crown election, I should not be taken as saying that this safety valve insulates the law from *Charter* scrutiny. Rather, it simply informs *how* that scrutiny should be applied.

[179] Nor does my framework conflate the respective functions of prosecutors and judges. The majority, citing *Anderson*, insists that "sentencing is a judicial function" (para. 89). In its view, the fact that "a mandatory [minimum] regime may require a judge to impose a disproportionate sentence does not alter the prosecutorial function in electing the mode of trial" (*ibid.*). I agree. In prosecuting an accused under a hybrid offence, it is the *Crown's* responsibility to elect a mode of proceedings bearing in mind the gravity of the conduct. Where an election would lead to a grossly disproportionate sentence, it is the *judge's* responsibility to avoid that outcome.

[180] In light of these checks, I cannot accept the majority's suggestion that my framework insulates mandatory minimums from *Charter* scrutiny. With respect, that is just not so. The two checks I have described ensure that judges make the ultimate call as to the constitutionality of the law itself, as well as its application to a particular offender. The majority, relying on *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91, states that "one cannot be certain that [prosecutorial] discretion will always be exercised in a way that would avoid an unconstitutional result" (para. 95). I agree. It is precisely for this reason that my proposed framework empowers judges to intervene where the Crown election puts an offender at risk of a grossly disproportionate sentence. In my view, this is a full answer to the majority's concerns.

avis, tout examen valable de la constitutionnalité de la loi doit en tenir compte (*PHS*, par. 109-114). En reconnaissant l'importance du choix du mode de poursuite, je ne laisse toutefois pas entendre que cette soupape soustrait la loi à l'examen fondé sur la *Charte*, mais bien qu'elle influe sur les *modalités* de cet examen.

[179] Mon cadre d'analyse ne confond pas non plus les fonctions respectives du poursuivant et du tribunal. Citant l'arrêt *Anderson*, les juges majoritaires insistent sur le fait que « la détermination de la peine relève du judiciaire » (par. 89). À leur avis, « l'obligation faite au tribunal par un régime de peine minimale obligatoire d'infliger une peine disproportionnée ne modifie pas la fonction du poursuivant lorsqu'il s'agit de choisir le mode de poursuite » (*ibid.*). Je suis d'accord. Lorsqu'une personne est accusée d'une infraction mixte, il incombe au *ministère public* de choisir le mode de poursuite en tenant compte de la gravité de l'acte reproché. Lorsque le mode de poursuite choisi est susceptible de mener à une peine totalement disproportionnée, il appartient au *tribunal* d'éviter ce résultat.

[180] À la lumière de ces éléments de contrôle, je ne puis souscrire à la thèse des juges majoritaires selon laquelle mon cadre d'analyse soustrait les peines minimales obligatoires à l'examen fondé sur la *Charte*. Soit dit en tout respect, ce n'est tout simplement pas le cas. Les deux éléments de contrôle susmentionnés garantissent que ce sont les tribunaux qui ont le dernier mot sur la constitutionnalité de la loi comme telle et sur son application à un délinquant en particulier. Se fondant sur l'arrêt *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91, mes collègues affirment que « nul ne peut être assuré que [l]e pouvoir [discrétaire en matière de poursuites] sera toujours exercé de manière à éviter un résultat inconstitutionnel » (par. 95). J'en conviens. C'est précisément pour cette raison que mon cadre d'analyse permet au tribunal d'intervenir lorsque le choix du mode de poursuite fait encourir au délinquant une peine totalement disproportionnée. À mon avis, l'approche que je préconise répond entièrement aux préoccupations des juges majoritaires.

[181] I wish to add one further point. The Chief Justice notes that the Crown election is exercised at an early stage of the proceedings before all of the facts related to an offence have emerged. It follows that the Crown might make an inappropriate election prior to discovering mitigating circumstances. As a result, she contends that “[t]he existence of the summary conviction option is therefore not an answer to the respondents’ s. 12 claim” (para. 97).

[182] With respect, I disagree for two reasons. First, if Crown counsel becomes aware of facts suggesting that the initial election was not appropriate, he or she can stay the indictment and initiate summary proceedings: see *Criminal Code*, ss. 579 and 786(2).<sup>4</sup> Second, even if Crown counsel does not re-elect in this manner, it is always open to the judge to find a *per se* abuse of process where the mandatory minimum would be grossly disproportionate for a particular offender.

#### D. Applying the Section 12 Framework

[183] I now apply this framework to each of the cases before us.

##### (1) Application to Mr. Nur

[184] Code J. found that, prior to the enactment of the three-year mandatory minimum, the sentencing range for a first offence under s. 95 was a term of imprisonment between two years less a day and three years: *Nur* sentencing reasons, at para. 42. Thus, the low end of the range is around two years less a day. The three-year mandatory minimum for a first offence under s. 95(2) is not, in my view, grossly disproportionate to this low end. Therefore,

<sup>4</sup> Within six months of the date of the offence, the Crown may do so unilaterally; if six months have passed, the consent of the accused would be required: see *Criminal Code*, s. 786(2).

[181] Je tiens à clarifier un autre point. La Juge en chef souligne que le ministère public effectue son choix tôt dans le processus, à un moment où tous les faits liés à l’infraction ne sont pas encore connus. La poursuite pourrait donc faire un choix inapproprié pour découvrir ensuite l’existence de circonstances atténuantes. Selon la Juge en chef, « [l]a possibilité que le poursuivant opte pour la procédure sommaire ne permet donc pas de réfuter l’allégation des intimés fondée sur l’art. 12 » (par. 97).

[182] Sauf le respect dû à ma collègue, je diffère d’opinion pour deux raisons. Premièrement, si le ministère public apprend l’existence de faits indiquant que le choix initial n’était pas le bon, il peut ordonner l’arrêt des procédures et engager une procédure sommaire (voir l’art. 579 et le par. 786(2) du *Code criminel*<sup>4</sup>). Deuxièmement, même si le ministère public ne revient pas ainsi sur sa décision, le tribunal peut toujours conclure à l’abus de procédure en soi lorsque la peine minimale obligatoire est totalement disproportionnée en ce qui concerne le délinquant en cause.

#### D. L’application du cadre d’analyse relatif à l’art. 12

[183] Appliquons maintenant ce cadre d’analyse à chacune des affaires dont nous sommes saisis.

##### (1) Application à M. Nur

[184] Le juge Code conclut qu’avant l’application de la peine minimale obligatoire de trois ans, la fourchette des peines infligées pour une première infraction à l’art. 95 allait de deux ans moins un jour à trois ans d’emprisonnement (motifs de détermination de la peine dans *Nur*, par. 42). La peine correspondant à l’extrémité inférieure de la fourchette était donc d’environ deux ans moins un jour d’emprisonnement. La peine minimale obligatoire

<sup>4</sup> Le ministère public peut le faire de façon unilatérale dans les six mois suivant l’infraction; après ce délai, le consentement de l’accusé est nécessaire (voir le par. 786(2) du *Code criminel*).



at the first stage, the mandatory minimum does not violate s. 12.

[185] Mr. Nur's concession that a three-year sentence is not grossly disproportionate in his case disposes of the second stage.

(2) Application to Mr. Charles

[186] In her oral reasons for sentencing, Backhouse J. did not refer to the sentencing range for a second or subsequent offence prior to the enactment of the five-year mandatory minimum: 2010 ONSC 5437, 262 C.C.C. (3d) 120. However, as noted by Code J., while the sentencing range for a first offence was between two years less a day and three years, "[m]uch longer sentences were imposed for recidivists": *Nur* sentencing reasons, at para. 42. It is clear, then, that a second or subsequent offence would have attracted a sentence considerably longer than three years — at the very least, in the range of four or five years. The present five-year mandatory minimum is not grossly disproportionate to the previous low end of the range for second or subsequent offences under s. 95.

[187] Like Mr. Nur, Mr. Charles concedes that the mandatory minimum is not grossly disproportionate in his case.

[188] I thus conclude that neither the sentencing scheme itself, nor its application to Mr. Nur or Mr. Charles, offends s. 12 of the *Charter*.

de trois ans que prévoit actuellement le par. 95(2) pour une première infraction n'est pas, à mon sens, totalement disproportionnée à la peine qui correspondait auparavant à l'extrémité inférieure de la fourchette. La peine minimale obligatoire ne viole donc pas l'art. 12 à la première étape du contrôle.

[185] Comme M. Nur reconnaît qu'une peine de trois ans d'emprisonnement n'est pas totalement disproportionnée dans son cas, la deuxième étape du contrôle est aussi franchie.

(2) Application à M. Charles

[186] Dans ses motifs de détermination de la peine prononcés à l'audience, la juge Backhouse ne fait pas état de la fourchette des peines infligées en cas de récidive avant l'application de la peine minimale obligatoire de cinq ans (2010 ONSC 5437, 262 C.C.C. (3d) 120). Cependant, comme le souligne le juge Code, même si la fourchette des peines infligées pour une première infraction allait de deux ans moins un jour à trois ans d'emprisonnement, [TRADUCTION] « [d]es peines beaucoup plus longues étaient imposées aux récidivistes » (motifs de détermination de la peine dans *Nur*, par. 42). Il est donc clair qu'une récidive aurait entraîné une peine d'emprisonnement de bien plus de trois ans — à tout le moins quatre ou cinq ans. La peine minimale obligatoire actuelle de cinq ans d'emprisonnement n'est pas totalement disproportionnée aux peines de l'extrémité inférieure de la fourchette qui étaient auparavant infligées sous le régime de l'art. 95 en cas de récidive.

[187] À l'instar de M. Nur, M. Charles reconnaît que la peine minimale obligatoire n'est pas totalement disproportionnée en ce qui le concerne.

[188] J'estime donc que ni le régime de détermination de la peine comme tel, ni son application à M. Nur ou à M. Charles ne contreviennent à l'art. 12 de la *Charte*.

IV. Part 3: Analysis Under Section 7

[189] I now turn to the s. 7 arguments raised in each of the cases before us.

A. *Mr. Nur*

[190] Mr. Nur challenges the sentencing scheme in s. 95(2) as arbitrary in violation of s. 7. His challenge relates to the two-year “gap” between the maximum penalty of one year where the Crown proceeds summarily, and the minimum penalty of three years where the Crown proceeds by indictment. Mr. Nur concedes that the purpose of the three-year mandatory minimum is to denounce and deter gun crime: R.F., at para. 76. Nevertheless, he submits that the gap is arbitrary because it “frustrates the flexibility of the hybrid scheme and . . . is not related to any identifiable legislative objective” (para. 77). Specifically, it “undermines . . . flexibility by constraining Crown discretion and driving more offences into the indictable category” (para. 83).

[191] With respect, I am not persuaded by this submission. I do not gainsay the possibility that, in other circumstances, this type of gap might raise s. 7 concerns. However, no such concerns arise here. As Mr. Nur acknowledges, Parliament’s primary objective is to denounce and deter gun crime. The legislative history and the jurisprudence on s. 95 make clear that the vast majority of conduct captured by this offence is inherently dangerous and warrants a significant term of imprisonment. Yet, Parliament has also recognized the possibility of rare, licensing-type cases, and created a safety valve which provides the option of summary proceedings.

[192] Seen in this light, there is nothing arbitrary about the sentencing scheme. On the contrary, the

IV. Partie 3 : L’analyse au regard de l’art. 7

[189] Passons maintenant aux prétentions relatives à l’art. 7 formulées dans chacun des pourvois.

A. *M. Nur*

[190] M. Nur conteste le régime de détermination de la peine établi au par. 95(2) au motif qu’il est arbitraire et viole ainsi l’art. 7. Il dénonce l’« écart » de deux ans entre la peine maximale d’un an qui peut être imposée lorsque le ministère public opte pour la procédure sommaire, et la peine minimale de trois ans qui s’applique lorsqu’il opte pour la mise en accusation. M. Nur reconnaît que la peine minimale obligatoire de trois ans d’emprisonnement vise à dénoncer les crimes liés aux armes à feu et à décourager leur perpétration (m.i., par. 76). Il soutient néanmoins que cet écart est arbitraire en ce qu’il [TRADUCTION] « nuit à la souplesse du régime mixte et [. . .] n’est lié à aucun objectif législatif déterminable » (par. 77). Plus précisément, il « compromet cette souplesse en limitant le pouvoir discrétionnaire du ministère public et en faisant en sorte que plus d’infractions soient punissables par voie de mise en accusation » (par. 83).

[191] Soit dit en tout respect, cet argument ne me convainc pas. Je ne nie pas qu’un tel écart puisse, dans d’autres circonstances, soulever des préoccupations fondées sur l’art. 7. Ce n’est toutefois pas le cas en l’espèce. Comme le reconnaît M. Nur, l’objectif principal du législateur est de dénoncer les crimes liés aux armes à feu et de décourager leur perpétration. L’historique législatif de l’art. 95 et la jurisprudence relative à cette disposition indiquent clairement que la vaste majorité des actes visés par cette infraction sont dangereux en soi et justifient une peine d’emprisonnement importante. Toutefois, le législateur a également reconnu que, dans de rares cas, la disposition peut s’appliquer à une infraction de type réglementaire, de sorte qu’il a créé une soupape qui permet alors d’opter pour la procédure sommaire.

[192] Considéré sous cet angle, le régime de détermination de la peine n’a rien d’arbitraire. Au

scheme has a clear connection to Parliament's objectives. It reserves more lenient sentences for the least blameworthy offenders. At the same time, for the vast majority of offenders, it imposes strict mandatory minimum penalties which are consistent with the goals of denunciation and deterrence. Accordingly, the two-year gap in s. 95(2) does not offend s. 7 of the *Charter*.

B. *Mr. Charles*

[193] For his part, Mr. Charles makes two additional s. 7 arguments. He is subject to a five-year mandatory minimum under s. 95(2)(a)(ii) since his s. 95(1) conviction constitutes a "second or subsequent offence". Section 84(5) provides a list of offences that may trigger the application of this five-year mandatory minimum. A prior conviction for any of the listed offences makes a later s. 95(1) conviction a "second or subsequent offence". Section 84(6) specifies that, for the purposes of s. 84(5), "the only question to be considered is the sequence of convictions and no consideration shall be given to the sequence of commission of offences".

[194] Mr. Charles's first argument pertains to the list of offences in s. 84(5). He argues that the inclusion of "less serious" or "non-firearm offences" in this list renders the provision overbroad in violation of s. 7. In particular, he points to two listed offences which he considers to be examples of "less serious" and "non-firearm offences": committing an indictable offence using an imitation firearm contrary to s. 85(2), and breaching a prohibition order contrary to s. 117.01(1).

[195] I would not give effect to this submission. On this point, I am substantially in agreement with Cronk J.A.'s reasons at the Court of Appeal: *R. v. Charles*, 2013 ONCA 681, 117 O.R. (3d) 456. As she notes, Mr. Charles's assertion "minimizes the seriousness of the conduct prohibited by" ss. 85(2) and 117.01(1), and "ignores the purpose of the provisions and their role in Parliament's firearms control scheme" (para. 94). These offences are serious,

contraire, il a un lien manifeste avec les objectifs du législateur. Il réserve des peines plus clémentes aux délinquants les moins blâmables, tout en imposant à la vaste majorité des délinquants des peines minimales obligatoires strictes qui sont compatibles avec les objectifs de dénonciation et de dissuasion. En conséquence, l'écart de deux ans que comporte le par. 95(2) ne porte pas atteinte au droit garanti à l'art. 7 de la *Charte*.

B. *M. Charles*

[193] Pour sa part, M. Charles avance deux autres arguments liés à l'art. 7. Il encourt la peine minimale obligatoire de cinq ans d'emprisonnement prévue au sous-al. 95(2)a)(ii) du fait que sa déclaration de culpabilité fondée sur le par. 95(1) emporte « récidive ». Le paragraphe 84(5) énumère les infractions susceptibles d'entraîner l'application de la peine minimale obligatoire de cinq ans. La personne déclarée coupable de l'infraction prévue au par. 95(1) est en état de « récidive » lorsqu'elle a précédemment été déclarée coupable de l'une ou l'autre des infractions énumérées au par. 84(5). Le paragraphe 84(6) précise que, pour l'application du par. 84(5), « il est tenu compte de l'ordre des déclarations de culpabilité et non de l'ordre de perpétration des infractions ».

[194] Le premier argument de M. Charles a trait aux infractions énumérées au par. 84(5). Il soutient que certaines d'entre elles sont [TRADUCTION] « moins graves » ou « non liées aux armes à feu », ce qui confère à la disposition une portée excessive, contrairement à l'art. 7. Il en relève deux en particulier : usage d'une fausse arme à feu lors de la perpétration d'un acte criminel, contrairement au par. 85(2), et non-respect d'une ordonnance d'interdiction, contrairement au par. 117.01(1).

[195] Je ne puis lui donner raison. Sur ce point, je souscris pour l'essentiel aux motifs de la juge Cronk de la Cour d'appel (*R. c. Charles*, 2013 ONCA 681, 117 O.R. (3d) 456). Comme elle le fait remarquer, M. Charles [TRADUCTION] « minimise la gravité du comportement qu'interdisent » les par. 85(2) et 117.01(1) et « fait abstraction de l'objet de ces dispositions et de leur rôle dans le régime législatif de contrôle des armes à feu » (par. 94). Ces

even when they do not involve the use of a firearm. Their inclusion in s. 84(5) does not, in my view, result in overbreadth.

[196] Second, Mr. Charles submits that the application of s. 84(6) may be unconstitutionally arbitrary in some situations. Under that provision, it is the order of convictions, and not the order in which offences are committed, that determines whether an offence counts as “second or subsequent”. Thus, an offender who *first* commits a s. 95(1) offence and *later* commits a listed offence under s. 84(5) could still be subject to the five-year mandatory minimum if the conviction for the later offence happens to be entered first. In his view, this leads to an arbitrary result.

[197] This argument is purely hypothetical. The two offences that trigger the five-year mandatory minimum in Mr. Charles’s case were both committed and had convictions registered prior to his commission of the s. 95 offence. Assuming without deciding that s. 84(6) is unconstitutional, Mr. Charles’s situation would remain the same. If s. 84(6) were struck down, this would revive the long-standing common law rule described in *R. v. Skolnick*, [1982] 2 S.C.R. 47:

The general rule is that before a severer penalty can be imposed for a second or subsequent offence, the second or subsequent offence must have been committed after the first or second conviction, as the case may be . . . [p. 58]

Applying this common law rule, Mr. Charles would still be subject to a five-year mandatory minimum. As such, I would respectfully decline to pronounce on the constitutionality of s. 84(6).

[198] In sum, I would not accede to any of the s. 7 arguments. The sentencing scheme in s. 95(2) passes constitutional muster.

infractions sont graves, même si elles ne comportent pas l’utilisation d’une arme à feu. J’estime que leur inclusion au par. 84(5) ne confère pas une portée excessive à cette disposition.

[196] Deuxièmement, M. Charles soutient que l’application du par. 84(6) peut parfois être arbitraire au point d’être inconstitutionnelle. Suivant cette disposition, c’est l’ordre des déclarations de culpabilité, et non l’ordre de perpétration des infractions, qui détermine si une infraction constitue ou non une « récidive ». Ainsi, le délinquant qui commet *d’abord* l’infraction prévue au par. 95(1), *puis* une infraction énumérée au par. 84(5), peut encourir la peine minimale obligatoire de cinq ans même si la déclaration de culpabilité relative à la seconde infraction intervient en premier. Le résultat est selon lui arbitraire.

[197] L’argument est purement hypothétique. Dans le cas de M. Charles, les deux infractions qui emportent l’application de la peine minimale obligatoire de cinq ans d’emprisonnement ont été commises — et ont donné lieu à des déclarations de culpabilité — avant la perpétration de l’infraction prévue à l’art. 95. À supposer, sans en décider, que le par. 84(6) est inconstitutionnel, la situation de M. Charles reste la même. L’invalidation du par. 84(6) redonnerait vie à la règle de common law établie de longue date et définie dans l’arrêt *R. c. Skolnick*, [1982] 2 R.C.S. 47 :

La règle générale veut que pour qu’on puisse imposer une sentence plus sévère pour une deuxième infraction ou une infraction subséquente, la deuxième infraction ou l’infraction subséquente doit avoir été commise après la première ou la deuxième condamnation, selon le cas . . . [p. 58]

Si l’on appliquait cette règle de common law, M. Charles demeurerait passible d’une peine minimale obligatoire de cinq ans d’emprisonnement. Je ne me prononce donc pas sur la constitutionnalité du par. 84(6).

[198] En somme, je ne puis faire droit à aucun des arguments relatifs à l’art. 7. Le régime de détermination de la peine établi au par. 95(2) est bel et bien constitutionnel.

V. Conclusion

[199] Section 95 represents Parliament's considered response to the pressing problem of gun violence in our communities. Parliament chose to craft a wide-reaching offence to denounce and deter serious criminal activity with lengthy mandatory minimums. At the same time, it provided a safety valve to divert the least serious cases into summary proceedings carrying no minimum sentence. With respect, I see no reason to second-guess Parliament based on hypotheticals that do not accord with experience or common sense. Nor, on my proposed framework, is there any sound basis for disturbing the extensive deliberations of our elected representatives on this important issue. I would allow the appeals, and uphold the constitutional validity of s. 95(2).

*Appeals dismissed, ROTHSTEIN, MOLDAVER and WAGNER JJ. dissenting.*

*Solicitor for the appellant Her Majesty The Queen: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Solicitor for the appellant the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Toronto.*

*Solicitors for the respondent Hussein Jama Nur: Derstine Penman, Toronto.*

*Solicitors for the respondent Sidney Charles: Edward H. Royle & Associates, Toronto; Dawe & Dineen, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Calgary.*

V. Conclusion

[199] L'article 95 représente la solution que le législateur a apportée après mûre réflexion au problème urgent que constituent dans nos collectivités les crimes violents perpétrés avec des armes à feu. Afin de dénoncer des actes criminels graves et de décourager leur perpétration, le législateur a créé une infraction de large portée assortie de longues peines minimales obligatoires. Parallèlement, il a prévu une soupape qui permet d'aiguiller les cas les moins graves vers la procédure sommaire, laquelle n'expose à aucune peine minimale. Soit dit en tout respect, je ne vois aucune raison de remettre en question cette mesure législative sur le fondement d'hypothèses qui ne s'appuient ni sur l'expérience ni sur le bon sens. Rien ne justifie non plus, suivant le cadre d'analyse que je propose, de revenir sur les longues délibérations de nos élus sur cet enjeu important. Je suis d'avis d'accueillir les pourvois et de confirmer la constitutionnalité du par. 95(2).

*Pourvois rejetés, les juges ROTHSTEIN, MOLDAVER et WAGNER sont dissidents.*

*Procureur de l'appelante Sa Majesté la Reine : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'appelant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé Hussein Jama Nur : Derstine Penman, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé Sidney Charles : Edward H. Royle & Associates, Toronto; Dawe & Dineen, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Québec.*

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

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Calgary.*



*Solicitors for the intervener the Pivot Legal Society: McCarthy Tétrault, Vancouver; Pivot Legal Society, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the John Howard Society of Canada: Barnes Sammon, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Ruby Shiller Chan Hasan, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Advocates' Society: Kapoor Barristers, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: Peck and Company, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener Canada's National Firearms Association: Edelson Clifford D'Angelo Friedman, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Association for Community Living: Ursel Phillips Fellows Hopkinson, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the African Canadian Legal Clinic: Faisal Mirza Professional Corporation, Toronto; African Canadian Legal Clinic, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Pivot Legal Society : McCarthy Tétrault, Vancouver; Pivot Legal Society, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante la Société John Howard du Canada : Barnes Sammon, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Ruby Shiller Chan Hasan, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Advocates' Society : Kapoor Barristers, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Peck and Company, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne pour les armes à feu : Edelson Clifford D'Angelo Friedman, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne pour l'intégration communautaire : Ursel Phillips Fellows Hopkinson, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante la Clinique juridique africaine canadienne : Faisal Mirza Professional Corporation, Toronto; Clinique juridique africaine canadienne, Toronto.*