

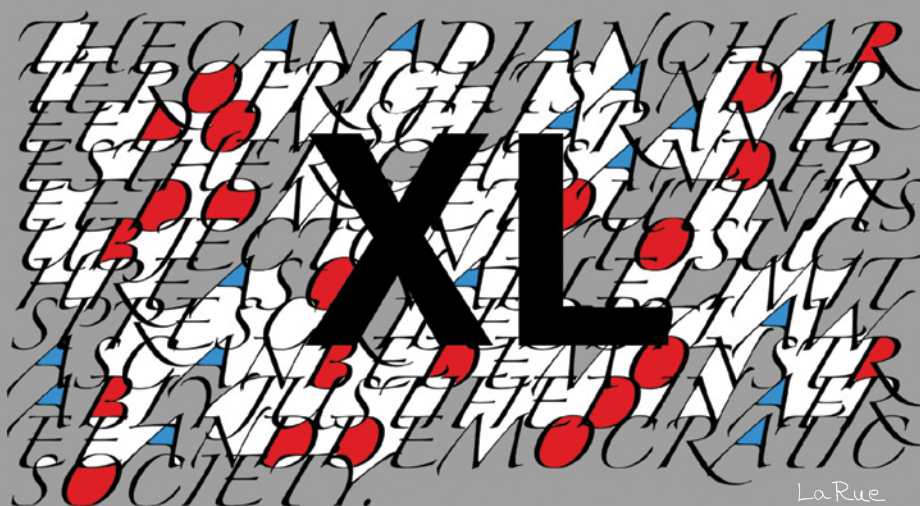
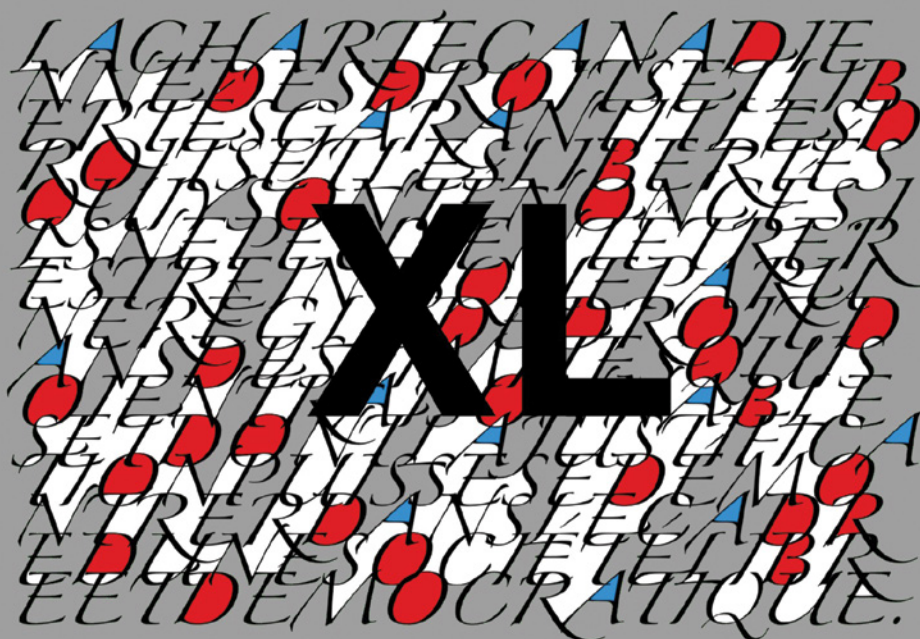
Provincial Judges'

# JOURNAL

des juges provinciaux

ÉTÉ 2022 SUMMER – VOLUME 45 N° 1

## LES 40 ANS DE LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS



LaRue

### THE CANADIAN CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS: FORTY YEARS ON



The Canadian Association of Provincial Court Judges

L'Association canadienne des juges des cours provinciales

# L'ASSOCIATION CANADIENNE DES JUGES DES COURS PROVINCIALES THE CANADIAN ASSOCIATION OF PROVINCIAL COURT JUDGES

## BUREAU DE DIRECTION EXECUTIVE COUNCIL

### President / Président

**Judge Theodore K. Tax**  
Provincial Court of Nova Scotia  
200-277 Pleasant Street  
Dartmouth, NS B2Y 4B7

Tel / Tél. : (902) 424-0386  
Fax / Télécopieur : (902) 424-0677

### Past President / Président sortant

**Juge Marco LaBrie**  
Cour du Québec  
Chambre criminelle et pénale  
Palais de justice de Longueuil  
1111, boulevard Jacques-Cartier Est  
Bureau R-129  
Longueuil, QC J4M 2J6

Tel / Tél. : (450) 646-4057  
Fax / Télécopieur : (450) 646-6204

### 1<sup>st</sup> Vice-President / 1<sup>ère</sup> Vice-présidente

**Justice Martha Zivolak**  
Ontario Court of Justice  
45 Main Street East, Suite 550  
Hamilton, ON L8N 2B7

Tel / Tél. : (905) 645-5317  
Fax / Télécopieur : (905) 645-5373

### 2<sup>nd</sup> Vice-Presidente / 2<sup>e</sup> Vice-présidente

**Judge Kymil Howe**  
Provincial Court of Newfoundland and Labrador  
P.O. Box 2006, 82 Mt. Bernard Avenue  
Corner Brook, NL A2H 6J8

Tel / Tél. : (709) 637-2317  
Fax / Télécopieur : (709) 639-3609

### 3<sup>rd</sup> Vice-President / 3<sup>e</sup> Vice-président

**Judge James Rybchuk**  
Provincial Court of Saskatchewan  
4th Floor, 1815 Smith Street  
Regina, SK S4P 2N5

Tel / Tél. : (306) 787-5500  
Fax / Télécopieur : (306) 787-3933

### Treasurer / Trésorier

**Judge Alan T. Tufts**  
Provincial Court of Nova Scotia  
121 High Street  
Bridgewater, Nova Scotia, B4V 1W2

Tel / Tél. : (902) 543-4678/4679  
Fax / Télécopieur : (902) 543-0678

### Secretary / Secrétaire

**Judge Wynne Anne Trahey**  
Provincial Court of Newfoundland and Labrador  
P.O. Box 1060  
Whiteway Drive  
Wabush, NL A0R 1B0

Tel / Tél. : (709) 282-6617  
Fax / Télécopieur : (709) 282-6905

## DIRECTEURS DIRECTORS

### Alberta

**Judge Andrea Chrenek**  
Provincial Court of Alberta  
Court House,  
10260 - 99 St.,  
Grande Prairie, AB  
T8V 2H4

Tel / Tél. : (780) 538-5360  
Fax / Télécopieur : (780) 538-5454

### New Brunswick / Nouveau-Brunswick

**Judge Brian McLean**  
Provincial Court of New Brunswick  
PO Box 5001  
Woodstock, New Brunswick E7M 5C6

Tel / Tél. : (506) 325-4415  
Fax / Télécopieur : (506) 325-3906

### Nova Scotia / Nouvelle-Écosse

**Judge Daniel MacRury**  
Provincial Court of Nova Scotia  
Halifax Provincial Courthouse  
5250 Spring Garden Road  
Halifax NS B3J 1E7

Tel / Tél. : (902) 424-8718  
Fax / Télécopieur : (902) 424-0551

### Québec

**Juge Martin Tétreault**  
Cour du Québec – Chambre civil et jeunesse  
Palais de justice de Granby  
74, rue Principale  
Granby, QC J2B 9B3

Tel / Tél. : (450) 776-7111  
Fax / Télécopieur : (450) 776-4084

### British Columbia / Colombie-Britannique

**Judge Christine Lowe**  
The Law Courts  
850 Burdette Avenue  
Victoria, BC V8W 1B4

Tel / Tél. : (250) 356-1032  
Fax / Télécopieur : (250) 356-6779

### Newfoundland and Labrador / Terre-Neuve et Labrador

**Judge Phyllis Harris**  
Provincial Court of Newfoundland and  
Labrador  
P.O. Box 68  
215 Water Street  
St. John's, NL A1C 6C9

Tel / Tél. : (709) 729-1004  
Fax / Télécopieur : (709) 729-0796

### Ontario

**Justice Jon-Jo A. Douglas**  
Ontario Court of Justice  
75 Mulcaster Street  
Barrie, ON L4M 3P2

Tel / Tél. : (705) 739-6517  
Fax / Télécopieur : (705) 739-6583

### Saskatchewan

**Judge Michelle Marquette**  
Provincial Court of Saskatchewan  
Box 1449, 410 Avenue C East  
Wynyard, Saskatchewan S0A 4T0

Tel / Tél. : (306) 554-5525  
Fax / Télécopieur : (306) 554-5531

### Manitoba

**Judge Murray Thompson**  
Provincial Court of Manitoba  
Winnipeg Law Courts  
5th Floor - Provincial Court Judges'  
Chambers  
408 York Avenue,  
Winnipeg, MB  
R3C 0P9

Tel / Tél. : (204) 945-3461  
Fax / Télécopieur : (204) 945-0552

### Northwest Territories / Territoires du Nord-Ouest

**Judge Jeannie Scott**  
Territorial Court of the Northwest  
Territories  
P.O. Box 550, Courthouse, 4093 -  
49th Street  
Yellowknife, NT X1A 2N4

Tel / Tél. : (867) 873-7604  
Fax / Télécopieur : (867) 873-0203

### Prince Edward Island / Île du Prince-Édouard

**Judge Krista J. MacKay**  
Provincial Court of P.E.I.  
Summerside Law Courts  
108 Central Street  
Summerside PEI C1N 3L4

Tel / Tél. : 902-888-8197  
Fax / Télécopieur : 902-888-8222

### Yukon

**Judge Karen Ruddy**  
Territorial Court of Yukon  
Judges' Chambers P.O. Box 2703, J-3E  
Whitehorse, YT Y1A 2C6

Tel / Tél. : (867) 667-5438  
Fax / Télécopieur : (867) 393-6400

www.judges-juges.ca

ÉTÉ 2022 SUMMER  
VOLUME 45 N° 1

Le Journal des juges provinciaux est une publication de l'Association canadienne des juges des cours provinciales. Ce journal est publié deux fois par an et distribué à plus de 1500 exemplaires. Les commentaires et opinions qu'il contient ne peuvent pas être considérés comme l'expression de la position de l'Association canadienne sauf indication à cet effet.

The Provincial Judges' Journal is a publication of the Canadian Association of Provincial Court Judges. Views and opinions are not to be taken as official expressions of the Canadian Association's policy unless so stated. The Journal is published twice a year and has a distribution of over 1500 copies.

**Co-éditeur / Co-Editor**

Judge Michelle Christopher,  
Provincial Court of Alberta,  
Law Courts,  
460 First St. S.E.  
Medicine Hat, AB  
T1A 0A8  
Courriel/E-mail : mcc@albertacourts.ca

**Coéditrice / Co-Editor**

Juge Martine Nolin  
Cour du Québec, chambre de la jeunesse  
410 rue Bellechasse Est. 4<sup>e</sup> étage  
Montréal, Qué H3S 1X3  
Tel / Tél. 514 495-5801  
Fax / Télécopieur 514 393-2106  
Courriel/E-mail : martine.nolin@judex.qc.ca

**Coordination de la production,  
design graphique et gestion de l'envoi postal :  
Graphic Design, Production Coordination  
and mailing:**

Fleur de lysée design graphique  
4253, av. Christophe-Colomb  
Montréal (Québec) H2J 3G2  
514 528-8618

**Translation / Traduction**

Claudine Bertin Traductrice certifiée,  
(Halifax, Nouvelle-Écosse)

**Photos**

The pictures from the online CAPCJ annual meeting were taken by Judge Nolin, from her digital device. Les photos de la réunion annuelle de l'ACJCP en ligne ont été prises par la juge Nolin, à partir de son appareil numérique.



**Page couverture :**

L'illustration de la page couverture a été créée par le juge Jean La Rue, de la Cour du Québec à Saint-Jérôme. Le juge La Rue est un artiste bien connu dont les œuvres ont été exposées dans certaines galeries d'art du Québec.

**Cover page:**

The illustration on the cover was created by Judge Jean La Rue of the Cour du Québec in St. Jérôme. Judge La Rue is a noted artist whose works have been displayed in several Quebec art galleries.



**SOMMAIRE**

**ÉDITORIAL**

**LA CHARTE CANADIENNE À 40 ANS**  
Juge Martine Nolin, *Cour du Québec*

**RAPPORT DU PRÉSIDENT**

Juge Theodore Tax,  
*Cour provinciale de la Nouvelle-Écosse*

**RAPPORT DU TRÉSORIER**

Juge Alan T. Tufts, *Cour provinciale de la Nouvelle-Écosse*

**RAPPORT DE LA SECRÉTAIRE — PRINTEMPS 2021**

Juge Wynne Anne Trahey,  
*Cour provinciale de Terre-Neuve-et-Labrador*

**RÉUNION PRINTEMPS 2022  
MONTREAL**

**NOUVEAUX VISAGES**

**PROFIL DE L'HONORABLE  
JUGE BRENDA GREENE (ONTARIO)**  
Justice Brenda Green, *Cour de justice de l'Ontario*  
*Nouvelle présidente du Comité d'accès à la justice*

**OBITER DICTA**

**LIMERICKS**  
Juge Catherine Crockett,  
*Cour provinciale de la Colombie-Britannique*

**LA CHRONIQUE INFORMATIQUE**

Juge Gary Cohen,  
*Cour provinciale de Colombie-Britannique*

**CONGRÈS 2022 DE L'ACJCP À HALIFAX**

Juge A. Peter Ross,  
*Cour provinciale de la Nouvelle-Écosse*

**NOTES DE LECTURE**

Juge Gilles Renaud, *Cour de justice de l'Ontario*

**CONTENTS**

**EDITORIAL**

**THE CHARTER AT 40 YEARS**  
Judge Michelle Christopher, *Provincial Court of Alberta*

**PRESIDENT'S REPORT**  
Judge Theodore Tax,  
*Provincial Court of Nova Scotia*

**TREASURER'S REPORT**  
Judge Alan T. Tufts, *Nova Scotia Provincial Court*

**SECRETARY'S REPORT — SPRING 2021**  
Judge Wynne Anne Trahey,  
*Provincial Court of Newfoundland and Labrador*

**SPRING 2022 MEETING  
MONTREAL**

**NEW FACES**

**PROFILE OF THE HONOURABLE  
JUSTICE BRENDA GREENE (ONTARIO)**  
Justice Brenda Green, *Ontario Court of Justice*  
*New Chair of the Access to Justice Committee*

**OBITER DICTA**

**LIMERICKS**  
Judge Catherine Crockett,  
*Provincial Court of British Columbia*

**TECHNOLOGY CORNER**

Judge Gary Cohen,  
*Provincial Court of British Columbia*

**CAPCJ 2022 CONFERENCE IN HALIFAX**  
Judge A. Peter Ross,  
*Nova Scotia Provincial Court*

**BY THE BOOK**

Justice Gilles Renaud, *Ontario Court of Justice*

**REMERCIEMENTS**

L'Association canadienne des juges des cours provinciales (ACJCP) remercie le ministère fédéral de la Justice pour sa subvention annuelle augmentée à 134 000 \$ pour les années 2021-22 et 2022-23. Cette subvention est utilisée pour les services de traduction dans les langues officielles, également pour l'interprétation simultanée de tous ses programmes de formation, la traduction des procès-verbaux, des rapports de comités, du contenu du Journal des juges provinciaux et du site Web.

**ACKNOWLEDGMENT**

The Canadian Association of Provincial Court Judges (CAPCJ) thanks the Federal Department of Justice for its annual grant increased to \$134,000 for the years 2021-22 and 2022-23. This grant is used for Official Languages translation services, including simultaneous translation all at its educational programs, and translation of corporate minutes, committee reports, the content of the Provincial Judges' Journal and our website.

# LA CHARTE CANADIENNE A 40 ANS

ÉDITORIAL

40 ans, toujours aussi pertinente, souple et sollicitée! Une jeunesse!

Depuis 40 ans les justiciables s'y appuient, les tribunaux l'interprète sans relâche pour favoriser le respect des droits fondamentaux et procéduraux de tous les citoyens canadiens.

Je partage totalement les propos de ma co éditrice : nous sommes un pays privilégié par l'existence de cet instrument juridique qui nous qualifie comme « pays de Charte », comme « société de droit ».

Elle enchâsse des garanties et des droits que l'actualité ne cesse d'ébranler: l'immigration, la diversité, le droit des femmes, la liberté de religion, d'assemblée, d'expression, les droits des prévenus.

Il faut la célébrer, la chérir, la protéger, la promouvoir, lui assurer la portée que l'article premier lui accorde.

Les juges de juridiction provinciale à travers le pays participent quotidiennement à son application, son interprétation, son essor; c'est avec une grande fierté que nous devons contempler cet exercice judiciaire ardu.

La réflexion et les commentaires que cet anniversaire a suscité chez nos collègues sont importants, enrichissants, stimulants et, ma foi, parfois amusants.

Nous les remercions tous et toutes pour leur contribution.

Merci au juge Jean La Rue d'avoir porté son attention artistique à l'article premier de la Charte, donnant le coup d'envoi mérité par le thème de cette édition.

Nous sommes également et toujours reconnaissants de l'appui financier généreux du gouvernement fédéral qui assure la parution bilingue du Journal.

Les contributions des juges Gilles Renaud (Ontario) et Gary Cohen (Colombie-Britannique) alimentent les pages « lecture » et « techno » alors que nous faisons la connaissance de la nouvelle présidente du comité d'accès à la justice de l'Association, la juge Brenda Greene de l'Ontario.

Je remercie ma co éditrice Michelle Christopher de la Cour provinciale de l'Alberta pour sa détermination dans la mise en forme de cet outil de communication et de mise en commun de nos expériences judiciaires qu'est le Journal de l'Association.

Je vous souhaite une bonne lecture, un bel été, « déconfiné » et en santé! Au plaisir de vous voir nombreux à Halifax en septembre.

**Martine Nolin**  
**Cour du Québec**



Juge Martine Nolin

# THE CHARTER AT 40 YEARS

## EDITORIAL



Judge M. C. Christopher

Dear colleagues,

First of all, I wish to thank all the writers who contributed to this issue notwithstanding very busy schedules complicated by the ever-shifting demands of the pandemic. Your work is much appreciated and will be enjoyed by all readers. I also wish to highlight, with thanks, the continued support of CAPCJ and the federal government for providing the generous annual funding which make this work possible.

As this issue of the Judges' Journal goes to print, I cannot help but reflect on the privileged place we occupy, not just as members of the judiciary, but as Canadians. It is only fitting that we celebrate the 40<sup>th</sup> Anniversary of the Charter of Rights

and Freedoms, a milestone which highlights the progress we have made as a nation striving to protect freedom and democracy. We are fortunate to enjoy so many freedoms in this country: freedom of conscience and religion, of thought and speech, of peaceful assembly and of association. We are even more fortunate to have the constitutional protection of so many rights. The right to mobility. The right to life, liberty and security of the person. The right to be secure against unreasonable search and seizure. The right not to be arbitrarily detained or imprisoned, to be presumed innocent, to have counsel, and more. As judges, we all work each day as guardians of the constitution, in each docket, trial or appeal court, to ensure that these rights and freedoms are protected, equally and for all.

At the same time, I am mindful of the suffering of many across the globe, particularly in the face of events which undermine the rule of law and deny ordinary citizens not only these rights and freedoms, but their basic human rights. So many terrible events are in the news these days: Taliban fundamentalism and the persecution of women, including women judges, in Afghanistan; the war in Ukraine; civil wars and food shortages across Africa; mass slaughter of American school children in their classrooms, most recently in Texas. I also mourn the loss of a friend, David Milgaard, who spent 23 years wrongfully imprisoned for a murder he did not commit yet devoted so much time and energy to advocate for a national, independent conviction review panel. I mourn the lives of all the Indigenous children who lie in unmarked graves at former residential school sites across the country. I mourn all the missing and murdered Indigenous women. And I mourn all the victims of intimate partner violence and coercive control. There is, undoubtedly, much to do, and the work is not always easy.

Still, there is also much to celebrate as we enter the fifth decade of life with the Charter. As judges, we have done some of the heavy lifting to ensure justice prevails as our understanding of rights and freedoms continues to develop. I am confident that in continuing the vital work in our courts, justice will be done, and for that, I am profoundly grateful. Meanwhile, stay well everyone, and stay tuned for the next issue of the Judges' Journal on the theme of the 2022 CAPCJ Conference in beautiful Halifax, Nova Scotia. Hope to see you there in September!

**Judge Michelle Christopher**  
Co-editor, CAPCJ Journal



**Membres de l'exécutif de l'ACJCP au séminaire d'accueil à Bromont, Québec**  
De gauche à droite:

Marco Labrie, Président sortant (Québec),  
Alan T. Tufts, trésorier (Nova Scotia),  
Wynne Ann Trahey, secrétaire (Terre-neuve et Labrador),  
Ted K. Tax, Président (Nova Scotia),  
Martha Zivolak, 1<sup>ère</sup> Vice-présidente (Ontario),  
James Rybchuk, 3<sup>e</sup> Vice-président (Saskatchewan)

**Members of CAPCJ Executive Council at the Initial Seminar in Bromont, Quebec**  
From left to right:

Marco Labrie, Past President (Quebec),  
Alan T. Tufts, treasurer (Nova Scotia),  
Wynne Ann Trahey, Secretary (New Foundland and Labrador),  
Ted K. Tax, President (Nova Scotia),  
Martha Zivolak, 1<sup>st</sup> Vice-President (Ontario),  
James Rybchuk, 3<sup>rd</sup> Vice-President (Saskatchewan)

# RAPPORT DU PRÉSIDENT

**C'est un plaisir pour moi de vous présenter mon deuxième rapport de président pour le numéro d'été du *Journal de l'ACJCP*. Dans ces remarques, je vais commenter brièvement certaines de mes activités récentes au cours de ce deuxième mandat à la présidence de l'ACJCP et parler du thème de ce numéro du *Journal* qui porte sur le 40<sup>e</sup> anniversaire de la *Charte canadienne des droits et libertés*.**

Juge Theodore Tax,  
Cour provinciale de la  
Nouvelle-Écosse

Depuis quelque temps déjà, nous continuons à subir les répercussions de la pandémie de COVID-19 sur les procès en personne et les comparutions préalables aux procès, les réunions de l'association et les congrès de formation. Toutefois, les cours provinciales et territoriales ont su s'adapter à la situation et ont approuvé différents types de procédures et de réunions virtuelles afin de mettre en œuvre des mesures de santé publique permettant de poursuivre les audiences judiciaires de manière sûre et sans risque. De même, l'ACJCP, son conseil d'administration et ses comités ont continué à tenir leurs réunions et à travailler sur des projets liés à leur mandat. La vidéoconférence et d'autres ressources numériques ont permis à nos comités sur la formation d'offrir des congrès de formation de haute qualité, la formation judiciaire continue étant une priorité essentielle pour l'ACJCP.

À la fin avril, nous avons enfin pu nous rassembler en personne à l'occasion des réunions de printemps du conseil d'administration de l'ACJCP, pour la première fois depuis avril 2019. Bien que certains directeurs et présidents de comité n'aient pas pu y assister, ils ont tous déposé des rapports écrits pour mettre l'association au courant de leurs activités récentes et des enjeux dans leur province ou territoire. Ces rapports peuvent être consultés depuis l'ordre du jour (qui contient des hyperliens) de la réunion de printemps du conseil d'administration d'avril 2022 sur le site Web de l'ACJCP. Je vous encourage à aller dans la partie « réservée aux membres » du site Web pour consulter les procès-verbaux, les rapports et d'autres documents tels que les résumés du juge Wayne Gorman sur les décisions importantes rendues récemment, les avis consultatifs en matière de déontologie et les numéros précédents du *Journal de l'ACJCP*.

À la suite de la réunion de printemps du Conseil d'administration, j'ai pu souhaiter la bienvenue à plus de 60 juges récemment nommés à l'occasion du Programme des nouveaux juges à Bromont et, le lendemain, le bureau de direction a tenu des réunions très productives avec le ministre fédéral de la Justice, l'honorable David Lametti, et la juge Suzanne Côté de la Cour suprême du Canada.

Au début mai, à titre de représentant de l'ACJCP, j'ai assisté à la réunion du conseil des gouverneurs de l'Institut national de la magistrature (INM), qui était présidée par le juge en chef du Canada, Richard Wagner. En raison du report de la plupart des programmes en personne durant la pandémie de COVID-19, plusieurs présentations lors de cette réunion ont souligné la capacité de l'INM à « s'adapter rapidement » et à offrir d'excellents programmes numériques d'autoformation, des balados, des cahiers d'audience et des trousseaux à outils, comme la trousse à outils sur les agressions sexuelles, qui fournissent du matériel éducatif essentiel sur un large éventail de sujets. Ces ressources et ce matériel de formation sont à votre disposition et peuvent être consultés par tous les membres de l'ACJCP sur le site Web de l'INM. À la fin du mois de mai, j'ai eu l'occasion de saluer les membres et de fournir des informations sur les activités de l'ACJCP à l'assemblée générale annuelle de l'Association des juges de l'Ontario à Toronto.

Vu qu'il s'agit d'un numéro spécial du *Journal de l'ACJCP* consacré au 40<sup>e</sup> anniversaire de l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* en avril 1982, j'aimerais partager brièvement avec vous mon point de vue personnel sur l'impact de la *Charte*, en particulier sur les poursuites pénales et le système de justice pénale.

À l'époque où le gouvernement fédéral engageait des discussions

avec les provinces au sujet du libellé exact de la *Charte*, j'étais avocat stagiaire au bureau régional du ministère fédéral de la Justice à Winnipeg. Je me souviens que les reportages dans les médias sur les discussions en cours parlaient de la *Charte* proposée comme d'un document « sujet à controverse » qui pourrait avoir un impact sur la sécurité publique et soulever le risque que des juges n'ayant pas de comptes à rendre mettent de côté des lois adoptées par le Parlement ou une assemblée législative provinciale. Toutefois, « le ciel ne nous est pas tombé sur la tête » et les cours provinciales et territoriales sont devenues, pour l'essentiel, les tribunaux de première instance pour un large éventail de questions relatives à la *Charte*.

Une fois que les litiges relatifs à la *Charte* sont parvenus jusqu'à la Cour suprême du Canada, celle-ci a commencé à rendre régulièrement des décisions notables portant sur la *Charte*. Ces décisions concernant les droits fondamentaux garantis par la *Charte* ont permis de trancher un large éventail de questions concernant les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives, le droit de faire appel à un avocat en cas d'arrestation ou de détention et les retards excessifs à porter les affaires devant les tribunaux. Il y a eu aussi de nombreuses décisions pour déterminer si la peine minimale obligatoire constituait une peine ou un traitement cruel ou peu courant. Il convient de noter que la Cour suprême du Canada a également rendu plusieurs décisions importantes relatives à la *Charte* en ce qui concerne les droits à l'égalité de groupes défavorisés ou minoritaires.

Depuis 1982, il y a eu d'innombrables progrès technologiques qui ont eu des répercussions sur pratiquement tous les aspects de la société canadienne. La Cour suprême du Canada a dû interpréter l'impact de ces changements fondamentaux par le biais de ses décisions marquantes relatives à la *Charte*, notamment en ce qui concerne le droit criminel et les preuves admissibles. Par exemple, ces décisions notables ont circonscrit les pouvoirs et les méthodes de la police pour fouiller les ordinateurs et les téléphones intelligents. En plus de déterminer si les circonstances de l'affaire ont entraîné une violation des droits garantis par la *Charte* dans les cas impliquant le système de justice pénale, la Cour suprême du Canada a également fourni un cadre efficace pour déterminer si des preuves obtenues en violation des droits protégés par la *Charte* pouvaient néanmoins être admises lors du procès.

Les décisions de la Cour suprême du Canada ont reflété le caractère « arbre vivant » de la *Charte* et témoignent de la formulation très soignée des droits fondamentaux dans la *Charte*. Cela a donné à la Cour suprême du Canada et à d'autres cours l'occasion d'interpréter ces dispositions de manière pertinente dans le contexte des communications électroniques actuelles et des changements très importants survenus dans tous les aspects de la société canadienne au cours des 40 dernières années!

Pour conclure, j'aimerais souligner le fait que le congrès annuel de formation de l'ACJCP aura lieu cette année à Halifax, en Nouvelle-Écosse, du 20 au 22 septembre 2022. Le thème du congrès portera sur des domaines clés des litiges relatifs à la *Charte* à l'occasion du 40<sup>e</sup> anniversaire de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le conférencier principal de la séance plénière d'ouverture du congrès sera le très honorable Richard Wagner, juge en chef du Canada.

Je me réjouis à la perspective de rencontrer bon nombre d'entre vous cet automne à l'occasion du Congrès 2022 de l'ACJCP à Halifax. ▀



Judge Theodore Tax,  
Provincial Court of  
Nova Scotia

# PRESIDENT'S REPORT

**I am pleased to provide my second Summer Edition President's Report for the CAPCJ Journal. In these remarks, I will briefly comment on some of my recent activities during this second term as your CAPCJ President and comment on the theme of this issue of the Journal which focuses on the 40<sup>th</sup> anniversary of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.**

For some time now, we have continued to experience the effects of the Covid-19 pandemic on in-person trials and pre-trial appearances, association meetings and education conferences. However, provincial and territorial courts have adapted and adopted different manners of virtual proceedings or meetings to implement public health measures to continue court hearings in a safe and secure manner. Likewise, CAPCJ, the Board and its committees continued to conduct their meetings and work on projects related to their mandate. Video-conferencing and other digital resources allowed our education committees to deliver high quality educational conferences as continuing judicial education is a key priority of CAPCJ.

In late April, we were able to meet in person at CAPCJ's Spring Board Meetings for the first time since April 2019. Although some Directors and Committee Chairs were not able to attend, written reports were filed by everyone to update the Association on their recent activities and/or issues in their province or territory. Those reports may be viewed on the hyperlinked agenda to the April 2022 Spring Board Meeting on the CAPCJ website. I encourage you to access the "members only" part of the website to view the minutes, reports and other information such as Judge Wayne Gorman's summaries of significant recent decisions, ethics advisory opinions and previous issues of the CAPCJ Journal.

Following the Spring Board Meeting, I was able to bring greetings to over 60 recently appointed judges at the Bromont New Judges Program and the following day, the Executive had very productive meetings with the Federal Minister of Justice, the Hon. David Lametti and Justice Suzanne Cote of the Supreme Court of Canada.

In early May, as the CAPCJ representative, I attended the National Judicial Institute (NJI), Board of Governors meeting, which was chaired by the Chief Justice of Canada, Richard Wagner. Due to the postponement of most in-person programming during the Covid 19 pandemic, several presentations at that meeting highlighted NJI's ability to "pivot" and deliver excellent digital self-study programs, podcasts, bench books and toolkits such as the sexual assault toolkit, which provide critical educational materials on a wide array of subject areas. Those resources and educational materials are available and may be accessed by all CAPCJ members on the NJI website. In late May, I had the opportunity to bring greetings and provide information about CAPCJ activities at the annual general meeting of the Ontario Association of Judges in Toronto.

As this is a special edition of the CAPCJ Journal focused on the 40<sup>th</sup> anniversary of the enactment of the **Canadian Charter of Rights and Freedoms** in April 1982, I want to briefly provide you with my personal perspective on the impact of the **Charter**, especially in criminal prosecutions and the criminal justice system.

At the time that the federal government was holding discussions with the provinces with respect to the specific wording of the

**Charter**, I was a junior lawyer in the Winnipeg Regional Office of the Federal Department of Justice. I recall that the media reports of the discussions referred to the proposed **Charter** as being "controversial" and that there might be an impact on public safety as well as the potential for unaccountable judges setting aside legislation passed by Parliament or a provincial legislature. However, the "sky did not fall" and provincial and territorial courts, for the most part became the courts of first instance on a wide range of **Charter** issues.

Once **Charter** litigation reached the Supreme Court of Canada, the Court began to regularly issue landmark **Charter** decisions. Those decisions on fundamental **Charter** rights have determined a wide range of issues around unreasonable search and seizure, rights to counsel upon arrest or detention, unreasonable delay in bringing a matter to trial, as well as numerous cases determining whether the mandatory minimum sentence constituted cruel or unusual punishment or treatment. It is noteworthy that the Supreme Court of Canada has also rendered several important **Charter** decisions involving equality rights of disadvantaged or minority groups.

Since 1982, there have been innumerable technological advances which have impacted practically every aspect of Canadian society. The Supreme Court of Canada has had to interpret the impact of those fundamental changes through its landmark **Charter** decisions, in particular, in relation to the criminal law and admissible evidence. For example, those notable decisions have delineated police powers or search methods of a person's computers and smart phones. In addition to determining when the circumstances of the case resulted in a breach of an individual's **Charter** protected rights in cases involving the criminal justice system, the Supreme Court of Canada has also provided an effective framework to determine whether any evidence obtained in breach of a person's protected **Charter** rights, could nonetheless still be included in a trial.

The decisions of the Supreme Court of Canada have reflected the "living tree" aspect of the **Charter** and is a testament to the very considered drafting of the fundamental rights in the **Charter**. It has provided the Supreme Court of Canada and other courts an opportunity to interpret those provisions in a meaningful manner in light of present-day electronic communications and the very significant changes in all aspects of Canadian society which have occurred over the last 40 years!

In closing, I want to highlight the fact that the annual CAPCJ Education Conference will be held this year in Halifax, Nova Scotia from September 20-22, 2022. The theme of the conference will be featuring several sessions on key areas of **Charter** litigation on the 40<sup>th</sup> anniversary of the **Canadian Charter of Rights and Freedoms**. The keynote speaker at the opening plenary session of the conference will be the Right Honourable Richard Wagner, Chief Justice of Canada.

I look forward to meeting with a large number of you this fall at the 2022 CAPCJ conference in Halifax. ▀

## Introduction

1. Ceci est mon premier rapport à titre de nouveau trésorier depuis mon entrée en fonction en septembre 2021. Lors de la réunion du printemps du conseil d'administration à Montréal, j'ai distribué aux directeurs les rapports suivants :
  - a. Bilan financier
  - b. État des recettes et des dépenses
  - c. État des recettes par rapport au budget
  - d. Résumé des recettes et des dépenses
  - e. Budget proposé pour 2022-2023

## Notre situation financière actuelle

2. Nos principales sources de revenus en 2021-2022 sont les cotisations des membres (300 000 \$), la subvention fédérale (134 000 \$) et les subventions provinciales (38 000 \$). Tous ces revenus sont maintenant rentrés.
3. Nos dépenses les plus importantes pour 2021-2022 ont été pour le *Journal* (environ 23 000 \$), la traduction (environ 18 000 \$) et la BC Invention (11 100 \$). Normalement, nos coûts les plus élevés sont ceux des réunions du printemps et d'automne (habituellement environ 150 000 \$).
4. Pour les deux dernières années, nous avons connu des excédents dans nos dépenses opérationnelles en raison de l'annulation de la réunion du printemps du conseil d'administration et de l'assemblée générale annuelle en 2020 et 2021. De plus, les programmes de formation professionnelle de Bromont et de Niagara ont été annulés. Ces excédents ont été réinvestis dans des CPG à court terme avec des taux flexibles, ce qui permet de les réinvestir au fur et à mesure que les taux d'intérêt augmentent.

## Budget proposé

5. Le budget proposé constitue un retour à la « normale » après deux années de pandémie. J'ai proposé une augmentation du budget pour les réunions du printemps et d'automne, compte tenu des pressions inflationnistes en cours. J'ai également inscrit au budget deux programmes de formation à Bromont et à Niagara, ce qui double le budget habituel; toutefois, étant donné que ces programmes ont été annulés l'année dernière, nous avons de la marge dans le budget pour agir de cette manière.

6. Notre subvention fédérale est passée de 100 000 \$ à 134 000 \$. C'est la dernière année de l'engagement de cinq ans que nous avons obtenu du gouvernement fédéral. Votre bureau de direction s'efforcera de négocier un autre engagement de ce type.
7. Nous avons également obtenu une carte VISA pour l'ACJCP afin d'éviter que le trésorier ait à utiliser sa propre carte de crédit. De plus, nous pouvons maintenant recevoir et envoyer des virements électroniques sans frais.
8. Nous devrions terminer l'exercice financier 2022-2023 avec un excédent modeste, mais confortable.
9. Le conseil d'administration a adopté le budget 2022-2023 tel qu'il a été proposé avec une petite rectification.

## Politique sur les fonds de réserve

10. À l'heure actuelle, l'ACJCP dispose de deux fonds de réserve – un premier pour les opérations générales de 200 000 \$ et un second pour les interventions dans les litiges portant sur l'indépendance judiciaire de 150 000 \$. Le conseil d'administration a autorisé une augmentation du second fonds de réserve, le portant à 250 000 \$. J'ai aussi recommandé une augmentation du premier fonds de réserve; cette recommandation est actuellement à l'étude et sera présentée au conseil d'administration en septembre 2022.

## Prêt à la province d'accueil

11. Les directeurs ont autorisé un prêt de 25 000 \$, la moitié étant payable en 2022 et l'autre moitié en 2023 pour contribuer au financement du Congrès national de formation 2023. Ce prêt sera remboursé à partir des frais d'inscription au programme national de formation. Le paiement de 12 500 \$ pour 2022 a été versé.

## Hommage au trésorier sortant

12. Je tiens à exprimer ma sincère gratitude au juge Joe DeFilippis pour tout le temps qu'il m'a consacré et l'aide qu'il m'a fournie afin que je puisse me familiariser avec le rôle de trésorier. J'apprécie encore beaucoup plus les efforts que Joe a déployés en faveur de l'ACJCP au fil des années. Merci encore à Joe pour sa précieuse contribution à l'ACJCP.

Alan T. Tufts  
Trésorier, ACJCP





Judge Alan Tufts,  
Nova Scotia  
Provincial Court

# TREASURER'S REPORT

## Introduction

1. This is my first report as your new Treasurer since assuming this position in September 2021. At the Spring Board meeting in Montreal in April, I distributed to the Directors the following reports:
  - a. Balance Sheet
  - b. Statement of Revenue and Expenses
  - c. Statement of Revenue vs. Budget
  - d. Summary of Income and Expense
  - e. Proposed Budget for 2022-2023

## Our Current Financial Situation

2. Our principal sources of revenue in 2021-2022 are membership dues (\$300,000), the federal grant (\$134,000), and provincial grants (\$38,000). All of these revenues have now been received.
3. Our most significant expenses for 2021-2022 were for the Journal (about \$23,000), translation (approximately \$18,000) and the BC Invention (\$11,100). Ordinarily our most significant costs would be for the Spring and Fall Meetings (usually about \$150,000)
4. The last two years have seen surpluses in our operating expenses because of the cancelation of the Spring Board meeting and the Annual General meeting in 2020 and 2021. As well the Bromont and the Niagara Skills Programs were cancelled. Those surpluses have been invested in short term GICs with flexible rates which allows for re-investment as interests rise.

## The Proposed Budget

5. The proposed budget is a return to "normal" after the two-year pandemic. I have proposed increases in the Spring and Fall meetings given the on-going inflationary pressure. Also, I have budgeted for two Bromont and Niagara education programs which doubles the usual budget; however, given the programs were cancelled last year, there is room in the budget to respond accordingly.

6. Our Federal Grant has increased from \$100,000 to \$134,000. This is the last year of the five-year commitment we secured from the Federal Government. Your executive will be endeavouring to secure a further such commitment.
7. We have also obtained a VISA card for CAPCJ to avoid the Treasurer using his/her own credit card. Also, we can now receive and send eTransfers without fee.
8. We should end the 2022-2023 fiscal year with a modest but comfortable surplus.
9. The Board of Directors passed the 2022-2023 Budget as it was proposed with a small adjustment.

## Reserve Policy

10. Presently CAPCJ has two reserve funds – one for general operations - \$200,000 and a second for Judicial Independence Litigation Interventions - \$150,000. The Board has authorized an increase in the second fund to \$250,000. I have recommended an increase in the first reserve which is currently under review and recommendation will be brought before the Board in September of 2022.

## Loan to Province

11. The Directors authorized a loan for \$25,000 payable ½ in each of 2022 and 2023 to assist in the financing of the 2023 National Education Conference. The loan is repayable from registration fees from the National Education Program. The 2022 payment of \$12,500 has been made.

## Salute to Past Treasurer

12. I just want to extend my gratitude to Justice Joe DeFilippis for all the time and assistance he has provided to me in getting me up to speed with the role of Treasurer. I also have a much greater appreciation for the effort that Joe gave to CAPCJ over the years. Thanks again to Joe for his valuable contribution to CAPCJ

Alan T. Tufts  
Treasurer, CAPCJ

# RAPPORT DE LA SECRÉTAIRE PRINTEMPS 2022

Juge Wynne Anne Trahey,  
Cour provinciale de  
Terre-Neuve-et-Labrador

**Bien que la pandémie de COVID-19 continue d'avoir un impact sur les événements de l'ACJCP le Conseil d'administration et les président(e)s des comités ont été heureux de pouvoir se réunir en présentiel pour les réunions printanières du conseil d'administration à Montréal.**

Depuis les réunions automnales, un certain nombre de nouveaux directeur(e)s se sont joints au conseil d'administration. Nous avons accueilli de nouveaux directeur(e)s de Terre-Neuve-et-Labrador, de la Nouvelle-Écosse, du Nouveau-Brunswick et des Territoires du Nord-Ouest.

Suite à des mises en candidature pour remplacer les président(e)s qui se sont retirés de leurs postes, nous avons également accueilli un certain nombre de nouveaux président(e)s et co-président(e)s des comités.

Je suis en train de mettre à jour la liste des directeur(e)s et la liste des président(e)s et membres des comités. Je remercie les président(e)s pour leur coopération en me fournissant des informations à jour dans leurs rapports.

Je continue à travailler avec le Comité des communications électroniques sur le téléchargement des procès-verbaux de nos réunions du bureau de direction et du conseil d'administration sur le site Web. L'objectif est de télécharger simultanément les versions anglaises et françaises. Notre traductrice a travaillé avec diligence pour répondre de nos besoins.

Je demande aux président(e)s des comités de s'assurer que les informations relatives à leur comité ont été transférées avec succès de l'ancien site Web vers le nouveau.

Voici le calendrier des prochaines visioconférences de l'ACJCP avant les réunions automnales 2022 :

- ▶ Mardi 10 mai 2022 - bureau de direction
- ▶ Jeudi 16 juin 2022- conseil d'administration
- ▶ Jeudi 18 août 2022 - bureau de direction

Les dates des réunions de 2022 sont en cours de finalisation.

Les bureaux de direction de CCJC et ACJCP n'ont pas pu se réunir au cours de l'automne, mais ont tenu une réunion fructueuse le 17 mars 2022. La prochaine réunion aura lieu le 18 août 2022.

Les réunions automnales du conseil d'administration de l'ACJCP sont actuellement prévues pour être tenues en présentiel le lundi 19 septembre, 2022 et le mardi matin 20 septembre 2022 à l'hôtel Halifax Harbourfront Marriott.

Le congrès 2022 aura lieu à Halifax, Nouvelle-Écosse du mardi 20 septembre 2022 au vendredi 23 septembre 2022.

L'Assemblée générale aura lieu le vendredi 23 septembre 2022.

Wynne Anne Trahey,  
Secrétaire de l'ACJCP  
17 avril 2022



Judge Wynne Anne Trahey, Provincial Court of Newfoundland and Labrador

# SECRETARY'S REPORT SPRING 2022

**While the COVID-19 Pandemic continues to affect CAPCJ's operations, the Board and Committee Chairs are happy to be able to meet in-person for the Spring Board Meetings at Montreal.**

Since the Fall Board meeting a number of new Directors have joined the Board. We have welcomed new Directors from Newfoundland and Labrador, Nova Scotia, New Brunswick and the Northwest Territories.

Following an application process to replace retiring chairpersons, we have also welcomed a number of new Committee Chairs and Co-chairs.

I am in the process of updating the list of Directors and the list of Committee Chairs and members. I thank the Chairs for their cooperation in providing me with up-to-date information in their reports.

I continue to work with the Electronic Communications Committee on uploading the minutes of our Board and Executive meetings onto the website. The goal is to upload the English and French versions of the minutes simultaneously. Our translator has been working diligently to meet our needs.

I ask the Committee Chairs to ensure that their committee's information has been successfully transferred from the old website onto the new website.

CAPCJ Board and Executive videoconferences are scheduled for the following dates prior to the 2022 Fall Board Meetings:

- ▶ Tuesday, May 10, 2022 - Executive videoconference
- ▶ Thursday, June 16, 2022 - Board videoconference
- ▶ Thursday, Aug. 18, 2022- Executive videoconference

Dates for the 2022-2023 meetings are currently being finalized.

The executives of the CCCJ and CAPCJ were unable to meet over the fall, but held a successful meeting on March 17, 2022 and will next meet on August 18, 2022.

The Fall Board Meetings are scheduled to take place in-person on Monday, September 19, 2022 and Tuesday morning, September 20, 2022 at the Halifax Harbourfront Marriott Hotel.

The 2022 CAPCJ conference will take place in Halifax, Nova Scotia from Tuesday, September 20, 2022 to Friday, September 23, 2022.

The Annual General Assembly will take place on Friday, September 23, 2022.

Wynne Anne Trahey,  
CAPCJ Secretary  
April 17, 2022

## Toges et accessoires vestimentaires pour profession juridique et magistrature

Location et vente  
tuxedos et accessoires,  
toges, mortiers et épitoges  
pour collation des grades

Nettoyage et réparation  
de vêtements de tout genre

*Confection*  
**DE LAVOY**  
*depuis 1980*

445, rue Saint-Vincent    Tél. 514 842-3901  
Montréal (Québec)        1 800 831-3901  
H2Y 3A6                        Téléc. 514 842-7148

## Robes and apparel accessories for legal professionals and judges

Rental and sale of  
tuxedos and accessories,  
academic gowns, mortar-boards,  
and academic hoods

Dry-cleaning and repair  
of all types of clothing

[www.delavoy.ca](http://www.delavoy.ca)



## Le paragraphe 24(2) de la *Charte*, de l'arrêt *R. c. Collins* à l'arrêt *R. c. Grant* et à l'arrêt *R. c. Tim* : **OÙ EN SOMMES-NOUS?**

Le premier examen approfondi du paragraphe 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, Loi constitutionnelle de 1982, par la Cour suprême du Canada, a commencé lorsque M<sup>me</sup> Ruby Collins a été saisie par le collet par un agent de police. Après avoir fait cela, le policier a remarqué que M<sup>me</sup> Collins avait quelque chose dans la main. Il s'est avéré qu'il s'agissait d'héroïne. La défense a affirmé que les actions de l'agent de police avaient violé le droit de M<sup>me</sup> Collins, en vertu de l'article 8 de la *Charte*, d'être protégée contre « les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives ». Devant la Cour suprême du Canada, l'enjeu principal était de déterminer si l'héroïne saisie était admissible en preuve lors du procès de M<sup>me</sup> Collins.

Dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, la Cour suprême du Canada a commencé son analyse de cette question en notant que l'accusé a le fardeau, selon la norme de la prépondérance des probabilités, d'établir que l'utilisation des éléments de preuve déconsidérerait l'administration de la justice (voir le paragraphe 30).

Dans l'arrêt *Collins*, la Cour suprême a dressé une liste des facteurs qui devraient être envisagés lors de l'application du paragraphe 24(2) de la *Charte* et a statué que le juge de première instance doit « tenir compte de toutes les circonstances » pour déterminer si les éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte* doivent être admis ou exclus (paragraphe 43). Elle a conclu que les éléments de preuve saisis auraient dû être exclus parce qu'on ne peut « admettre que les agents de police sautent sur les gens et les saisissent à la gorge s'ils n'ont pas des motifs raisonnables et probables de croire que ces gens-là sont dangereux ou qu'ils sont des trafiquants de drogue » (paragraphe 45).

Par la suite, dans l'affaire *R. c. Fliss*, [2002] 1 R.C.S. 535, les facteurs à prendre en compte ont été résumés par la Cour suprême de la façon suivante (paragraphe 75) :

1. L'admission de la preuve compromet-elle l'équité du procès?
2. Quelle est la gravité de la violation de la *Charte*?
3. Quelle serait l'incidence de l'exclusion de la preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice?

### **Paragraphe 24(1) de la *Charte* :**

Dans l'arrêt *R. c. Bjelland*, [2009] 2 R.C.S. 651, la Cour suprême du Canada a indiqué que, bien que « l'exclusion d'éléments de preuve soit une réparation découlant normalement de l'application du par. 24(2), elle ne peut être écarté [sic] d'emblée comme réparation pouvant être accordée en application du par. 24(1). Cependant, seules les circonstances où il est impossible de concevoir une réparation moins draconienne pour sauvegarder l'équité du procès et l'intégrité du système de justice donnent ouverture à une telle réparation » (paragraphe 19).

### **Preuve obtenue ou non obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même**

Dans l'affaire *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, la Cour suprême a créé une distinction aux fins de l'exclusion : la preuve obtenue en violation de la *Charte* a-t-elle été obtenue ou non en mobilisant l'accusé contre lui-même? Dans l'affaire *Stillman*, la Cour a statué que « comme on l'a affirmé dans l'arrêt *Collins*, l'utilisation de la preuve qui relève de la catégorie des éléments de preuve non obtenus en mobilisant l'accusé contre lui-même a rarement pour effet de rendre le procès inéquitable » (paragraphe 74). Quelques années plus tard, dans l'arrêt *R. c. Law*, [2002] 1 R.C.S. 227, la Cour suprême a confirmé cette approche en suggérant « [qu'en] général, il est beaucoup plus facile d'écarter des éléments de preuve si leur utilisation porte atteinte à l'équité du procès que si leur admission revenait à approuver une violation constitutionnelle grave » (paragraphe 33).

Prévoyant au départ un critère général et vague (en tenant compte de toutes les circonstances), la Cour a ensuite établi un critère suivant lequel la nature de la preuve (obtenue ou non obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même) devient le facteur crucial pour en déterminer l'admissibilité. Dans *The Grant Trilogy and the Right Against Self-incrimination* (2009), 66 C.R. (6<sup>th</sup>) 97, le professeur Hamish Stewart a résumé l'impact de ces décisions en notant que « selon la décision majoritaire controversée dans *Stillman*, l'exclusion en vertu de la première branche était virtuellement automatique si la preuve obtenue avait été "obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même" » (page 100).

### ***R. c. Grant* :**

Tout cela a changé avec la décision de la Cour suprême dans *R. c. Grant*, [2009] 2 R.C.S. 353. La dichotomie, entre le fait d'avoir obtenu ou non la preuve en mobilisant l'accusé contre lui-même, a été abandonnée; le professeur Stewart dira qu'elle a été « balayée » (page 100). Plusieurs cours d'appel canadiennes ont également conclu que la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Grant* a jeté un doute sur la validité de sa jurisprudence antérieure en lien avec l'application du paragraphe 24(2) de la *Charte*. Dans l'affaire *R. v. Blake*, [2010] 251 C.C.C. (3d) 3 (C.A. Ont.), par exemple, la Cour d'appel de l'Ontario a déclaré que la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Grant*, « a passé au peigne fin les 20 années de jurisprudence qui s'étaient accumulées autour du paragraphe 24(2) et a réduit cette jurisprudence aux mots mêmes du paragraphe » (paragraphe 21). Le professeur Donald Stuart, dans *Welcome Flexibility and Better Criteria for Section 24(2)*, (2009), 66 C.R. (6<sup>th</sup>) 82, suggère qu'une grande partie « de la volumineuse jurisprudence antérieure sur le paragraphe 24(2) aura peu d'importance » à la suite de l'arrêt *Grant* (page 82).

Dans l'arrêt *Grant*, la Cour a indiqué que la « jurisprudence relative [...] à l'exclusion d'éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte* pose des difficultés d'application et peut entraîner des résultats insatisfaisants [...] nous estimons, compte tenu des

*Suite à la page 14* ►



Judge Wayne Gorman, Provincial Court of Newfoundland and Labrador

Section 24(2) of the Charter, from R. v. Collins to R. v. Grant to R. v. Tim:

WHERE ARE WE NOW?

The Supreme Court of Canada's first fulsome consideration of section 24(2) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms, Constitution Act, 1982, commenced with Ms. Ruby Collins being grabbed by the neck by a police officer. After the officer did so, he noticed that Ms. Collins had something in her hand. It turned out to be heroin. It was argued that the actions of the police officer violated Ms. Collins's right pursuant to section 8 of the Charter to be free from "unreasonable search or seizure." In the Supreme Court of Canada, the primary issue became whether the heroin was admissible at Ms. Collins's trial.

In R. v. Collins, [1987] 1 S.C.R. 265, the Supreme Court of Canada commenced its analysis of this issue by noting that the accused has the burden, on the standard of the balance of probabilities, to establish that admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute (see paragraph 30).

The Supreme Court set out a list of factors in Collins, which should be considered when applying section 24(2) of the Charter, and held that a trial judge must have "regard to all the circumstances" in determining whether evidence obtained in violation of the Charter should be admitted or excluded (at paragraph 43). It concluded that the evidence seized should have been excluded because it could not "accept that police officers take flying tackles at people and seize them by the throat when they do not have reasonable and probable grounds to believe that those people are either dangerous or handlers of drugs" (at paragraph 45).

Subsequently, in R. v. Fliss, [2002] 1 S.C.R. 535, the factors to be considered were summarized by the Supreme Court in the following manner (at paragraph 75):

- 1. Does the admission of the evidence affect the fairness of the trial?
2. How serious was the Charter breach?
3. What would be the effect of excluding the evidence on the repute of the administration of justice?

Section 24(1) of the Charter:

In R. v. Bjelland, [2009] 2 S.C.R. 651, the Supreme Court of Canada indicated that while the "exclusion of evidence will normally be a remedy under s. 24(2), it cannot be ruled out as a remedy under s. 24(1). However, such a remedy will only be available in those cases where a less intrusive remedy cannot be fashioned to safeguard the fairness of the trial process and the integrity of the justice system" (at paragraph 19).

Conscriptive Versus Non-Conscriptive:

In R. v. Stillman, [1997] 1 S.C.R. 607, the Supreme Court created a distinction for exclusion purposes based upon whether the

evidence unconstitutionally obtained was conscriptive or non-conscriptive. The Court held in Stillman that "admission of evidence which falls into the non-conscriptive category will, as stated in Collins, rarely operate to render the trial unfair" (at paragraph 74). A few years later in R. v. Law, [2002] 1 S.C.R. 227, the Supreme Court confirmed this approach by suggesting that "it will be much easier to exclude evidence if its admission would affect the fairness of the trial as opposed to condoning a serious constitutional violation" (at paragraph 33).

Thus, the Supreme Court started out with a general and vague test (a consideration of all of the circumstances). It then developed a test in which the nature of the evidence (conscriptive or non-conscriptive) became the crucial factor in determining admissibility. In The Grant Trilogy and the Right Against Self-incrimination (2009), 66 C.R. (6th) 97, Professor Hamish Stewart summarized the effect of these decisions by noting that "according to the controversial majority ruling in Stillman, exclusion under the first branch was virtually automatic if the evidence obtained was 'conscriptive'" (at page 100).

R. v. Grant:

All of this changed with the issuance of the Supreme Court's decision in R. v. Grant, [2009] 2 S.C.R. 353. The conscriptive versus non-conscriptive dichotomy was abandoned. Professor Stewart describes it as having been "swept away" (at page 100). Several Canadian Courts of Appeal have also concluded that the Supreme Court of Canada's decision in Grant has cast doubt upon the continued validity of its pre-Grant jurisprudence as regards the application of section 24(2) of the Charter. In R. v. Blake, [2010] 251 C.C.C. (3d) 3 (Ont. C.A.), for instance, the Ontario Court of Appeal stated that the Supreme Court of Canada in Grant "took a judicial wire brush to the 20 years of jurisprudential gloss that had built up around s. 24(2) and scrubbed down to the bare words of the section" (at paragraph 21). Professor Donald Stuart in Welcome Flexibility and Better Criteria for Section 24(2), (2009), 66 C.R. (6th) 82, suggests that much "of the voluminous prior jurisprudence on section 24(2) will be of little moment" as a result of Grant (at page 82).

In Grant, the Court indicated that the "existing jurisprudence" on exclusion of evidence obtained in violation of the Charter was "difficult to apply and may lead to unsatisfactory results... we find it our duty, given the difficulties that have been pointed out to us, to take a fresh look at the frameworks that have been developed" (at paragraph 3).

The Supreme Court commenced its fresh look by indicating that though the test set out in section 24(2) of the Charter is a "broad and imprecise" one (at paragraph 60), the "words of s. 24(2) capture its purpose: to maintain the good repute

Continued on page 15

### ► Suite de la page 12

difficultés qui nous ont été signalées, devoir jeter un regard neuf sur le cadre d'analyse élaboré pour trancher ces deux questions » (paragraphe 3).

La Cour suprême a commencé à jeter son regard neuf en indiquant que, bien que le critère énoncé au paragraphe 24(2) de la *Charte* soit « large et imprécis » (paragraphe 60), « Le libellé du par. 24(2) en exprime bien l'objet : préserver la considération dont jouit l'administration de la justice » (paragraphe 67). Ainsi, « [l']objet du par. 24(2) n'est pas seulement à long terme, il est également prospectif. L'existence d'une violation de la *Charte* signifie que l'administration de la justice a déjà été mise à mal » (paragraphe 69). La Cour suprême a également indiqué que le paragraphe 24(2) « part de là et vise à faire en sorte que les éléments de preuve obtenus au moyen de cette violation ne déconsidèrent pas davantage le système de justice. Le paragraphe 24(2) a aussi un objet sociétal. Il ne vise pas à sanctionner la conduite des policiers ou à dédommager l'accusé, il a plutôt une portée systémique. Il se rapporte aux importantes répercussions de l'utilisation d'éléments de preuve sur la considération à long terme portée au système de justice » (paragraphe 69-70).

Ce dernier point a été souligné par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *R. v. Pileggi*<sup>1</sup>, 2021 ONCA 4. Dans cette affaire, la Cour a statué que les éléments de preuve obtenus après une violation de l'alinéa 10b) de la *Charte* ne devraient pas être exclus parce que les « manquements des policiers étaient propres à la situation, mais tout de même graves [...] Dans ces circonstances, l'exclusion de la preuve ne servirait qu'à punir indirectement les agents fautifs, plutôt qu'à s'aligner sur l'objectif général du paragraphe 24(2), qui est de défendre la réputation à long terme du système de justice pénale (paragraphe 90).

Le professeur Kent Roach a noté que « l'exclusion d'une preuve obtenue de façon inappropriée est de loin le recours constitutionnel le plus contesté ». La décision de la Cour suprême dans l'affaire *R. c. Grant* a déjà été citée dans plus de 4 700 affaires depuis qu'elle a été rendue en 2009. Bien que l'exclusion ne soit possible que lorsque des éléments de preuve incriminants sont trouvés et utilisés dans le cadre d'un procès, elle représente la forme la plus importante de révision judiciaire de la conduite dans le processus pénal. Cela soulève la question de savoir si nous faisons le meilleur usage possible du recours en exclusion » (voir *Reclaiming Prima Facie Exclusionary Rules in Canada, Ireland, New Zealand, and the United States: The Importance of Compensation, Proportionality, and Non-Repetition*, 2020, 43, Man., L.J. 1, page 1).

### La nouvelle grille d'analyse de Grant

La Cour suprême a conclu dans l'arrêt *Grant* qu'il existe « trois questions » dont il faut tenir compte lors de l'application du paragraphe 24(2) de la *Charte*. Ces trois questions ont été décrites comme suit (paragraphe 71) :

- (1) la gravité de la conduite attentatoire de l'État (l'utilisation peut donner à penser que le système de justice tolère l'inconduite grave de la part de l'État);
- (2) l'incidence de la violation sur les intérêts de l'accusé protégés

par la *Charte* (l'utilisation peut donner à penser que les droits individuels ont peu de poids);

- (3) l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond.

Il est intéressant de noter que non seulement la Cour suprême du Canada a énoncé ces critères, mais elle a aussi ajouté un commentaire entre parenthèses pour les deux premiers. Il se peut que la Cour ait ajouté ses propres notes explicatives. Si c'est le cas, il semble que la Cour suprême encourage les juges de première instance à envisager (1) que l'utilisation d'éléments de preuve obtenue par les policiers à la suite d'une violation grave de la *Charte* semblera indiquer au public que la Cour tolère une telle conduite et (2) que l'utilisation de ces éléments de preuve lorsque la violation a eu un impact important sur le droit ainsi protégé suggérera que celui-ci est de peu d'importance.

Bien que les deux premières questions puissent sembler interreliées, elles impliquent deux voies d'analyse séparées et distinctes. Dans la première voie, la Cour doit adopter une approche objective (c.-à-d. quelle était la gravité de la violation de la *Charte*?), alors que, dans la deuxième voie, une approche subjective doit être employée (c.-à-d. quel effet la violation de la *Charte* a-t-elle eu sur les droits précis de l'accusé protégés par l'article en cause?).

Stephen C. Thaman, dans *Constitutional Rights in the Balance: Modern Exclusionary Rules and the Toleration of Police Lawlessness in the Search for Truth*, 2011, 61, Université de Toronto, L.J. 691, a résumé la manière dont la Cour suprême du Canada a modifié son analyse du paragraphe 24(2) : (pages 719 à 720) :

En interprétant cette disposition, les tribunaux canadiens ont initialement élaboré deux critères distincts pour déterminer si l'exclusion était appropriée. Selon le premier critère, il y aurait exclusion, quelle que soit la gravité de la violation, si celle-ci avait pour conséquence de contraindre un suspect-défendeur à produire des éléments de preuve contre lui-même. Le deuxième critère se concentrait exclusivement sur la gravité de la violation, de telle sorte que l'absence d'exclusion serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice [...] Récemment, les tribunaux canadiens ont adopté un critère de mise en balance plus simple, qui comprend maintenant le critère de la légitimité morale. Ce critère comporte la pondération de trois facteurs : (1) la gravité de la violation; (2) déterminer si l'utilisation des éléments de preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice du point de vue de l'intérêt de la société par rapport aux droits garantis par la *Charte*; et (3) l'incidence de l'utilisation de la preuve sur l'intérêt du public à ce que l'affaire soit jugée au fond.

### Les décisions de la Cour suprême en vertu du paragraphe 24(2) de la *Charte* après l'affaire *Grant* :

Depuis l'arrêt *Grant*, la Cour suprême a eu plusieurs occasions d'examiner le paragraphe 24(2) de la *Charte*.

Dans *R. c. Harrison*, 2009 CSC 34, par exemple, parmi les facteurs qui ont amené la Cour suprême du Canada à conclure que la preuve obtenue après une violation de la *Charte* aurait dû être exclue, il y a le constat que la « conduite du policier, lorsqu'il a intercepté et fouillé le véhicule de l'appelant sans la moindre apparence de motifs

1 Note de traduction : En l'absence d'un jugement officiellement traduit en français de certains dossiers de la Cour cités dans ce texte, nous utiliserons la référence en anglais (« *R. v. [...]* »), indiquant ainsi au lecteur qu'il s'agit de traductions non officielles des jugements rendus en anglais.

► *Continued from page 13*

of the administration of justice” (at paragraph 67). Thus, the “focus is not only long-term, but prospective. The fact of the *Charter* breach means damage has already been done to the administration of justice” (at paragraph 69). The Supreme Court also indicated that section 24(2) starts “from that proposition and seeks to ensure that evidence obtained through that breach does not do further damage to the repute of the justice system...s. 24(2)’s focus is societal. Section 24(2) is not aimed at punishing the police or providing compensation to the accused, but rather at systemic concerns. The s. 24(2) focus is on the broad impact of admission of the evidence on the long-term repute of the justice system” (at paragraphs 69–70).

This latter point was stressed by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Pileggi*, 2021 ONCA 4. In *Pileggi*, the Court of Appeal held that evidence obtained after a breach of section 10(b) of the *Charter* should not be excluded because the “failings of the police were situation-specific, but serious nevertheless... In these circumstances, exclusion of the evidence would only serve to indirectly punish the offending officers, rather than aligning with the overall purpose of s. 24(2) – vindicating the long-term repute of the criminal justice system” (at paragraph 90).

Professor Kent Roach has noted that “[e]xclusion of improperly obtained evidence is by far the most litigated constitutional remedy. The Supreme Court’s decision in *R v Grant* has already been cited in over 4,700 cases since it was decided in 2009. Although exclusion only is available when incriminating evidence is found and subsequently used in a prosecution, it represents the most important form of judicial review of conduct in the criminal process. This raises the question of whether we are making the best use of the exclusionary remedy” (see *Reclaiming Prima Facie Exclusionary Rules in Canada, Ireland, New Zealand, and the United States: The Importance of Compensation, Proportionality, and Non-Repetition* (2020), 43 Man. L.J. 1, at page 1).

**The New Grant Test:**

The Supreme Court concluded in *Grant* that there are “three avenues of inquiry” to which consideration must be given when applying section 24(2) of the *Charter*. These three avenues were described as follows (at paragraph 71):

- (1) the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct (admission may send the message the justice system condones serious state misconduct);
- (2) the impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the accused (admission may send the message that individual rights count for little); and
- (3) society’s interest in the adjudication of the case on its merits.

It is interesting that the Supreme Court of Canada not only set out these criteria, but that for the first two they included a comment in brackets. It may be that the Court has added its own explanatory notes. If so, then it appears that the

Supreme Court is encouraging trial judges to consider (1) that admitting evidence obtained by the police as a result of a serious violation of the *Charter* will suggest to the public that the Court condones such conduct and (2) that admitting such evidence when the violation has had a significant impact upon the right being protected will suggest that the protected right is of little consequence.

Though the first two avenues may appear interconnected they involve two separate and distinct avenues of analysis. In the first avenue the Court must take an objective approach (i.e., how serious was the *Charter* violation?), while in the second avenue a subjective approach must be adopted (i.e., what effect did the breach of the *Charter* have on the specific rights of the accused protected by the section in issue?).

Stephen C Thaman, in *Constitutional Rights in the Balance: Modern Exclusionary Rules and the Toleration of Police Lawlessness in the Search for Truth*, (2011) 61 Univ. of Toronto L.J. 691, summarized the manner in which the Supreme Court of Canada has altered its section 24(2) analysis, in the following manner (at pages 719 to 720):

In interpreting this provision, Canadian courts originally developed two separate tests to determine whether exclusion was appropriate. Under the first test, exclusion would result, regardless of the seriousness of the violation, if it had as a consequence that a suspect-defendant was conscripted to produce evidence against himself. The second test focused exclusively on the seriousness of the violation such that a failure to exclude would bring the administration of justice into disrepute...Recently, the Canadian courts have moved to a simpler balancing test, which now includes the moral legitimacy criterion. The test involves the weighing of three factors: (1) the severity of the violation; (2) the question of whether the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute from the perspective of society’s interest in respect for *Charter* rights; and (3) the effect of admitting the evidence on the public interest in having the case adjudicated on its merits.

**The Supreme Court’s Section 24(2) Charter Rulings Post-Grant:**

The Supreme Court has had a number of opportunities since *Grant* to consider section 24(2) of the *Charter*.

In *R. v. Harrison*, 2009 SCC 34, for instance, among the factors that led the Supreme Court of Canada to conclude that the evidence obtained after a violation of the *Charter* should have been excluded, was its finding that the “police conduct in stopping and searching the appellant’s vehicle without any semblance of reasonable grounds was reprehensible, and was aggravated by the officer’s misleading testimony in court” (at paragraph 35).

In *R. v. Morelli*, [2010] 1 S.C.R. 253, the Supreme Court indicated that the “repute of the administration of justice is jeopardized by judicial indifference to unacceptable police conduct” (at paragraph 102). The Supreme Court has also

## LES 40 ANS DE LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS

raisonnables, était répréhensible et a été aggravée par le témoignage trompeur qu'il a livré en cour » (paragraphe 35).

Dans *R. c. Morelli*, [2010] 1 R.C.S. 253, la Cour suprême a indiqué que la « considération dont jouit l'administration de la justice est menacée si les tribunaux passent outre à une conduite policière inacceptable » (paragraphe 102). La Cour suprême a également indiqué que les policiers « [ont] l'obligation d'avoir une connaissance et une compréhension adéquates du droit criminel et pénal, des infractions [qu'ils sont appelés] à prévenir et à réprimer, et des droits et libertés protégés par les chartes. [Ils ont] également l'obligation de connaître l'étendue de [leurs] pouvoirs et la manière de les exercer » (voir *Kosoian c. Société de transport de Montréal*, 2019 CSC 59, paragraphe 55).

Dans *R. c. Fearon*, [2014] 3 R.C.S. 621, la Cour suprême, en statuant que les éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte* étaient admissibles, a noté qu'il n'y avait « pas même eu, de la part des policiers, une ombre d'indifférence envers les droits du suspect qui exigerait du tribunal qu'il se dissocie de cette conduite » (paragraphe 95). Dans *R. v. Culotta*, [2018] ONCA 665, la Cour d'appel de l'Ontario a laissé entendre que « les erreurs commises de bonne foi par les policiers représentent des violations moins graves de la *Charte* » (paragraphe 67).

Plus récemment, dans l'arrêt *R. c. Le*, 2019 CSC 34, 31 mai 2019, la Cour suprême a indiqué que « [b]ien que l'analyse fondée sur le par. 24(2) soit souvent présentée comme portant sur la question de savoir si des éléments de preuve devraient être écartés, il ne s'agit pas de la question à trancher. Il s'agit plutôt de savoir si leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice [...] Dans l'affirmative, il n'y a plus rien à trancher au sujet de l'exclusion : notre *Charte* prévoit que ces éléments de preuve doivent être écartés, non pas pour sanctionner la conduite des policiers ou pour dédommager l'accusé pour une violation de ses droits, mais parce qu'il est nécessaire de le faire pour maintenir "l'intégrité du système de justice et [...] la confiance à son égard" » (paragraphe 139).

### L'examen par la Cour suprême de ses trois questions après l'arrêt *Grant* :

Depuis qu'elle a rendu sa décision dans l'affaire *Grant*, la Cour suprême a également eu plusieurs occasions d'examiner les trois questions qu'elle a créées. Dans l'arrêt *R. c. Taylor*, [2014] CSC 50, par exemple, la Cour suprême a indiqué que le « tribunal saisi d'une demande d'exclusion fondée sur le par. 24(2) doit évaluer et mettre en balance l'effet que l'utilisation des éléments de preuve aurait sur la confiance du public dans le système de justice, en tenant compte des éléments suivants : "la gravité de la conduite attentatoire de l'État, l'incidence de la violation sur les droits de l'accusé garantis par la *Charte* et l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond" » (paragraphe 37).

#### (1) La gravité de la conduite attentatoire de l'État :

Dans *R. c. Côté*, [2011] 3 R.C.S. 215, la Cour a indiqué qu'en ce qui concerne la première question, « [p]lus celle-ci est attentatoire, plus le tribunal doit s'en dissocier en écartant la preuve qui y est liée » (paragraphe 47).

#### (2) L'incidence de la violation sur les intérêts de l'accusé protégés par la *Charte* :

Dans *R. c. Paterson*, [2017] 1 R.C.S. 202, la Cour suprême a noté que le « deuxième examen que commande l'application du par. 24(2) porte sur la déconsidération de l'administration de la justice qui pourrait résulter de l'utilisation des éléments de preuve, sous l'angle de l'intérêt de la société dans le respect des droits garantis par la *Charte*. Il s'agit donc de déterminer le degré auquel l'atteinte a compromis le droit garanti par la *Charte* » (paragraphe 48).

#### (3) L'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond :

Dans *R. c. Marakah*, [2017] R.C.S. 59, après avoir conclu que la police avait saisi des messages textes en violation de la *Charte*, la Cour suprême a conclu que la preuve devait être exclue en vertu du paragraphe 24(2) de la *Charte*. Pour en arriver à cette conclusion, la Cour suprême s'est référée à l'arrêt *Grant* et a indiqué que « si la gravité d'une infraction accroît l'intérêt du public à ce qu'il y ait un jugement au fond », il « importe [...] de ne pas permettre que [...] l'intérêt de la société dans l'instruction de l'affaire au fond [...] l'emporte sur toutes les autres considérations » (paragraphe 72).

Dans l'affaire *R. c. Reeves*, 2018 CSC 56, après avoir conclu qu'il y avait eu violation de l'article 8 de la *Charte*, la Cour suprême s'est demandée si les éléments de preuve (images de pornographie juvénile) obtenus à la suite de la perquisition devaient être admis ou exclus. La Cour a conclu que, malgré l'importance de la preuve et la gravité des accusations, la preuve avait été exclue à juste titre (paragraphe 67) :

En ce qui concerne l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée sur le fond, je suis d'accord avec le juge de première instance qu'il était important. La fouille et la saisie inconstitutionnelles de l'ordinateur ont permis la découverte d'éléments de preuve importants pour le dossier de la poursuite (voir *Grant*, par. 81 et 83). En outre, comme le juge saisi de la demande et la Cour d'appel l'ont tous deux noté, les infractions alléguées étaient graves. Les infractions relatives à la pornographie juvénile sont « particulièrement insidieuses » (*Morelli*, par. 8). Les affaires dans lesquelles un tribunal doit décider s'il faut exclure une preuve probante d'un crime grave sont toujours difficiles. Toutefois, la gravité de l'infraction est un facteur qui « peut jouer dans les deux sens » lorsqu'il s'agit de déterminer si une preuve doit être exclue (*Grant*, par. 84; voir également *Paterson*, par. 55). En effet, « si la gravité d'une infraction accroît l'intérêt du public à ce qu'il y ait un jugement au fond, l'intérêt du public en l'irréprochabilité du système de justice n'est pas moins vital » (*Grant*, par. 84).

De même, dans l'affaire *Paterson*, la Cour suprême a statué qu'il « importe donc de ne pas permettre que le troisième facteur de l'arrêt *Grant* de 2009, à savoir l'intérêt de la société dans l'instruction de l'affaire au fond, l'emporte sur toutes les autres considérations, surtout lorsque (comme en l'espèce) la conduite reprochée est grave et a une grande incidence sur un droit constitutionnel de l'appelant » (paragraphe 56).

Veenu Goswami, dans *Breaking the Purposive Barrier: Embracing Non-Repetition as a Guiding Principle for Subsection 24(2) of the Charter*, (2018) 51 UBC L Rev 289, décrit l'affaire *Grant* comme une amélioration « du cadre *Collins* de deux façons. Premièrement, répondant aux



indicated that police officers “are obliged to have an adequate knowledge and understanding of criminal and penal law, of the offences they are called upon to prevent and repress and of the rights and freedoms protected by the *Charter*. They also have an obligation to know the scope of their powers and the manner in which these powers are to be exercised” (see *Kosoian v. Société de transport de Montréal*, 2019 SCC 59, at paragraph 55).

In *R. v. Fearon*, [2014] 3 S.C.R. 621, the Supreme Court, in holding that evidence obtained in that case in violation of the *Charter* was admissible, noted that there was not “even a whiff of the sort of indifference on the part of the police the suspect’s rights that requires a court to disassociate itself from that conduct” (at paragraph 95). In *R. v. Culotta*, 2018 ONCA 665, the Ontario Court of Appeal suggested that “[g]ood faith honest errors by the police represent less serious *Charter* infringements” (at paragraph 67).

More recently, in *R. v. Le*, 2019 SCC 34, May 31, 2019, the Supreme Court indicated that “[w]hile the judicial inquiry under s. 24(2) is often rhetorically cast as asking whether evidence should be excluded, that is not the question to be decided. Rather, it is whether the administration of justice would be brought into disrepute by its admission...If so, there is nothing left to decide about exclusion: our *Charter* directs that such evidence must be excluded, not to punish police or compensate for a rights infringement, but because it is necessary to do so to maintain the ‘integrity of, and public confidence in, the justice system’” (at paragraph 139).

### **The Supreme Court’s Post-Grant Consideration of Its Three Lines of Inquiry:**

Since rendering its decision in *Grant*, the Supreme Court has also had a number of opportunities to consider the three lines of inquiry that it created. In *R. v. Taylor*, 2014 SCC 50, for instance, the Supreme Court indicated, that when “faced with an application for exclusion under s. 24(2), a court must assess and balance the effect of admitting the evidence on the public’s confidence in the justice system, having regard to ‘the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct, the impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the accused, and the societal interest in an adjudication on the merits’” (at paragraph 37).

#### **(1) The seriousness of the *Charter*-infringing state conduct;**

In *R. v. Côté*, [2011] 3 S.C.R. 215, the Court indicated that in relation to the first avenue of inquiry the “the more serious the state conduct constituting the *Charter* breach, the greater the need for courts to distance themselves from that conduct by excluding evidence linked to the conduct” (at paragraph 47).

#### **(2) The impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the accused:**

In *R. v. Paterson*, [2017] 1 S.C.R. 202, the Supreme Court noted that the “second inquiry under the s. 24(2) analysis focusses on whether the admission of the evidence would bring the

administration of justice into disrepute from the standpoint of society’s interest in respect for *Charter* rights. This entails considering the degree to which a *Charter* infringement undermined the *Charter*-protected interest” (at paragraph 42).

#### **(3) Society’s interest in the adjudication of the case on its merits:**

In *R. v. Marakah*, 2017 S.C.C. 59, after concluding that the police had seized text messages in contravention of the *Charter*, the Supreme Court concluded that the evidence should be excluded pursuant to section 24(2) of the *Charter*. In reaching this conclusion, the Supreme Court referred to its decision in *Grant* and indicated that “while the public has a heightened interest in seeing a determination on the merits where the offence charged is serious” it is “important not to allow... society’s interest in adjudicating a case on its merits to trump all other considerations” (at paragraph 72).

In *R. v. Reeves*, 2018 SCC 56, after concluding that a breach of section 8 of the *Charter* had occurred, the Supreme Court considered whether evidence (child pornography images) obtained as a result of the search should be admitted or excluded. The Court concluded that despite the importance of the evidence and the seriousness of the charges, the evidence was properly excluded (at paragraph 67):

With respect to society’s interest in the adjudication of this case on its merits, I agree with the application judge that it was strong. The unconstitutional search and seizure of the computer revealed reliable evidence that was important to the prosecution’s case (see *Grant*, at paras. 81 and 83). Further, as the application judge and the Court of Appeal both noted, the alleged offences were serious. Child pornography offences are “particularly insidious” (*Morelli*, at para. 8). Cases in which a court must decide whether to exclude probative evidence of a serious crime are always challenging. However, the seriousness of the offence “has the potential to cut both ways” in assessing whether evidence should be excluded (*Grant*, at para. 84; see also *Paterson*, at para. 55). Indeed, “while the public has a heightened interest in seeing a determination on the merits where the offence charged is serious, it also has a vital interest in having a justice system that is above reproach” (*Grant*, at para. 84).

Similarly, in *Paterson*, the Supreme Court held that it is “important not to allow the third *Grant* 2009 factor of society’s interest in adjudicating a case on its merits to trump all other considerations, particularly where (as here) the impugned conduct was serious and worked a substantial impact on the appellant’s *Charter* right that the evidence obtained by the police was obtained in violation of section 8 of the *Charter* should be excluded despite the seriousness of the offences” (at paragraph 56).

Veenu Goswami, in *Breaking the Purposive Barrier: Embracing Non- Repetition as a Guiding Principle for Subsection 24(2) of the Charter*, (2018) 51 UBC L Rev 289, describes *Grant* as an improvement “upon the *Collins* framework in two ways.

## LES 40 ANS DE LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS

critiques de plusieurs commentateurs, la Cour a rejeté l'exclusion quasi automatique de la preuve "obtenue par mobilisation de l'accusé contre lui-même" découlant de *Collins* et de *Stillman*. Deuxièmement, *Grant* a également fourni aux tribunaux inférieurs des directives plus claires sur la pondération des trois volets de la grille d'analyse du paragraphe 24(2). Cela dit, le cadre de l'arrêt *Grant* soulève trois problèmes doctrinaux et pratiques importants qui lui sont propres (paragraphe 21) :

1. Il restreint inutilement l'éventuel effet incitatif du paragraphe 24 (2) sur le respect de la *Charte* par l'État;
2. Il n'est pas clair sur le plan doctrinal;
3. Il fournit aux juges une aide limitée pour résoudre les cas obscurs.

### Le caractère envahissant d'une perquisition :

Dans *R. c. Morelli*, [2010] 1 R.C.S. 253, la Cour suprême du Canada a jugé que le « caractère envahissant de la perquisition est particulièrement important » dans l'application de la deuxième voie d'analyse lorsqu'il y a eu violation de l'article 8 de la *Charte* (paragraphe 104).

Dans *Morelli*, la perquisition illégale concernait le domicile et l'ordinateur personnel de l'accusé. La Cour a déclaré qu'il « est difficile d'imaginer une atteinte plus grave à la vie privée d'une personne que la perquisition de son domicile et la fouille de son ordinateur personnel » (paragraphe 105). En revanche, dans *R. c. Harrison*, [2009] 2 R.C.S. 494, la Cour a indiqué que « l'attente des automobilistes en matière de protection de la vie privée concernant leurs véhicules est moins élevée que celle qu'ils ont à l'égard de leur résidence [...] À cet égard, l'atteinte à la liberté et à la vie privée que représente la détention est moins grave qu'elle ne le serait dans le cas d'un piéton. De plus, rien dans le contact n'a porté atteinte à la dignité de l'appelant » (paragraphe 30).

### La dernière étape – la mise en balance :

Dans l'arrêt *Grant*, la Cour suprême a ordonné aux juges de première instance d'évaluer les demandes présentées en vertu du paragraphe 24(2) en procédant aux interrogations mentionnées dans les trois voies d'analyse (décrites par la Cour comme un « arbre décisionnel »), puis de « procéder à une mise en balance pour déterminer si, tout compte fait, l'utilisation des éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte* serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice » (paragraphe 85).

De même, dans l'arrêt *R. c. Nolet*, [2010] 1 R.C.S. 851, la Cour suprême a indiqué que la « tâche consiste encore, pour les tribunaux, à trouver le point d'équilibre entre les intérêts individuels et les intérêts de la société, dans le but de déterminer si l'utilisation des éléments de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice » (paragraphe 54).

Comme nous l'avons vu, la Cour suprême du Canada a créé un critère sociétal élargi dans son analyse du paragraphe 24(2) de la *Charte*, qui exige une considération à long terme. Ainsi, dans l'arrêt *R. c. Taylor*, [2014] 2 R.C.S. 495, la Cour suprême a indiqué que le « tribunal saisi d'une demande d'exclusion fondée sur le par. 24(2) doit évaluer et mettre en balance l'effet que l'utilisation des éléments de preuve aurait sur la confiance du public dans le système de justice, en tenant compte des éléments suivants : "la gravité de la conduite attentatoire

de l'État, l'incidence de la violation sur les droits de l'accusé garantis par la *Charte* et l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond" » (paragraphe 37).

Dans l'arrêt *Morelli*, la Cour suprême a statué qu'en mettant en balance les considérations énoncées dans l'arrêt *Grant*, les juges de première instance doivent « tenir compte des répercussions à long terme sur la considération dont jouit l'administration de la justice. Ainsi nous devons porter notre regard davantage sur l'incidence future que risque d'avoir l'admission de la preuve obtenue en violation des droits constitutionnels de l'accusé que sur l'affaire en cause » (paragraphe 108). Dans l'arrêt *Grant*, la dernière étape de l'analyse requise a été résumée succinctement par la Cour suprême du Canada de la façon suivante (paragraphe 86) :

C'est toujours au juge du procès qu'il revient de mettre en balance les différents facteurs. Aucune règle prépondérante ne régit cet exercice, qui ne peut manifestement pas être effectué avec une précision mathématique. La grille d'analyse décrite précédemment fournit cependant un arbre décisionnel, quoique plus souple que le critère établi par *Stillman* fondé sur l'auto-incrimination. Nous sommes d'avis que c'est ce que requiert le libellé du par. 24(2).

Dans l'affaire *R. v. Fan*, 2017 B.C.C.A. 99, il a été indiqué qu'une analyse fondée sur le paragraphe 24(2) exige que les éléments de preuve par rapport « à chaque question soient soupesés et que toutes les circonstances soient envisagées pour déterminer si l'utilisation de la preuve contestée serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Il n'est pas permis qu'une seule considération l'emporte systématiquement sur les autres. Dans tous les cas, le tribunal doit évaluer l'effet de l'utilisation ou de l'exclusion sur la réputation à long terme du système de justice et veiller à ce qu'elle ne soit pas davantage entachée par la violation » (paragraphe 68).

Dans l'affaire *R. v. Tsekouras*, [2017] 353 C.C.C. (3d) 349 (C.A. Ont.), il a été noté que ces « questions prévues par l'arrêt *Grant* nécessitent la recherche de faits et l'attribution d'un poids à divers intérêts souvent opposés les uns aux autres. Il n'y a pas de principe prépondérant qui impose la façon dont cette mise en balance doit être effectuée » (paragraphe 106).

### La bonne foi :

Récemment, dans l'arrêt *R. c. Tim*, 2022 CSC 12, la Cour suprême a indiqué que la « bonne foi des policiers, lorsqu'elle est présente, a pour effet de réduire l'obligation du tribunal de se dissocier de la conduite des policiers ». Cependant, la bonne foi « ne peut pas être invoquée si la violation de la *Charte* découle de la négligence d'un policier, d'une erreur déraisonnable de sa part ou de la méconnaissance par celui-ci de l'étendue de ses pouvoirs ou des normes prescrites par la *Charte* » (paragraphe 85).

### Violations systémiques de la Charte :

Dans l'affaire *R. c. G.T.D.*, 2018 C.S.C. 7, la Cour a envisagé le paragraphe 24(2) de la *Charte* dans le contexte d'une affaire portant sur l'utilisation par le service de police d'Edmonton d'un formulaire standard d'avertissement aux personnes arrêtées, qui avait pour effet de violer leur droit de communiquer avec un avocat conformément à l'alinéa 10b) de la *Charte*.

First, responding to criticism by several commentators, the Court rejected the near-automatic exclusion of ‘conscripted’ evidence stemming from *Collins* and *Stillman*. Second, *Grant* also provided lower courts with clearer guidance on balancing the three branches of the subsection 24(2) test. That said, the *Grant* framework raises three significant doctrinal and practical challenges of its own (at paragraph 21):

1. it unnecessarily restricts subsection 24(2)’s potential to incentivize state compliance with the *Charter*;
2. it is doctrinally unclear;
3. it provides judges with limited assistance in resolving penumbral cases.

### The Intrusiveness of a Search:

In *R. v. Morelli*, [2010] 1 S.C.R. 253, the Supreme Court of Canada held that the “intrusiveness of the search is of particular importance” in applying the second avenue of analysis when a breach of section 8 of the *Charter* has occurred (at paragraph 104).

In *Morelli*, the unlawful search involved the accused person’s home and personal computer. The Court stated that “it is difficult to imagine a more intrusive invasion of privacy than the search of one’s home and personal computer” (at paragraph 105). In contrast, in *R. v. Harrison*, [2009] 2 S.C.R. 494, the Court indicated that “motorists have a lower expectation of privacy in their vehicles than they do in their homes...In these respects, the intrusion on liberty and privacy represented by the detention is less severe than it would be in the case of a pedestrian. Further, nothing in the encounter was demeaning to the dignity of the appellant” (at paragraph 30).

### The Final Step: The Balancing:

In *Grant*, the Supreme Court directed trial judges to assess section 24(2) applications by making the inquiries referred to under the three avenues (described by the Court as a “decision tree”) and then “determine whether, on balance, the admission of the evidence obtained by *Charter* breach would bring the administration of justice into disrepute” (at paragraph 85).

Similarly, in *R. v. Nolet*, [2010] 1 S.C.R. 851, the Supreme Court indicated that the “task for courts remains one of achieving a balance between individual and societal interests with a view to determining whether the administration of justice would be brought into disrepute by admission of the evidence” (at paragraph 54).

As we have seen, the Supreme Court of Canada has created a broad societal test in its analysis of section 24(2) of the *Charter*, which requires a consideration of the long term. Thus, in *R. v. Taylor*, [2014] 2 S.C.R. 495, the Supreme Court indicated that when “faced with an application for exclusion under s. 24(2), a court must assess and balance the effect of admitting the evidence on the public’s confidence in the justice system, having regard to ‘the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct, the impact of the breach on

the *Charter*-protected interests of the accused, and the societal interest in an adjudication on the merits” (at paragraph 37).

In *Morelli*, the Supreme Court held that in balancing the considerations set out in *Grant*, trial judges are required “to bear in mind the long-term and prospective repute of the administration of justice, focussing less on the particular case than on the impact over time of admitting the evidence obtained by infringement of the constitutionally protected rights of the accused” (at paragraph 108). In *Grant*, the final step in the required analysis was succinctly summarized by the Supreme Court of Canada in the following manner (at paragraph 86):

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

In *R. v. Fan*, 2017 B.C.C.A. 99, it was indicated that a section 24(2) analysis requires that the evidence “on each line of inquiry is weighed and all the circumstances are considered in determining whether admission of the impugned evidence would bring the administration of justice into disrepute. No one consideration is permitted consistently to trump or overwhelm the others. In all cases, the court must assess the effect of admission or exclusion on the long-term repute of the justice system and ensure that it is not damaged any further by the breach” (at paragraph 68).

In *R. v. Tsekouras* (2017), 353 C.C.C. (3d) 349 (Ont. C.A.), it was noted that these “lines of inquiry under *Grant* involve fact-finding and the assignment of weight to various interests often at odds with each other. There is no overarching principle that mandates how this balance is to be achieved” (at paragraph 106).

### Good Faith:

Recently, in *R. v. Tim*, 2022 SCC 12, the Supreme Court indicated that “[g]ood faith on the part of the police, if present, would reduce the need for the court to dissociate itself from the police conduct”. However, good faith “cannot be claimed if the *Charter* breach arises from a police officer’s negligence, unreasonable error, ignorance as to the scope of their authority, or ignorance of *Charter* standards” (at paragraph 85).

### Systemic Breaches of the Charter:

In *R. v. G.T.D.*, 2018 S.C.C. 7, the Court considered section 24(2) of the *Charter* in the context of a case in which the Edmonton Police Service’s use of a standard caution form of warning to arrested individuals, which had the effect of violating their right to contact counsel pursuant to section 10(b) of the *Charter*.

The majority’s decision has been interpreted as indicating that in assessing the seriousness of a breach of the *Charter*,

## LES 40 ANS DE LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS

La décision de la majorité a été interprétée comme indiquant que, pour évaluer la gravité d'une violation de la *Charte*, l'analyse du tribunal ne devrait pas se limiter à l'examen du comportement individuel de l'agent qui a procédé à l'arrestation, mais devrait notamment tenir compte de l'ensemble des erreurs institutionnelles qui ont pu mener à la violation (voir *R. v. Ippak*, 2018 NUCA 3, paragraphes 43 et 97).

Toutefois, cela semble quelque peu exagéré. La décision majoritaire de la Cour suprême sur ce point repose entièrement de brefs commentaires prononcés oralement dans *G.T.D.* (paragraphe 3) :

L'autre point litigieux consiste à décider si cette violation justifie l'exclusion de la déclaration de *G.T.D.* en application du par. 24(2) de la *Charte*. La Cour, à la majorité, répond par l'affirmative, appuyant pour l'essentiel sa décision sur les motifs de la juge Veldhuis de la Cour d'appel. Comme l'indique cette dernière au par. 83 de ses motifs, la Couronne a eu amplement l'occasion de présenter d'autres éléments de preuve sur les politiques ou la formation au sein du Service de police d'Edmonton, mais elle a décidé de ne pas le faire. Par conséquent, les juges majoritaires accueilleraient l'appel et ordonneraient la tenue d'un nouveau procès.

Dans l'arrêt *Tim*, il a été noté qu'il n'y avait « aucun élément de preuve tendant à établir qu'il existe, au sein des forces policières de Calgary, un problème systémique ou un manque de formation qui aurait contribué à l'erreur honnête du policier ». La Cour a souligné que « [q]uoi qu'elle ne constitue pas un facteur atténuant, l'absence de problème systémique éclaire le tribunal lorsqu'il situe l'erreur d'un policier sur l'échelle de culpabilité. Comme il a été mentionné plus tôt, la dissociation n'est pas aussi cruciale en présence d'une erreur technique ou commise par inadvertance [...] En l'espèce, les faits révèlent purement et simplement une erreur humaine commise par un seul policier, relativement peu expérimenté » (paragraphe 88).

Par la suite, dans l'affaire *R. v. Scopel-Cessel*, [2022] O.J. n° 1924, la Cour d'appel de l'Ontario, en concluant que les éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte* devaient être exclus, a beaucoup insisté sur le fait que le « service de police en cause » avait commis une erreur similaire dans une affaire antérieure. La Cour d'appel a indiqué que le « fait que la même violation de la *Charte* se soit produite pourrait suggérer que la police n'a pas suivi, ou n'a pas accepté, les directives de ce tribunal sur le type de conduite qui donne lieu à une détention et ainsi adopté les mesures nécessaires et appropriées pour informer les citoyens concernés de leurs droits. Cela ajoute un aspect troublant à la gravité de la violation » (paragraphe 51). Il est intéressant de noter que la Cour d'appel a négligé de procéder à la mise en balance des facteurs exigée par l'arrêt *Grant*.

### Éléments de preuve obtenus d'une manière qui porte atteinte à la *Charte* :

L'application du paragraphe 24(2) de la *Charte* exige que les éléments de preuve que l'on cherche à exclure « ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente *Charte* ». Il s'agit d'une exigence « minimale » (voir *R. v. Beaver*, 2020 ABCA 203, paragraphe 13).

Dans l'arrêt *R. c. Mack*, 2014 CSC 58, la Cour suprême a indiqué « [qu'une] preuve est "obtenue[e] dans des conditions" qui portent

atteinte ou non aux droits garantis par la *Charte* à l'accusé selon la nature du lien entre l'atteinte et la preuve [...] Il n'est pas nécessaire d'établir un lien causal strict entre l'atteinte et l'obtention subséquente de la preuve. La preuve est viciée lorsque l'atteinte et la découverte de la preuve dont l'admissibilité est contestée s'inscrivent dans le cadre de la même opération ou conduite. Le lien exigé entre l'atteinte et la déclaration subséquente peut être temporel, contextuel, causal ou un mélange des trois. Un lien « faible » ou « ténu » n'est pas suffisant » (paragraphe 38).

Il a été suggéré que les tribunaux canadiens « ont adopté une vision généreuse du seuil "obtenu d'une manière" ». Ainsi, « tout lien entre la violation et la preuve découverte peut être "causal, temporel ou contextuel, ou toute combinaison de ces liens", tant que le lien n'est pas "trop faible ou trop ténu" (voir l'arrêt *Pileggi*, paragraphe 101).

Dans l'affaire *R. v. Keshavarz*, 2022 ONCA 312, la Cour d'appel de l'Ontario a souligné que le « cadre » de l'expression « obtenu d'une manière » consiste à « déterminer s'il existe un lien causal, temporel ou contextuel entre les éléments de preuve et la violation [...] Ce cadre est fondé sur une approche certes "généreuse" : l'arrêt *Tim*, paragraphe 80. Toutefois, cette générosité n'est pas sans limites. Les liens causaux, temporels ou contextuels doivent être réels, c'est-à-dire qu'ils ne doivent pas être trop "faibles" ou trop "ténus" par nature [...] En d'autres termes, les liens faibles ou ténus ne sont pas des liens du tout » (paragraphes 52 et 53).

### Éléments de preuve corporels (sang, ADN, etc.) :

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

### Preuve dérivée :

En ce qui concerne la preuve dérivée (définie dans *Grant* comme une preuve matérielle obtenue, par exemple, à la suite d'une déclaration obtenue de façon inconstitutionnelle), la Cour a statué dans *Grant* qu'afin « de déterminer, pour l'application du par. 24(2), si l'utilisation d'une preuve dérivée est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, les tribunaux doivent examiner les trois questions usuelles que nous avons décrites dans les présents motifs, en tenant compte de l'origine auto-incriminante des éléments de preuve tirés d'une déclaration obtenue irrégulièrement ainsi que de son statut en tant que preuve matérielle » (*Grant*, paragraphe 123).

Toutefois, la Cour a également estimé que la possibilité de découvrir « reste toutefois utile pour évaluer l'impact réel de la violation sur les intérêts protégés de l'accusé. En effet, ce critère permet au tribunal d'évaluer la force du lien de causalité entre l'auto-incrimination contraire à la *Charte* et les éléments de preuve qui en ont découlé. Plus il est probable que ces derniers auraient été obtenus même

a court's analysis should not be limited to a consideration of the arresting officer's behavior individually, but should also include a pattern of institutional errors, which may have led to the breach (see *R. v. Ippak*, 2018 NUCA 3, at paragraphs 43 and 97).

However, this appears somewhat overstated. The majority decision by the Supreme Court on this point consists entirely of the following brief oral comments in *G.T.D.* (at paragraph 3):

The next issue is whether this breach warrants the exclusion of G.T.D.'s statement under s. 24(2) of the *Charter*. A majority of the Court is of the view that it does, and relies substantially on the reasons of Justice Veldhuis at the Court of Appeal. As she noted at para. 83 of her reasons, the Crown had ample opportunity to call further evidence about Edmonton Police Service training or policy, but chose not to do so. The majority would therefore allow the appeal and order a new trial.

In *Tim*, it was noted that in that case there was “no evidence before the Court of a systemic problem or lack of training in the Calgary police force that contributed to the officer's honest mistake”. The Court held that “[w]hile not a mitigating factor, the absence of a systemic problem informs the court's task of situating the officer's mistake on a scale of culpability. As stated above, dissociation is less of a concern for an inadvertent or technical error....In this case, the facts disclose human error, plain and simple, by a single, relatively inexperienced police officer” (at paragraph 88).

Subsequently in *R. v. Scopel-Cessel*, [2022] O.J. No. 1924, the Ontario Court of Appeal in concluding that evidence obtained in violation of the *Charter* should be excluded, placed great emphasis upon the fact that Under this factor, I would add another consideration and that the “police service involved” had made a similar error in an earlier case. The Court of Appeal indicated that the “fact that the same *Charter* breach has occurred might suggest that the police have either not taken, or have not accepted, guidance from this court on the type of conduct that gives rise to a detention and thus adopted the necessary and appropriate steps to inform citizens involved of their rights. That adds a troubling aspect to the seriousness of the breach” (at paragraph 51). Interestingly, the Court of Appeal neglected to conduct the balancing of factors mandated by *Grant*.

#### **Obtained in a Manner that Infringed the Charter:**

The application of section 24(2) of the *Charter* requires that the evidence sought to be excluded “was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this *Charter*”. This is a “threshold” requirement (see *R. v. Beaver*, 2020 ABCA 203, at paragraph 13).

In *R. v. Mack*, 2014 SCC 58, the Supreme Court indicated that “[w]hether evidence was ‘obtained in a manner’ that infringed an accused's rights under the *Charter* depends on the nature of the connection between the *Charter* violation and the evidence that was ultimately obtained...

Establishing a strict causal relationship between the breach and the subsequent discovery of evidence is unnecessary. Evidence will be tainted if the breach and the discovery of the impugned evidence are part of the same transaction or course of conduct. The required connection between the breach and the subsequent statement may be temporal, contextual, causal, or a combination of the three. A ‘remote’ or ‘tenuous’ connection between the breach and the impugned evidence will not suffice” (at paragraph 38).

It has been suggested that Canadian courts “have taken a generous view of the ‘obtained in a manner’ threshold”. Thus, “any connection between the breach and the discovered evidence may be ‘causal, temporal, or contextual, or any combination of these connections’, as long as the connection is not ‘too tenuous or too remote’” (see *Pileggi*, at paragraph 101).

In *R. v. Keshavarz*, 2022 ONCA 312, the Ontario Court of Appeal pointed out that the “framework” for “obtained in a manner” involves “inquiring into whether there is a causal, temporal, or contextual connection between the evidence and the breach...This framework is built on an admittedly ‘generous’ approach: *Tim*, at para. 80. However, that generosity is not unbounded. Causal, temporal, or contextual connections must be real ones, connections that are not too ‘remote’ or too ‘tenuous’ in nature...In other words, remote or tenuous connections are no connections at all” (at paragraphs 52 and 53).

#### **Bodily Evidence (Blood, DNA, etc.):**

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

#### **Derivative Evidence:**

In relation to derivative evidence (defined in *Grant* as physical evidence obtained, for instance, as a result of an unconstitutionally obtained statement), the Court held in *Grant* that to “determine whether the admission of derivative evidence would bring the administration of justice into disrepute under s. 24(2), courts must pursue the usual three lines of inquiry outlined in these reasons, taking into account the self-incriminatory origin of the evidence in an improperly obtained statement as well as its status as real evidence” (*Grant*, at paragraph 123).

However, the Court also held that discoverability “retains a useful role, however, in assessing the actual impact of the breach on the protected interests of the accused. It allows the court to assess the strength of the causal connection between the *Charter*-infringing self-incrimination and the resultant

## LES 40 ANS DE LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS

sans la déclaration, moins les incidences de la violation sur l'intérêt sous-jacent de l'accusé de ne pas s'incriminer ont d'importance » (*Grant*, paragraphe 122).

Enfin, sur ce point, la Cour a estimé que « [l]orsqu'il a des raisons de croire que les policiers ont délibérément agi abusivement afin d'obtenir une déclaration pouvant les mener à de tels éléments, le juge devrait refuser de les recevoir en preuve. L'utilisation d'éléments de preuve dérivée recueillis par suite d'une violation flagrante et délibérée de la *Charte* serait susceptible de déconsidérer encore davantage l'administration de la justice, de sorte qu'il y a lieu d'écartier les éléments de preuve » (*Grant*, paragraphe 128).

### Possibilité de découverte :

Dans l'arrêt *R. c. Côté*, 2011 CSC 46, la Cour suprême a indiqué « [associer] la "possibilité de découvrir" à la situation où une preuve, quelle qu'elle soit, obtenue de manière inconstitutionnelle, aurait pu être recueillie en toute légalité si les policiers s'en étaient donné la peine. Dans cette optique, la possibilité de découvrir la preuve constitue, si les circonstances s'y prêtent, une considération pertinente dans l'analyse que commande le par. 24(2) lorsqu'un autre droit que celui à la protection contre l'auto-incrimination est en jeu » (paragraphe 66). Dans *R. c. Nolet*, 2010 CSC 24, le fait que la preuve obtenue en violation de l'article 8 de la *Charte* aurait autrement été découverte a été envisagé comme un facteur appuyant l'admissibilité de la preuve.

Toutefois, la possibilité de découverte n'est pas « déterminante » sur la question de l'admissibilité (*Côté*, paragraphe 70).

### La gravité de l'infraction :

La gravité de l'infraction commise est un facteur à prendre en considération, bien qu'il ait été jugé dans *Grant* que ce facteur « peut jouer dans les deux sens ». La Cour suprême a indiqué que « si la gravité d'une infraction accroît l'intérêt du public à ce qu'il y ait un jugement au fond, l'intérêt du public en l'irréciprocité du système de justice n'est pas moins vital, particulièrement lorsque l'accusé encourt de lourdes conséquences pénales » (paragraphe 84). Plus récemment, dans l'affaire *R. c. Marakah*, [2017] R.C.S. 59, après avoir conclu que la police avait saisi des messages textes en violation de la *Charte*, la Cour suprême a conclu que la preuve devait être exclue en vertu du paragraphe 24(2) de la *Charte*. Pour en arriver à cette conclusion, la Cour suprême s'est référée à l'arrêt *Grant* et a indiqué que « si la gravité d'une infraction accroît l'intérêt du public à ce qu'il y ait un jugement au fond », il « importe [...] de ne pas permettre que [...] l'intérêt de la société dans l'instruction de l'affaire au fond [...] l'emporte sur toutes les autres considérations » (paragraphe 72).

Dans l'affaire *R. v. Wong*, 2010 BCCA 160, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a indiqué que la gravité du crime, « bien qu'elle demeure une considération pertinente, a peut-être moins de poids dans l'exercice analytique qui doit maintenant être effectué en vertu du paragraphe 24(2) » (paragraphe 18). Il a également été jugé que, dans certains cas, la gravité de l'infraction sera un facteur « neutre » (voir *R. v. Martin* [2010], 361 N.B.R. [2d] 251 [C.A.], paragraphe 96).

### Deux prises et la preuve est rejetée?

Dans l'arrêt *Le*, la Cour a suggéré que « si les deux premières questions considérées ensemble étaient moins l'exclusion des éléments de preuve, la troisième question confirmerait la plupart du temps que l'utilisation des éléments de preuve n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice » (paragraphe 142).

Dans l'affaire *R. v. Garland*, 2019 ABCA 479, la Cour d'appel de l'Alberta a rejeté la proposition selon laquelle la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Le* signifie « que l'enquête prévue au paragraphe 24(2) peut être terminée lorsque les deux premiers facteurs sont tous deux jugés fortement favorables à l'exclusion » (paragraphe 58). Dans l'affaire *R. v. Pawar*, 2020 BCCA 251, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a également rejeté la suggestion selon laquelle l'arrêt *Le* a établi une « règle inflexible du "deux prises et la preuve est rejetée" » (paragraphe 98). De même, dans l'affaire *R. v. Paradis*, 2020 NWTCA 2, la Cour d'appel a indiqué qu'elle « n'a pas interprété l'énoncé de l'arrêt *Le* comme modifiant l'exigence d'une analyse et d'une mise en balance approfondies de toutes les circonstances, comme l'exigent les arrêts *Grant* et *Harrison* » (paragraphe 16). Enfin, la Cour d'appel de l'Ontario a souligné que le paragraphe 24(2) de la *Charte* « ne crée pas une règle d'exclusion automatique applicable aux éléments de preuve obtenus d'une manière qui porte atteinte à un droit constitutionnel. Le paragraphe 24(2) exige plutôt que l'accusé établisse que, « compte tenu de toutes les circonstances, l'utilisation de [la preuve] dans l'instance jetterait le discrédit sur l'administration de la justice » » (voir *R. v. Hobeika*, 2020 ONCA 750, paragraphe 76).

Fait important, la Cour suprême a souligné dans l'arrêt *Le* que « [b]ien que l'analyse fondée sur le par. 24(2) soit souvent présentée comme portant sur la question de savoir si des éléments de preuve devraient être écartés, il ne s'agit pas de la question à trancher. Il s'agit plutôt de savoir si leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice » (paragraphe 139).

Plus tôt cette année, dans l'affaire *R. v. Zacharias*, 2022 ABCA 112, il a été jugé que « lorsque les deux premières étapes de l'analyse *Grant* favorisent l'inclusion, il est rare que la troisième étape aboutisse à l'exclusion de la preuve » (paragraphe 8).

### L'examen de l'arrêt Grant par la Cour suprême en 2021 et 2022 :

Dans l'affaire *R. c. Reilly*, 2021 CSC 38, l'accusé a été reconnu coupable de vol qualifié et d'infractions liées aux armes à feu. Bien qu'ils enquêtent sur deux vols à main armée, les policiers se sont rendus à la résidence de l'accusé pour l'arrêter. Lorsque l'accusé s'est présenté à la porte pour une vérification du couvre-feu, comme l'exigeait une ordonnance de probation, les policiers sont entrés par une porte coulissante arrière non verrouillée. Les policiers ont frappé à la porte de la chambre de l'accusé et l'ont arrêté. La police a ensuite effectué une fouille de la résidence et a observé des preuves liées aux vols. La police a obtenu un mandat de perquisition en partie sur la base des observations faites lors de la fouille.

L'accusé a interjeté appel devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, soutenant que le juge de première instance avait commis une erreur en n'excluant pas les éléments de preuve saisis, conformément au paragraphe 24(2) de la *Charte*.

evidence. The more likely it is that the evidence would have been obtained even without the statement, the lesser the impact of the breach on the accused's underlying interest against self-incrimination" (*Grant*, at paragraph 122).

Finally, on this point the Court held that a judge "should refuse to admit evidence

where there is reason to believe the police deliberately abused their power to obtain a statement which might lead them to such evidence. Where derivative evidence is obtained by way of a deliberate or flagrant *Charter* breach, its admission would bring the administration of justice into further disrepute and the evidence should be excluded" (*Grant*, at paragraph 128).

### **Discoverability:**

In *R. v. Côté*, 2011 SCC 46, the Supreme Court indicated that the "term 'discoverability' [refers] to situations where unconstitutionally obtained evidence of any nature could have been obtained by lawful means had the police chosen to adopt them. Viewed in this fashion, discoverability has, in appropriate circumstances, a useful role to play in the s. 24(2) analysis where the interest at stake is one other than self-incrimination" (at paragraph 66). In *R. v. Nolet*, 2010 SCC 24, the fact that the evidence obtained in breach of section 8 of the *Charter* would otherwise have been discovered, was considered to be a factor supporting the admissibility of the evidence.

However, discoverability is not "determinative" on the issue of admissibility (*Côté*, at paragraph 70).

### **The Seriousness of the Offence:**

The seriousness of the offence committed is a factor for consideration though it was held in *Grant* that it "has the potential to cut both ways." The Supreme Court indicated that "while the public has a heightened interest in seeing a determination on the merits where the offence charged is serious, it also has a vital interest in having a justice system that is above reproach, particularly where the penal stakes for the accused are high" (at paragraph 84). More recently, in *R. v. Marakah*, 2017 S.C.C. 59, after concluding that the police had seized text messages in contravention of the *Charter*, the Supreme Court concluded that the evidence should be excluded pursuant to section 24(2) of the *Charter*. In reaching this conclusion, the Supreme Court referred to its decision in *Grant* and indicated that "while the public has a heightened interest in seeing a determination on the merits where the offence charged is serious" it is "important not to allow... society's interest in adjudicating a case on its merits to trump all other considerations" (at paragraph 72).

In *R. v. Wong*, 2010 BCCA 160, the British Columbia Court of Appeal indicated that though the seriousness of the crime, "while still a relevant consideration, is perhaps of a lesser weight in the analytical exercise now to be performed under s. 24(2)" (at paragraph 18). It has also been held that in some cases the seriousness of the offence will be a "neutral" factor (see *R. v. Martin* (2010), 361 N.B.R. (2d) 251 (C.A.), at paragraph 96).

### **Two Strikes and the Evidence is Out?**

In *Le*, the Court suggested that "if the first two inquiries together reveal weaker support for exclusion of the evidence, the third inquiry will most often confirm that the administration of justice would not be brought into disrepute by admitting the evidence" (at paragraph 142).

In *R. v. Garland*, 2019 ABCA 479, the Alberta Court of Appeal rejected the proposition that the Supreme Court's decision in *Le* means "that the s. 24(2) inquiry may be over when the first two factors are both found to strongly favour exclusion" (at paragraph 58). In *R. v. Pawar*, 2020 BCCA 251, the British Columbia Court of Appeal also rejected the suggestion that *Le* has established an "inflexible 'twostrikesandtheevidenceisout' rule" (at paragraph 98). Similarly, in *R. v. Paradis*, 2020 NWTCA 2, the Court of Appeal indicated that it did "not read the statement in *Le* as altering the requirement for a thorough analysis and balancing of all the circumstances, as directed in *Grant* and *Harrison*" (at paragraph 16). Finally, the Ontario Court of Appeal has pointed out that section 24(2) of the *Charter* "does not create an automatic rule of exclusion applicable to evidence obtained in a manner that infringed a constitutional right. Instead, s. 24(2) requires the accused to establish 'having regard to all the circumstances the admission of [the evidence] in the proceeding would bring the administration of justice into disrepute'" (see *R. v. Hobeika*, 2020 ONCA 750, at paragraph 76).

Importantly, the Supreme Court pointed out in *Le* that "[w]hile the judicial inquiry under s. 24(2) is often rhetorically cast as asking whether evidence should be excluded, that is not the question to be decided. Rather, it is whether the administration of justice would be brought into disrepute by its admission" (at paragraph 139).

Earlier this year, in *R. v. Zacharias*, 2022 ABCA 112, it was held that "where the first two stages in the *Grant* analysis favor inclusion, it is rare the third stage will result in the exclusion of the evidence" (at paragraph 8).

### **The Supreme Court's Consideration of Grant in 2021 and 2022:**

In *R. v. Reilly*, 2021 SCC 38, the accused was convicted of robbery and firearms-related offences. While investigating two armed robberies, the police went to the accused's residence to arrest him. When the accused did come to the door for a curfew check as required by a probation order, the police entered through an unlocked rear sliding door. The police knocked on the accused's bedroom door and arrested him. The police then performed a clearing search of the residence and observed evidence related to the robberies. The police obtained a search warrant in part based on observations from the clearing search.

The accused appealed to the British Columbia Court of Appeal, arguing that the trial judge erred in not excluding the evidence seized, pursuant to section 24(2) of the *Charter*.

The appeal was allowed and a new trial ordered. A majority of the Court of Appeal (per Griffin JA), held that the trial judge

## LES 40 ANS DE LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS

L'appel a été accueilli et un nouveau procès a été ordonné. La majorité de la Cour d'appel (le juge Griffin) a conclu que le juge de première instance avait commis une erreur en omettant de procéder à une évaluation globale pour déterminer si l'utilisation de la preuve jetterait le discrédit sur l'administration de la justice.

La Couronne a interjeté appel devant la Cour suprême du Canada. Dans un bref jugement oral, l'appel a été rejeté. La Cour a déclaré que le juge de première instance avait commis une erreur en n'envisageant pas toutes les violations de la *Charte* qui s'étaient produites et en menant le processus de mise en balance au début plutôt qu'à la fin :

[Nous convenons] que le juge de première instance a commis une erreur en procédant de manière inappropriée à la mise en balance globale – pour déterminer si le fait de conserver les éléments de preuve jetterait le discrédit sur l'administration de la justice – en vertu des deux premiers facteurs énoncés dans *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353. Le libellé de l'arrêt *Grant* est clair : cette mise en balance globale intervient à la fin (par. 85). Les juges doivent d'abord envisager si chacun des trois facteurs pèse en faveur de l'inclusion ou de l'exclusion de la preuve avant de se demander si – compte tenu de tous les facteurs – l'inclusion de la preuve jetterait le discrédit sur l'administration de la justice. Le fait de procéder à une mise en balance globale dans le cadre des deux premiers facteurs de *Grant* atténue tout pouvoir d'exclusion que ces facteurs pourraient avoir. Ce type d'analyse mine l'objet et l'application du paragraphe 24(2).

Toutefois, avec tout le respect que nous leur devons, nous ne pouvons pas être d'accord avec la majorité de la Cour d'appel pour dire que le juge de première instance a envisagé correctement tous les comportements pertinents de l'État qui portent atteinte à la *Charte* en vertu du premier facteur *Grant*. Le juge de première instance a envisagé la conduite de l'État violant la *Charte* liée à seulement deux des trois violations de l'article 8. Le fait de ne pas envisager la conduite de l'État qui a entraîné la troisième violation – la fouille – était une erreur. Peu importe que la troisième violation ait été causée par les deux premières et qu'elle ait été jugée nécessaire à la suite de l'entrée illégale de l'agent Sinclair, elle constituait néanmoins une violation des droits de M. Reilly protégés par l'article 8 de la *Charte* et doit être envisagée en fonction du premier facteur *Grant*. Les juges de première instance ne peuvent pas choisir la conduite pertinente de l'État qui porte atteinte à la *Charte* dont ils tiendront compte.

Par la suite, dans l'affaire *R. c. Ali*, 2022 CSC 1, l'accusé a été déclaré coupable de l'infraction de possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic, en violation de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*. La preuve présentée contre lui à son procès comprenait notamment des drogues trouvées à la suite d'une fouille à nu.

Dans une autre brève décision orale, la majorité de la Cour suprême a conclu que la fouille à nu ne violait aucune disposition de la *Charte*. Toutefois, dans une opinion concordante, la juge Côté a conclu que « la Couronne intimée ne s'est pas acquittée du fardeau qui lui incombait d'établir le fondement légal de la fouille à nu de M. Ali conformément aux principes énoncés par notre Cour dans l'arrêt *Golden*. » Toutefois, la juge Côté a conclu que la preuve obtenue à la suite de la fouille à nu était admissible et que la condamnation devait être confirmée.

En ce qui concerne l'application du paragraphe 24(2), la juge Côté a déclaré ce qui suit :

Appliquant les trois volets de l'analyse énoncée dans l'arrêt *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223, je n'écarterais pas la preuve.

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

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

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

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

### **R. c. Tim :**

Enfin, l'examen le plus récent du paragraphe 24(2) de la *Charte*, par la Cour suprême, au moment de la préparation du présent document (4 mai 2022), a eu lieu dans l'affaire *R. c. Tim*, 2022 CSC 12. Dans l'arrêt *Tim*, la Cour suprême a envisagé le paragraphe 24(2) de la *Charte* dans le contexte d'une affaire où l'accusé, au cours d'une enquête sur un accident de la route, a été vu par un agent de police en train de tenter de cacher un petit sac ziplock contenant une seule pilule jaune. L'agent a reconnu la pilule comme étant de la gabapentine, qu'il a cru à tort être une substance contrôlée en vertu de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*. L'accusé a été arrêté.

La Cour suprême a jugé que les « policiers ont violé l'art. 9 de la *Charte* en arrêtant l'appelant sur la base d'une erreur de droit quant au statut juridique de la gabapentine. Ils ont ensuite violé l'art. 8 de la *Charte* en fouillant l'appelant et son véhicule accessoirement à l'arrestation illégale ». Toutefois, la Cour a conclu que les preuves obtenues étaient admissibles (paragraphe 99) :

J'ai conclu que la première question de l'analyse énoncée dans l'arrêt *Grant* milite faiblement en faveur de l'exclusion et la deuxième question, modérément, mais que la troisième question milite fortement en faveur de leur utilisation.



erred in failing to conduct an overall assessment of whether the administration of justice would be brought into disrepute by admission of the evidence.

The Crown appealed to the Supreme Court of Canada. In a brief oral judgment, the appeal was dismissed. The Court stated that the trial judge erred in failing to consider all of the breaches of the *Charter* that had occurred and in conducting the balancing process at the beginning rather than at the end:

[We agree] that the trial judge erred by improperly conducting the overall balancing — whether including the evidence would bring the administration of justice into disrepute — within the first two factors in *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353. The language of *Grant* is clear: this overall balancing occurs at the end (para. 85). Judges must first consider whether each of the three factors weigh in favour of inclusion or exclusion of the evidence before asking whether — having regard to all factors — inclusion of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. Conducting overall balancing within the first two *Grant* factors waters down any exclusionary power these factors may have. This type of analysis undermines the purpose and application of s. 24(2).

With respect, however, we are unable to agree with the majority of the Court of Appeal that the trial judge properly considered all relevant *Charter*-infringing state conduct under the first *Grant* factor. The trial judge considered the *Charter*-infringing state conduct related to only two of the three s. 8 breaches. Failing to consider state conduct that resulted in the third breach — the clearing search — was an error. Regardless of whether the third breach was caused by the first two breaches, and regardless of the fact that it was considered necessary in the wake of Constable Sinclair's unlawful entry, it was nonetheless a breach of Mr. Reilly's s. 8 *Charter*-protected rights and must be considered under the first *Grant* factor. Trial judges cannot choose which relevant *Charter*-infringing state conduct to consider.

Subsequently, in *R. v. Ali*, 2022 SCC 1, the accused was convicted of the offence of possession of cocaine for the purpose of trafficking, contrary to the *Controlled Drugs and Substances Act*. The evidence presented against him at his trial, included drugs found as a result of a strip search.

In another brief oral decision, a majority of the Supreme Court concluded that the strip search did not violate any provision of the *Charter*. However, in a concurring opinion, Justice Côté concluded that the “Crown failed to discharge its burden of establishing the legal basis for the strip search of Mr. Ali in accordance with the principles set out by this Court in *Golden*”. However, Justice Côté concluded that the evidence obtained as a result of the strip search was admissible and that the conviction should be affirmed.

As regards the application of section 24(2), Justice Côté said as follows:

Applying the three lines of inquiry from *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223, I would not exclude the evidence.

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

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

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

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

#### **R. v. Tim:**

Finally, the Supreme Court's most recent consideration of section 24(2) of the *Charter*, as of the time of the preparation of this paper (May 4, 2022), came in *R. v. Tim*, 2022 SCC 12. In *Tim*, the Supreme Court considered section 24(2) of the *Charter* in the context of a case in which the accused, during a motor vehicle accident investigation, was seen by a police officer trying to hide a small ziplock bag containing a single yellow pill. The officer recognized the pill as gabapentin, which he mistakenly believed was a controlled substance under the *Controlled Drugs and Substances Act*. The accused was arrested.

The Supreme Court held the “police breached s. 9 of the *Charter* by arresting the appellant based on a mistake of law about the legal status of gabapentin. They then breached s. 8 of the *Charter* by searching his person and car incident to the unlawful arrest”. However, the Court concluded that the evidence obtained was admissible (at paragraph 99):

I have concluded that the first line of inquiry under *Grant* pulls weakly toward exclusion and the second does so moderately, but the third pulls strongly toward admission. In my view, on these facts, the final balancing does not call for exclusion of the evidence to protect the long-term repute of the justice system. A relatively inexperienced

## LES 40 ANS DE LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS

À mon avis, sur la base de ces faits, la mise en balance finale ne commande pas l'exclusion des éléments de preuve afin de protéger la considération à long terme portée au système de justice. Un policier relativement peu expérimenté a commis une erreur honnête quant au statut juridique de la gabapentine, un médicament délivré sur ordonnance, qui fait l'objet de trafic dans les rues et que l'appelant a essayé de dissimuler pendant une enquête légale liée à un accident de la route. La situation a donné lieu à une arrestation, à des fouilles accessoires à cette arrestation et à la découverte d'une arme à feu chargée, de munitions et de fentanyl – une drogue qui a été qualifiée « [d]'ennemi public numéro un » (*R. c. Parranto*, 2021 CSC 46, par. 93, le juge Moldaver). L'exclusion de ces éléments de preuve aurait simplement pour effet de punir les policiers – ce qui n'est pas l'objet du par. 24(2) –, et elle affaiblirait au lieu de soutenir la considération à long terme portée au système de justice pénale.

### Une tendance inquiétante :

Comme nous l'avons vu, la Cour suprême a récemment rendu des décisions importantes concernant le paragraphe 24(2) en rendant de brèves décisions orales (voir, par exemple, les arrêts *Ali*, *Reilly* et *G.T.D.*).

La manière dont ces décisions ont été rendues illustre la tendance de la Cour suprême du Canada à rendre régulièrement de brèves décisions orales dans les affaires importantes. Par exemple, en 2020, la Cour suprême du Canada a rendu des jugements oraux dans les affaires *R. c. Reilly*, 2020 CSC 27 (qui portait sur la constitutionnalité de la détention par la police de personnes accusées d'une infraction en contravention des lois canadiennes sur la mise en liberté sous caution); *R. c. Li*, 2020 CSC 12 (portant sur la défense de piégeage); *R. c. Kishayinew*, 2020 CSC 34 (portant sur la question de la capacité d'un plaignant intoxiqué de consentir à une activité sexuelle); *R. c. Doonanco*, 2020 CSC 2 (qui a examiné l'obligation de la Couronne de divulguer des rapports médicaux d'experts à l'accusé); *R. c. Slatter*, 2020 CSC 36, (qui a examiné la façon dont les juges de première instance doivent évaluer le témoignage des personnes ayant une déficience intellectuelle ou un trouble du développement); et *R. c. Delmas*, 2020 CSC 39 (dans laquelle les questions du raisonnement stéréotypé et des conséquences de l'omission de faire un *voir-dire* avant d'envisager l'activité sexuelle antérieure d'un plaignant avec l'accusé ont été soulevées).

En 2021, cette tendance s'est poursuivie. Voir, par exemple, *R. c. Lai*, 2021 CSC 52 (traitant du droit d'être jugé dans un délai raisonnable tel que protégé par l'alinéa 11b) de la *Charte*); *R. c. Reilly*, 2021 CSC 38 (traitant de l'admissibilité de la preuve obtenue de façon inconstitutionnelle); *R. c. Dingwall*, 2021 CSC 35 (traitant de l'admissibilité de la preuve circonstancielle); *R. c. Waterman*, 2021 CSC 5 (traitant de l'exigence d'une preuve d'expert dans les procès pour agression sexuelle); *R. c. Strathdee*, 2021 CSC 40 (traitant de la responsabilité pour les agressions collectives ayant entraîné la mort); et *R. c. Morrow*, 2021 CSC 21 (traitant de la façon dont l'infraction de tentative d'entrave au cours de la justice devrait être définie).

En 2022, en plus de *Reilly* et *Ali*, la Cour suprême a déjà rendu plusieurs autres décisions orales traitant de questions d'importance : *R. c. Boulanger*, 2022 CSC 2 (portant sur l'alinéa 11[b] de la *Charte*

et le délai de la défense); *R. c. Ste-Marie*, 2022 CSC 3 (portant sur les circonstances transitoires de l'alinéa 11[b]); *R. c. A.E.*, 2022 CSC 4 (portant sur le consentement dans un procès pour infraction sexuelle); *R. c. Brunelle*, 2022 CSC 5 (portant sur la défense de la personne); *R. c. White*, 2022 CSC 7 (portant sur l'inefficacité présumée de l'avocat); *R. c. Alas*, 2022 CSC 14 (portant sur la défense de provocation); et *R. c. Gerrard*, 2022 CSC 13 (portant sur la motivation d'un plaignant à mentir et l'absence d'embellissement de son témoignage).

Ces affaires traitent d'importantes questions de droit pénal, mais en raison de leur brièveté, il est difficile de les appliquer. Toutefois, il s'agit d'une tendance inquiétante, surtout que la Cour suprême rend un si grand nombre de jugements oraux.

Dans l'arrêt *Grant*, la Cour suprême a radicalement modifié l'approche qu'elle avait initialement créée pour déterminer si les preuves obtenues de manière inconstitutionnelle devaient être exclues ou admises. Par la suite, sa formulation dans *Grant* a fait l'objet d'un examen et de commentaires importants. D'où la question : où en sommes-nous au Canada en ce qui concerne l'admission ou l'exclusion des preuves obtenues de manière inconstitutionnelle?

Le professeur Roach a suggéré que « [c]ertaines études empiriques suggèrent que la gravité de l'infraction est devenue le facteur le plus important du critère de *Grant*, mais les tribunaux continuent également à exclure des preuves assez fréquemment. Les déclarations et les échantillons d'haleine ont été plus facilement exclus que les armes à feu, et les preuves étaient plus susceptibles d'être exclues en cas de violations multiples. Cela suggère que la tendance à la mise en balance des intérêts a peut-être été plus rhétorique que réelle. Les juges de première instance, en particulier, peuvent continuer à être attirés par le besoin ressenti d'offrir des recours aux accusés dont les droits ont été violés, les cours d'appel confirmant souvent leurs décisions » (voir *Reclaiming Prima Facie Exclusionary Rules in Canada, Ireland, New Zealand, and the United States: The Importance of Compensation, Proportionality, and Non-Repetition*, page 19. Voir également Ariane Asselin, *Trends for Exclusion of Evidence in 2012*, [2013] 1 C.R. [7<sup>th</sup>] 74).

### Le résultat dans *Grant* :

Dans l'affaire *Grant*, la Cour suprême a conclu que l'accusé avait été détenu de façon arbitraire en violation de l'article 9 de la *Charte* parce que la police n'avait pas de motifs légaux pour le détenir. De plus, la Cour a également conclu que les policiers avaient violé l'alinéa 10b) de la *Charte* en omettant d'informer l'accusé qu'il avait le droit de « communiquer sans délai avec un avocat ». Par conséquent, la Cour devait déterminer si la preuve obtenue (un revolver trouvé à la suite d'une déclaration de l'accusé aux policiers, faite en contravention de la *Charte*) devait être exclue ou admise. La Cour suprême a conclu que le revolver devait être admis.

La Cour suprême a déclaré que « la conduite des policiers n'a pas été inacceptable. L'incidence des violations de la *Charte* sur les intérêts de l'accusé qui sont protégés était grave, sans être des plus extrêmes. Enfin, la valeur probante de l'élément de preuve était considérable [...] Contrairement à la situation qui prévalait dans *R. c. Harrison* [2009] 2 R.C.S. 494, les policiers travaillaient en l'espèce dans un contexte d'incertitude juridique considérable. À notre avis, cela fait

police officer made an honest mistake about the legal status of gabapentin, a prescription drug that is traded on the street and that the appellant tried to hide during a lawful traffic collision investigation. That led to an arrest and searches incident to arrest, and to the discovery of a loaded gun, ammunition, and fentanyl — a drug that has been described as “public enemy number one” (*R. v. Parranto*, 2021 SCC 46, at para. 93, per Moldaver J.). Excluding this evidence would simply punish the police — which is not the purpose of s. 24(2) — and would damage, rather than vindicate, the long-term repute of the criminal justice system.

### A Worrying Trend:

As we have seen, the Supreme Court’s has recently issued important section 24(2) decisions by rendering brief oral decisions (see, for instance, *Ali*, *Reilly*, and *G.T.D.*).

The manner in which these decisions were rendered, is illustrative of a trend by the Supreme Court of Canada to routinely render brief oral decisions in cases of significance. For instance, in 2020, the Supreme Court of Canada rendered oral judgments in *R. v. Reilly*, 2020 SCC 27 (which involved the constitutionality of holding by the police of individuals charged with an offence in contravention of Canada’s bail laws); *R. v. Li*, 2020 SCC 12 (dealing with the defence of entrapment); *R. v. Kishayinew*, 2020 SCC 34 (dealing with the issue of the capacity of an intoxicated complainant to consent to sexual activity); *R. v. Doonanco*, 2020 SCC 2 (which considered the requirement of the Crown to disclose expert medical reports to the accused); *R. v. Slatter*, 2020 SCC 36, (which considered how trial judges are to assess the evidence given by individuals who have an intellectual or developmental disability); and *R. v. Delmas*, 2020 SCC 39 (in which the issues of stereotypical reasoning and the consequences of failing to conduct a *voir dire* before considering a complainant’s prior sexual activity with the accused were raised).

In 2021, this trend continued. See, for instance, *R. v. Lai*, 2021 SCC 52 (dealing with the right to be tried within a reasonable period of time as protected by section 11(b) of the *Charter*); *R. v. Reilly*, 2021 SCC 38 (dealing with the admissibility of evidence unconstitutionally obtained); *R. v. Dingwall*, 2021 SCC 35 (dealing with the admissibility of circumstantial evidence); *R. v. Waterman*, 2021 SCC 5 (dealing with the requirement of expert evidence in sexual assault trials); *R. v. Strathdee*, 2021 SCC 40 (dealing with liability for group assaults leading to a death); and *R. v. Morrow*, 2021 SCC 21 (dealing with how the offence of attempting to obstruct the course of justice should be defined).

In 2022, in addition to *Reilly* and *Ali*, the Supreme Court has already rendered several other oral decisions dealing with issues of significance: *R. v. Boulanger*, 2022 SCC 2 (dealing with section 11(b) of the *Charter* and defence delay); *R. v. Ste-Marie*, 2022 SCC 3 (involving section 11(b) transitional circumstances); *R. v. A.E.*, 2022 SCC 4 (dealing with consent in a sexual offence trial); *R. v. Brunelle*, 2022 SCC 5 (dealing

with defence of the person); *R. v. White*, 2022 SCC 7 (dealing with alleged ineffectiveness of counsel); *R. v. Alas*, 2022 SCC 14 (dealing with the defence of provocation); and *R. v. Gerrard*, 2022 SCC 13 (dealing with a complainant’s motive to lie and a lack of embellishment in their evidence).

These cases deal with important criminal law issues, but because of their brief nature, it is difficult to apply them. However, it is a worrisome trend, particularly with the Supreme Court issuing so many oral judgments.

In *Grant* the Supreme Court dramatically changed the approach it initially created in relation to whether unconstitutionally obtained evidence should be excluded or admitted. Subsequently, its formulation in *Grant* has been the subject of significant consideration and commentary. Thus the question: Where are we in Canada as regards the admission or exclusion of unconstitutionally obtained evidence?

Professor Roach has suggested that “[s]ome empirical studies suggest that the seriousness of the violation has emerged as the most important factor in the *Grant* test, but the courts also continue to exclude evidence quite frequently. Statements and breath samples were more readily excluded than guns, and evidence was more likely to be excluded if there were multiple breaches. This suggests that the trend towards balancing of interests may have been more rhetorical than real. Trial judges, in particular, may continue to be drawn towards a felt need to provide accuseds whose rights have been violated with remedies, with appellate courts often affirming their decisions” (see *Reclaiming Prima Facie Exclusionary Rules in Canada, Ireland, New Zealand, and the United States: The Importance of Compensation, Proportionality, and Non-Repetition*, at page 19. Also see Ariane Asselin, *Trends for Exclusion of Evidence in 2012*, (2013) 1 C.R. (7th) 74).

### The Result in Grant:

In *Grant*, the Supreme Court concluded that the accused had been arbitrarily detained in violation of section 9 of the *Charter* because the police did not have lawful grounds to detain the accused. In addition, the Court also concluded that the police violated section 10(b) of the *Charter* by failing to advise the accused that he had the right to “contact counsel without delay.” As a result, it was necessary for the Court to determine whether the evidence obtained (a gun obtained as a result of a statement made by the accused to the police in contravention of the *Charter*) should be excluded or admitted. The Supreme Court concluded that the gun should be admitted.

The Supreme Court held that “the police conduct was not egregious. The impact of the *Charter* breach on the accused’s protected interests was significant, although not at the most serious end of the scale. Finally, the value of the evidence is considerable....Unlike the situation in *R. v. Harrison*, [2009] 2 S.C.R. 494, the police officers here were operating in circumstances of considerable legal uncertainty. In our view, this tips the balance in favour of admission,

## LES 40 ANS DE LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS

pencher la balance pour l'utilisation en preuve du revolver contre l'appelant et autorise à penser que cette utilisation ne jetterait pas de discrédit sur le système de justice » (paragraphe 140).

### Conclusions postérieures à l'arrêt *Grant* :

Depuis l'admission de la preuve dans l'arrêt *Grant*, la Cour suprême a admis et exclu des preuves contestées par la *Charte* dans un nombre important de décisions. Y a-t-il des tendances? Il peut être difficile d'en déterminer, mais veuillez tenir compte du résumé suivant des décisions de la Cour après l'arrêt *Grant* :

Nom de l'affaire :	Nature de la preuve :	Motifs d'exclusion ou d'admission :
<i>R. c. Harrison</i> , 2009 CSC 34.	Une boîte de cocaïne a été trouvée dans le véhicule de l'accusé après une fouille abusive.	<b>Preuve exclue.</b> La « conduite du policier, lorsqu'il a intercepté et fouillé le véhicule de l'appelant sans la moindre apparence de motifs raisonnables, était répréhensible et a été aggravée par le témoignage trompeur qu'il a livré en cour » (paragraphe 35).
<i>R. c. Nolet</i> , [2010] 1 R.C.S. 851.	Une fouille de l'automobile de l'accusé effectuée à des fins d'inventaire, à la suite d'une arrestation, a permis à la police de trouver des documents concernant le transport routier et des « autocollants » susceptibles de s'avérer trompeurs.	<b>Preuve admise.</b> La « fouille ultérieure à des fins d'inventaire, effectuée pour des raisons administratives, d'un camion saisi qui avait déjà fait l'objet d'une fouille (moins méticuleuse toutefois) devrait être considérée comme une violation technique ayant une incidence minimale sur les intérêts des appelants protégés par la <i>Charte</i> . Les éléments de preuve devraient pouvoir être utilisés en fonction de la pertinence qu'ils sont susceptibles d'avoir dans le cadre de la décision sur le fond relative aux accusations en instance » (paragraphe 54).
<i>R. c. Morelli</i> , [2010] CSC 8.	Images pornographiques d'enfants trouvées après l'exécution d'un mandat de perquisition invalide fondé sur des renseignements trompeurs.	<b>Preuve exclue.</b> La « considération dont jouit l'administration de la justice sera grandement sapée si les procès criminels peuvent être instruits sur le fondement d'une preuve recueillie dans le « lieu » le plus intime de la maison grâce à des dénonciations trompeuses, inexactes et incomplètes qui ont mené à la délivrance d'un mandat de perquisition » (paragraphe 109).
<i>R. c. Côté</i> , [2011] 3 R.C.S. 215	Arme à feu saisie après une perquisition sans mandat de la résidence de l'accusé. Déclaration obtenue, violations de l'article 7 et des alinéas 10a) et 10b) de la <i>Charte</i> .	<b>Preuve exclue.</b> Le « juge du procès déplore manifestement et à juste titre les violations continues, délibérées et flagrantes des droits constitutionnels de l'appelante, une considération qui joue un rôle important dans sa mise en balance des considérations dont l'examen s'impose pour l'application du par. 24(2) » (paragraphe 89).
<i>R. c. Taylor</i> , 2014 CSC 50.	Échantillons de sang de l'accusé prélevés à la suite d'une violation de l'alinéa 10b) de la <i>Charte</i> .	<b>Preuve exclue.</b> En règle générale, « les éléments de preuve seront écartés en dépit de leur pertinence et de leur fiabilité lorsque l'atteinte à l'intégrité corporelle est délibérée et a des effets importants [...] sur l'intégrité corporelle et la dignité de l'accusé » (paragraphe 41).
<i>R. c. Fearon</i> , 2014 CSC 77.	Messages textes incriminants après une perquisition sans mandat du téléphone cellulaire de l'accusé.	<b>Preuve admise.</b> Bien que la Cour suprême ne se soit pas livrée à la mise en balance requise, elle a jugé « [qu'en] l'espèce, il n'y a pas même eu, de la part des policiers, une ombre d'indifférence envers les droits du suspect qui exigerait du tribunal qu'il se dissocie de cette conduite. Les policiers ont simplement pris des mesures qu'ils croyaient raisonnablement légales et, ultérieurement, l'évolution de la jurisprudence a prouvé qu'ils avaient eu tort » (paragraphe 95).

## THE CANADIAN CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS: FORTY YEARS ON

suggesting that the repute of the justice system would not suffer from allowing the gun to be admitted in evidence against the appellant” (at paragraph 140).

### Post-Grant Results:

Since admitting the evidence in *Grant*, the Supreme Court has admitted and excluded *Charter* contested evidence in a significant number of decisions. Are there any trends or tendencies? It may be difficult to ascertain any but consider the following summary of the Court’s post-*Grant* decisions:

Case Name:	Nature of the Evidence:	Reasons for Exclusion or Admission:
<i>R. v. Harrison</i> , 2009 SCC 34.	A box of cocaine was found in the accused’s vehicle after an unreasonable search.	<b>Evidence Excluded.</b> The “police conduct in stopping and searching the appellant’s vehicle without any semblance of reasonable grounds was reprehensible, and was aggravated by the officer’s misleading testimony in court” (at paragraph 35).
<i>R. v. Nolet</i> , [2010] 1 S.C.R. 851.	An inventory search of the accused’s vehicle, after an arrest, resulted in the police finding trucking documents plus the potentially misleading “decals”.	<b>Evidence Admitted.</b> The “subsequent inventory search for administrative purposes of an impounded truck that has already been searched (though less meticulously) should be classified as a technical breach with a minimal impact on the <i>Charter</i> -protected interests of the appellants. The evidence ought to be available for whatever relevance it may have to assist in the resolution of the outstanding charges on their merits” (at paragraph 54).
<i>R. v. Morrelli</i> , 2010 SCC 8.	Pornographies pictures of children after execution of invalid search warrant based upon a misleading information to obtain.	<b>Evidence Excluded.</b> The “repute of the administration of justice will be significantly undermined if criminal trials are permitted to proceed on the strength of evidence obtained from the most private ‘place’ in the home on the basis of misleading, inaccurate, and incomplete Informations upon which a search warrant was issued” (at paragraph 109).
<i>R. v. Côté</i> , [2011] 3 S.C.R. 215	Firearm seized after warrantless search of the accused’s residence. Statement obtained, violations of section 7, 10(a) and 10(b) of the <i>Charter</i> .	<b>Evidence Excluded.</b> The “trial judge was obviously and justly concerned about the continuous, deliberate and flagrant breaches of the appellant’s <i>Charter</i> rights and this consideration played an important role in his balancing of the factors under s. 24(2)” [at paragraph 89].
<i>R. v. Taylor</i> , 2014 SCC 50.	Blood samples taken from the accused after a violation of section 10(b) of the <i>Charter</i> .	<b>Evidence Excluded.</b> In general, “where an intrusion on bodily integrity is deliberately inflicted and the impact on the accused’s . . . bodily integrity and dignity is high, bodily evidence will be excluded, notwithstanding its relevance and reliability” (at paragraph 41).
<i>R. v. Fearon</i> , 2014 SCC 77.	Incriminating text messages after a warrantless search of the accused’s cell phone.	<b>Evidence Admitted.</b> Though the Supreme Court did not engage in the balancing required, it did hold that “[t]here is not here even a whiff of the sort of indifference on the part of the police to the suspect’s rights that requires a court to disassociate itself from that conduct. The police simply did something that they believed on reasonable grounds to be lawful and were proven wrong, after the fact, by developments in the jurisprudence” (at paragraph 95).

## LES 40 ANS DE LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS

Nom de l'affaire :	Nature de la preuve :	Motifs d'exclusion ou d'admission :
<i>R. c. Spencer</i> , 2014 CSC 43.	Images de pornographie juvénile localisées après que la police avait obtenu l'adresse IP de l'accusé sans autorisation judiciaire préalable.	<b>Preuve admise.</b> Les « policiers se sont servi de ce qu'ils croyaient raisonnablement être des moyens légitimes pour poursuivre un objectif important visant l'application de la loi. Les autres aspects relatifs à la dénonciation justifiant l'obtention du mandat de perquisition ne sont pas contestés. Par sa nature, la conduite des policiers en l'espèce ne serait pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice » (paragraphe 77).
<i>R. c. Paterson</i> , [2017] 1 R.C.S. 202.	Présence de drogues et d'armes constatée après une entrée sans mandat dans la résidence de l'accusé. Mandat de perquisition obtenu et articles saisis.	<b>Preuve exclue.</b> Les « policiers ne sont pas intervenus dans un contexte juridique inconnu [...] l'importance de faire en sorte que pareille conduite ne soit pas cautionnée par les tribunaux milite en faveur de l'exclusion de la preuve [...] leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice » (paragraphe 46, 56 et 57).
<i>R. c. Marakah</i> , 2017 CSC 59.	Messages texte envoyés par l'accusé à un coaccusé et trouvés après une perquisition sans mandat du téléphone cellulaire du coaccusé (M. Winchester).	<b>Preuve exclue.</b> « Les policiers ont commis une grave violation de la <i>Charte</i> en examinant l'iPhone de M. Winchester [...] il "importe [...] de ne pas permettre que [...] l'intérêt de la société dans l'instruction de l'affaire au fond [...] l'emporte sur toutes les autres considérations" [...] C'est bien le cas en l'espèce » (paragraphe 66 et 72).
<i>R. c. Reeves</i> , 2018 CSC 56.	Pornographie infantile trouvée sur un ordinateur partagé après une entrée sans mandat dans une résidence.	<b>Preuve exclue.</b> Bien que le policier eut estimé que le consentement « l'autorisait à le prendre, le service de police comptait sur une unité spécialisée de cybercriminalité qui aurait dû être au fait des divers droits à la vie privée – à la fois supérieurs et distinctifs – qui existent à l'égard des ordinateurs. Cette unité aurait aussi dû savoir qu'un tiers ne peut renoncer aux droits garantis à une autre partie par la <i>Charte</i> » (paragraphe 62).
<i>R. c. Le</i> , 2019 CSC 34.	Armes à feu et drogues trouvées après une détention et une fouille illégales de l'accusé.	<b>Preuve exclue.</b> « Les policiers ont transgressé une limite nette en entrant, sans permission ni motifs raisonnables, dans une cour arrière privée dont les occupants étaient [traduction] "juste en train de bavarder" et ne faisaient "rien de mal". Ils ont demandé des pièces d'identité, dit à l'un des occupants de garder ses mains bien en vue et posé à ceux-ci des questions ciblées sur qui ils étaient, où ils vivaient et ce qu'ils faisaient dans la cour arrière. C'est précisément le type de conduite policière que la <i>Charte</i> visait à abolir. L'utilisation en preuve des fruits de cette conduite est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice » (paragraphe 160).
<i>R. c. Reilly</i> , 2021 CSC 38.	Les policiers sont entrés dans la résidence de l'accusé sans mandat. Ils ont constaté la présence de preuves de la participation de l'accusé à un vol qualifié, ont obtenu un mandat et saisi ces articles.	<b>Preuve exclue.</b> Dans de brefs motifs exposés oralement, la Cour a conclu que le juge de première instance avait commis une erreur en mettant en balance les facteurs énoncés dans l'arrêt <i>Grant</i> et en omettant de tenir compte de toutes les violations de la <i>Charte</i> qui ont eu lieu.

**THE CANADIAN CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS:  
FORTY YEARS ON**

Case Name:	Nature of the Evidence:	Reasons for Exclusion or Admission:
<i>R. v. Spencer</i> , 2014 SCC 43.	Child pornography images located after the police obtained the accused's IP address without prior judicial authorization.	<b>Evidence Admitted.</b> The "police were acting by what they reasonably thought were lawful means to pursue an important law enforcement purpose. There is no challenge to any other aspect of the information to obtain the search warrant. The nature of the police conduct in this case would not tend to bring the administration of justice into disrepute" (at paragraph 77).
<i>R. v. Paterson</i> , [2017] 1 S.C.R. 202.	Drugs and weapons observed after warrantless entry into the accused's residence. Search warrant obtained and items seized.	<b>Evidence Excluded.</b> The "police officers were not operating in unknown legal territory...the importance of ensuring that such conduct is not condoned by the court favours exclusion...its admission would bring the administration of justice into disrepute" (at paragraphs 46, 56 and 57).
<i>R. v. Marakah</i> , 2017 S.C.C. 59.	Text messages sent by accused to co-accused found after warrantless search of co-accused's (Mr. Winchester) cell phone.	<b>Evidence Excluded.</b> The police "committed a serious breach of the <i>Charter</i> in examining Mr. Winchester's iPhone... it is 'important not to allow . . . society's interest in adjudicating a case on its merits to trump all other considerations'...That is this case" (at paragraphs 66 and 72).
<i>R. v. Reeves</i> , 2018 SCC 56.	Child pornography found on a shared computer after a warrantless entry into a residence.	<b>Evidence Excluded.</b> While the officer believed that consent "allowed him to take it, the police service had a specialized cyber-crime unit that should have been aware of the unique and heightened privacy interests in computers. The unit also should have known that a third party cannot waive another party's <i>Charter</i> rights" (at paragraph).
<i>R. v. Le</i> , 2019 SCC 34.	Firearms and drugs found after unlawful detention and search of accused.	<b>Evidence Excluded.</b> The "police crossed a bright line when, without permission or reasonable grounds, they entered into a private backyard whose occupants were 'just talking' and 'doing nothing wrong'. The police requested identification, told one of the occupants to keep his hands visible and asked pointed questions about who they were, where they lived, and what they were doing in the backyard. This is precisely the sort of police conduct that the <i>Charter</i> was intended to abolish. Admission of the fruits of that conduct would bring the administration of justice into disrepute" (at paragraph 160).
<i>R. v. Reilly</i> , 2021 SCC 38.	The police entered the accused's residence without a warrant. Observed evidence of the accused's involvement in a robbery, obtained a warrant and seized the items.	<b>Evidence Excluded.</b> In brief oral reasons, the Court found error in the trial judge's balancing of the <i>Grant</i> factors and in the failure to consider all of the breaches of the <i>Charter</i> that occurred.

## LES 40 ANS DE LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS

Nom de l'affaire :	Nature de la preuve :	Motifs d'exclusion ou d'admission :
<i>R. c. Ali</i> , 2022 CSC 1.	Cocaïne trouvée après une fouille à nu. La majorité a conclu que la fouille n'a pas violé l'article 8 de la <i>Charte</i> . La juge Côté en est arrivée à la conclusion contraire.	La juge Côté aurait <b>admis la preuve</b> : « L'agent Darroch croyait de bonne foi qu'il avait les motifs nécessaires pour fouiller à nu M. Ali [...] Dans l'ensemble, je conclus que le fait d'écarter la preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Pour être claire, je tiens à réaffirmer énergiquement les principes découlant de l'arrêt <i>Golden</i> et le seuil élevé que doit respecter la Couronne pour justifier une fouille à nu sans mandat. Cependant, bien que la Couronne n'ait pas respecté ce seuil en l'espèce, la conduite des policiers n'a pas miné l'intégrité du système de justice » (paragraphe 13 et 16).
<i>R. c. Tim</i> , 2022 CSC 12.	Arme de poing chargée trouvée après une fouille abusive fondée sur une erreur de droit.	<b>Preuve admise.</b> Un « policier relativement peu expérimenté a commis une erreur honnête quant au statut juridique de la gabapentine, un médicament délivré sur ordonnance, qui fait l'objet de trafic dans les rues et que l'appelant a essayé de dissimuler pendant une enquête légale liée à un accident de la route. La situation a donné lieu à une arrestation, à des fouilles accessoires à cette arrestation et à la découverte d'une arme à feu chargée, de munitions et de fentanyl – une drogue qui a été qualifiée “[d]’ennemi public numéro un” [...] L'exclusion de ces éléments de preuve aurait simplement pour effet de punir les policiers – ce qui n'est pas l'objet du par. 24(2) –, et elle affaiblirait au lieu de soutenir la considération à long terme portée au système de justice pénale » (paragraphe 84 et 99).

Certaines tendances limitées peuvent être illustrées. Il semble clair, par exemple, que les violations « flagrantes » d'un droit constitutionnel par les policiers, ou les violations qui illustrent un manque de soins par rapport au droit protégé par la *Charte*, conduiront à l'exclusion (voir les arrêts *Harrison*, *Côté*, *Paterson*, *Marakah*, *Reeves* et *Le*). Les violations techniques ayant une incidence minimale sur un droit protégé par la *Charte* conduiront généralement à l'admission (*Nolet*). Toutefois, les fouilles négligentes ou délibérément abusives dans des endroits où la vie privée est importante, comme les maisons et les ordinateurs, et celles qui touchent l'intégrité corporelle, mèneront généralement à l'exclusion (*Morrelli* et *Taylor*). Enfin, bien que la « bonne foi » d'un policier qui viole un droit constitutionnel ne doive pas être surestimée en tant que facteur, il est très clair que lorsque cela se produit, c'est l'un des facteurs les plus importants menant à l'admission d'une preuve contestée, car il n'est pas nécessaire pour un tribunal de se dissocier d'un tel comportement (*Tim*, *Fearon*, *Spencer* et *Grant*).

### Conclusion :

Comme nous l'avons observé, bien que le test établi dans l'arrêt *Grant* semble simple, il comporte un certain nombre d'éléments, dont aucun ne devrait normalement prédominer. Bien qu'il ne soit peut-être pas possible d'établir avec exactitude quand une preuve découverte à la suite d'une violation de la *Charte* devrait ou ne devrait pas être exclue, plusieurs des principes qui doivent être appliqués pour arriver à une telle conclusion sont bien établis.

Je propose ce qui suit à titre de résumé des principes énoncés dans l'arrêt *Grant* et de leur examen ultérieur par la Cour suprême du Canada :

1. Pour qu'on tienne compte du paragraphe 24(2), le demandeur doit établir que les éléments de preuve que l'on cherche à exclure « ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente *Charte* ». Ce seuil a un champ d'application « large » (voir *Pileggi*, paragraphe 104), mais il doit y avoir une certaine forme de lien temporel ou contextuel entre la violation de la *Charte* qui s'est produite et la découverte de la preuve que l'accusé cherche à faire exclure. Bien que l'accusé n'ait pas à établir un « lien de causalité » (voir *R. c. Wittwer*, [2008] 2 R. C. S. 235, paragraphe 21), l'absence de lien de causalité a été jugée comme « un facteur qui pèse contre l'exclusion » (voir *R. v. Lenhardt*, 2019 ONCA 416, paragraphe 11);
2. « Le lien entre la violation de la *Charte* et les éléments de preuve contestés peut être [traduction] “temporel, contextuel, causal ou un mélange des trois” [...] Un lien éloigné ou ténu entre la violation de la *Charte* et les éléments de preuve contestés ne sera pas suffisant pour faire entrer en jeu le par. 24(2) [...] »; on devrait adopter une « approche généreuse » (*Tim*, paragraphes 78 et 80);
3. L'exclusion de la preuve n'est pas automatique. Une preuve ne peut être exclue que si l'accusé établit que son admission serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice (voir *R. v. Keshavarz*, 2022 ONCA 312, paragraphe 21);
4. Le fardeau d'établir que « l'administration de la justice est susceptible d'être déconsidérée » par l'admission de la preuve que l'on cherche à exclure incombe à l'accusé. Le fardeau de la preuve repose sur la prépondérance des probabilités;
5. Pour « l'application du par. 24 (2) [...] il convient de remplacer l'examen de l'admissibilité des éléments de preuve corporelle



## THE CANADIAN CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS: FORTY YEARS ON

Case Name:	Nature of the Evidence:	Reasons for Exclusion or Admission:
<i>R. v. Ali</i> , 2022 SCC 1.	Cocaine found after a strip search. Majority held the search did not violate section 8 of the <i>Charter</i> . Justice Côté reached the opposite conclusion.	Justice Côté would have <b>admitted the evidence</b> : “Cst. Darroch believed in good faith that he had the requisite grounds to strip search Mr. Ali...On balance, I conclude that excluding the evidence would bring the administration of justice into disrepute. To be clear, I would emphatically re-affirm the principles arising from <i>Golden</i> and the high threshold the Crown must meet to justify a warrantless strip search. However, while the Crown failed to meet that threshold in this case, the conduct of the police did not undermine the integrity of the justice system” (at paragraphs 13 and 16).
<i>R. v. Tim</i> , 2022 SCC 12.	Loaded handgun found after unreasonable search based upon a mistake of law.	<b>Evidence Admitted.</b> A “relatively inexperienced police officer made an honest mistake about the legal status of gabapentin, a prescription drug that is traded on the street and that the appellant tried to hide during a lawful traffic collision investigation. That led to an arrest and searches incident to arrest, and to the discovery of a loaded gun, ammunition, and fentanyl — a drug that has been described as ‘public enemy number one’...Excluding this evidence would simply punish the police — which is not the purpose of s. 24(2) — and would damage, rather than vindicate, the long-term repute of the criminal justice system” (at paragraphs 84 and 99).

Some limited trends or tendencies can be illustrated. It seems clear, for instance, that “flagrant” breaches of a *Charter* right by the police, or breaches which illustrate a lack of care in relation to the right protected by the *Charter*, will lead to exclusion (see *Harrison*, *Côté*, *Paterson*, *Marakah*, *Reeves*, and *Le*). Technical breaches with little impact upon a *Charter* right, will normally lead to admission (*Nolet*). However, negligent or purposely unreasonable searches of areas with significant levels of privacy such as homes, computers, and those effecting bodily integrity, will normally lead to exclusion (*Morrelli*, and *Taylor*). Finally, though the “good faith” of a police officer who breaches a *Charter* right should not be overstated as a factor, it is very clear that when this occurs, this is one of the most significant factors leading to admission of contested evidence because there is no need for a Court to disassociate itself from such behaviour (*Tim*, *Fearon*, *Spencer*, and *Grant*).

### Conclusion:

As we have seen, though the test set out in *Grant* seems simple, it has a number of components, none of which will normally dominate. Though it may not be possible to set out with any degree of accuracy when evidence discovered as a result of a breach of the *Charter* should or should not be excluded, many of the principles that are to be applied in reaching such a conclusion are well settled.

I would proffer the following as a summary of the principles

set out in *Grant* and its subsequent consideration by the Supreme Court of Canada:

1. In order for section 24(2) to be considered, the applicant must establish that the evidence sought to be excluded “was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this *Charter*”. This threshold has “broad” application (see *Pileggi*, at paragraph 104), but there must be some form of temporal or contextual connection between the breach of the *Charter* that occurred and the discovery of the evidence the accused seeks to have excluded. Though the accused does not have to establish a “causal connection” (see *R. v. Wittwer*, [2008] 2 S.C.R. 235, at paragraph 21), the absence of a causal connection has been held to be “a factor weighing against exclusion” (see *R. v. Lenhardt*, 2019 ONCA 416, at paragraph 11);
2. The “connection between the *Charter* breach and the impugned evidence can be ‘temporal, contextual, causal or a combination of the three’...A remote or tenuous connection between the *Charter* breach and the impugned evidence will not suffice to trigger s. 24(2)...A “generous approach” should be adopted (*Tim*, at paragraphs 78 and 80);
3. Exclusion of evidence is not automatic. Evidence can only be excluded if the accused establishes that its admission would bring the administration of justice into disrepute (see *R. v. Keshavarz*, 2022 ONCA 312, at paragraph 21);

## LES 40 ANS DE LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS

s'attachant uniquement à déterminer s'ils ont été obtenus par mobilisation de l'accusé contre lui-même par un critère souple tenant compte de l'ensemble des circonstances, comme l'exige le libellé du par. 24(2) » (voir l'arrêt *Grant*, paragraphe 107);

6. En tenant compte du paragraphe 24 (2) de la *Charte* et en l'appliquant, un juge de première instance doit appliquer et utiliser les trois questions énoncées dans l'arrêt *Grant*;
7. La première étape consiste à situer la violation de la *Charte* qui s'est produite sur un « continuum d'inconduite » (voir *R. v. Blake*, [2010] O.J. n° 48 [C.A.], paragraphe 23) ou sur une « échelle de culpabilité qui va d'infractions mineures ou commises par inadvertance à une conduite négligente qui donne lieu à des infractions plus graves, en passant par une conduite qui reflète un mépris délibéré ou insouciant des droits garantis par la *Charte* » (voir *Pawar*, paragraphe 61). Une violation de la *Charte* peut avoir un effet « passager ou d'ordre simplement formel » comme il peut être « profondément attentatoire » ou quelque part entre les deux » (voir *Le*, paragraphe 290).
8. Plus « l'incidence est marquée, plus l'admission des éléments de preuve est susceptible de donner à penser que les droits garantis par la *Charte* ne revêtent pas d'utilité réelle, ce qui déconsidérerait l'administration de la justice » (voir *Le*, paragraphe 290). Plus la conduite en cause est grave ou délibérée, plus il est nécessaire pour les tribunaux de se dissocier de cette conduite, en excluant les éléments de preuve qui y sont liés. Un mépris flagrant de la *Charte* par les policiers (voir *R. c. Harrison*, [2009] 2 R.C.S. 494) sera considéré comme étant très différent d'une violation au cours de laquelle les policiers estimaient agir conformément à la loi (voir *R. v. Briscoe*, [2015] A.J. n° 9 [C.A.], paragraphe 74; *R. c. Beaulieu*, [2010] 1 R.C.S. 248; et *R. c. Loewen*, [2011] 2 R.C.S. 167). La Cour doit examiner « à la fois ce que les policiers ont fait et leur attitude lorsqu'ils l'ont fait » (voir *R. v. Ramage*, 2010 ONCA 488, paragraphe 48);
9. Les policiers « sont tenus de respecter les normes de la *Charte* et lorsqu'ils ne les respectent pas, il incombe aux tribunaux de situer l'infraction commise sur une échelle de culpabilité [...] Lorsque la conduite policière en cause est grave, impliquant une violation délibérée ou insouciant des droits de la *Charte*, cela indiquera un plus grand besoin pour le tribunal de se distancier d'une telle conduite en excluant les éléments de preuve obtenus en rapport avec la violation [...] Les violations mineures, techniques et commises par inadvertance, par contre, seront considérées comme moins graves parce qu'elles ont beaucoup moins d'impact sur la primauté du droit et l'administration de la justice que les violations délibérées ou insouciantes » (voir *R. c. Santos*, 2022 SKCA 50, paragraphes 49 et 50; et l'arrêt *Tim*, paragraphe 82);
10. La « loi stipule clairement qu'un policier ou une policière estimant de façon déraisonnable qu'il ou qu'elle a le pouvoir de détenir ou de fouiller (par exemple, une croyance déraisonnable qu'il ou qu'elle dispose de motifs raisonnables de soupçonner) n'agit pas « de bonne foi » aux fins d'évaluation de la culpabilité au cours de la première étape énoncée dans l'arrêt *Grant* (voir *R. v. Zacharias*, 2022 ABCA 112, paragraphe 39). Ainsi, « une simple absence de mauvaise foi n'équivaut pas à de la bonne foi. Pour que l'inconduite de l'État puisse être qualifiée d'erreur de bonne foi indiquant une atteinte moins grave aux droits constitutionnels, l'État doit démontrer que les policiers ont agi d'une manière conforme à ce qu'ils estimaient être la loi, de façon subjective, raisonnable et non négligente. La conduite de policiers démontrant une négligence à l'égard du respect des normes de la *Charte* n'équivaut pas à de la bonne foi » (*Santos*, paragraphe 51);
11. Bien que l'ignorance de la loi ne constitue pas de la bonne foi, la bonne foi peut parfois être constatée lorsque des policiers commettent une erreur raisonnable et non négligente dans l'application d'une norme juridique établie, mais indéterminée » (*Santos*, paragraphe 51, et *Tim*, paragraphe 85). En fin de compte, « il n'est pas nécessaire de placer la conduite de policiers qui représente une violation de la *Charte* dans une case « bonne foi » ou « mauvaise foi ». La bonne foi et la mauvaise foi se situent aux extrémités opposées du continuum de la faute et il y a beaucoup d'espace entre les deux. Ce qui importe, ce n'est pas l'étiquette juridique attachée à la conduite de policiers, mais plutôt le fait de la placer correctement sur ce continuum de la faute » (*Santos*, paragraphe 52);
12. « À l'extrémité la plus grave de l'échelle de culpabilité, on trouve les violations qui sont commises au mépris délibéré des droits garantis par la *Charte* ou sans se soucier de ces droits, les situations de violations systémiques de la *Charte* ou les dérogations importantes aux normes prescrites par la *Charte*. Les tribunaux doivent se dissocier de telles conduites parce qu'elles sont susceptibles de déconsidérer l'administration de la justice. À l'extrémité la moins grave de l'échelle de culpabilité, on trouve les violations commises par inadvertance, techniques, mineures ou résultant d'une erreur compréhensible. Comme de telles circonstances ébranlent minimalement la confiance du public à l'égard de la primauté du droit, il n'est pas aussi crucial pour les tribunaux de s'en dissocier » (*Tim*, paragraphe 82);
13. La deuxième étape consiste à examiner « l'importance de l'effet qu'à la violation de la *Charte* sur les intérêts de l'accusé qu'elle protège » (*Grant*, paragraphe 76). Il faut pour cela évaluer le degré d'incidence de la violation de la *Charte* sur les intérêts qu'elle cherche à protéger. Le caractère intrusif de la violation commise revêt une importance particulière à cette étape de l'analyse (voir *R. c. Morelli*, [2010] 1 R.C.S. 253). Ainsi, une distinction a été faite entre les perquisitions concernant les résidences et les véhicules (voir *Morelli* et *Harrison*). « Plus [l'incidence de la violation sur les droits constitutionnels de l'accusé] est marquée, plus l'utilisation de la preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice » (voir *R. c. Côté*, [2011] 3 R.C.S. 215, paragraphe 47). Cependant, « la possibilité de découvrir la preuve est une considération pertinente lorsque vient le temps d'évaluer l'incidence de la violation sur les droits garantis à une personne par la *Charte* » (voir *Le*, paragraphe 29) et cela peut servir à atténuer l'incidence d'une violation de la *Charte* (voir *Côté*, paragraphe 72);
14. À la troisième étape de l'analyse, on doit considérer l'importance de la « fonction de recherche de la vérité que remplit le procès » (voir *Grant* et *R. c. Vu*, 2013 CSC 60, paragraphe 73). À cet égard, la « fiabilité » de la preuve en cause devient un facteur déterminant (voir *Grant*, *Blake* et *R. v. Atkinson*, [2012] O.J. n° 2520 [C.A.],

4. The burden of establishing that “the administration of justice would be brought into disrepute” by the admission of the evidence sought to be excluded rests with the accused. The onus of proof is on a balance of probabilities;
5. The “admissibility of bodily evidence under s. 24(2) that asks simply whether the evidence was conscripted should be replaced by a flexible test based on all the circumstances, as the wording of s. 24(2) requires” (see *Grant*, at paragraph 107);
6. In considering and applying section 24(2) of the *Charter*, a trial judge must apply and utilize the three avenues set out in *Grant*;
7. The first step involves placing the breach of the *Charter* which occurred along a “continuum of misconduct” (see *R. v. Blake*, [2010] O.J. No. 48 (C.A.), at paragraph 23) or a “scale of culpability that ranges from inadvertent or minor infringements, to negligent conduct that gives rise to more serious infringements, to conduct that reflects a wilful or reckless disregard of *Charter* rights” (see *Pawar*, at paragraph 61). A breach of the *Charter* can extend from a “fleeting and technical” breach to one that is “profoundly intrusive” (see *Le*, at paragraph 290).
8. The “more serious the impact, the greater the risk that admission of the evidence may signal to the public that *Charter* rights are of little avail, thereby bringing the administration of justice into disrepute” (see *Le*, at paragraph 290). The more severe or deliberate the conduct involved the greater the need for the courts to dissociate themselves from that conduct, by excluding evidence linked to that conduct. A flagrant disregard for the *Charter* by the police (see *R. v. Harrison*, [2009] 2 S.C.R. 494) will be seen as being very different than a breach in which the police believed they were acting in accordance with the law (see *R. v. Briscoe*, [2015] A.J. No. 9 (C.A.), at paragraph 74, *R. v. Beaulieu*, [2010] 1 S.C.R. 248 and *R. v. Loewen*, [2011] 2 S.C.R. 167). The Court must look “both at what the police did and their attitude when they did it” (see *R. v. Ramage*, 2010 ONCA 488, at paragraph 48);
9. Police officers “are expected to abide by *Charter* standards and where they do not, the task for the court is to situate the offending conduct on a scale of culpability... Where the police conduct in question is serious, involving a wilful or reckless violation of *Charter* rights, that will signal a greater need for the court to distance itself from such conduct by excluding evidence gained in connection with the breach... Minor, technical and inadvertent breaches, on the other hand, will be seen as less serious because they have much less impact on the rule of law and the administration of justice than wilful or reckless violations” (see *R. v. Santos*, 2022 SKCA 50, at paragraphs 49 and 50, and *Tim* at paragraph 82);
10. The “law is clear that an unreasonable belief by an officer that he or she has authority to detain or search (for example, an unreasonable belief that one has reasonable grounds to suspect) is not “good faith” conduct for the purpose of evaluating culpability at the first stage of *Grant* (see *R. v. Zacharias*, 2022 ABCA 112, at paragraph 39). Thus, “a mere absence of bad faith does not equate to good faith. In order for state misconduct to be characterized as a good faith error indicative of a less serious infringement of *Charter* rights, the state must show that the police acted in a manner consistent with what they subjectively, reasonably and non-negligently believed the law to be. Police conduct that demonstrates negligence towards compliance with *Charter* standards does not amount to good faith” (*Santos*, at paragraph 51);
11. While ignorance of the law is not good faith, good faith may sometimes be found when the police make a reasonable, non-negligent error in applying an established but indeterminate legal standard” (*Santos*, at paragraph 51 and *Tim*, at paragraph 85). Ultimately, “it is not necessary to place police conduct that amounts to a *Charter* violation into either a “good faith” or “bad faith” box. Good faith and bad faith lie at the opposite ends of the fault continuum, and there is plenty of room in between. What is important is not the legal label attached to the police conduct, but rather the proper placement of it along the fault line” (*Santos*, at paragraph 52);
12. At the more serious end of the culpability scale are wilful or reckless disregard of *Charter* rights, a systemic pattern of *Charter*-infringing conduct, or a major departure from *Charter* standards. Courts should dissociate themselves from such conduct because it risks bringing the administration of justice into disrepute. At the less serious end of the culpability scale are *Charter* breaches that are inadvertent, technical, or minor, or which reflect an understandable mistake. Such circumstances minimally undermine public confidence in the rule of law, and thus dissociation is much less of a concern” (*Tim*, at paragraph 82);
13. The second step involves a consideration of the “seriousness of the impact of the *Charter* breach on the *Charter*-protected interests of the accused” (*Grant*). This requires an evaluation of the degree to which the *Charter* violation impacted on the interests sought to be protected by the *Charter*. The intrusiveness of the breach which occurred is of particular importance in this step of the analysis (see *R. v. Morelli*, [2010] 1 S.C.R. 253). Thus, a distinction between searches involving residences and vehicles has been made (see *Morelli* and *Harrison*). The “more serious the impact on the accused’s constitutional rights, the more the admission of the evidence is likely to bring the administration of justice into disrepute” (see *R. v. Côté*, [2011] 3 S.C.R. 215, at paragraph 47). However, “the discoverability of the evidence is a relevant consideration in assessing the impact on the individual’s *Charter*-protected interests” (see *Le*, at paragraph 29), and it can serve to lessen the impact of a breach of the *Charter* (see *Côté*, at paragraph 72);

## LES 40 ANS DE LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS

paragraphe 93). « [L]’incidence de l’utilisation des éléments de preuve sur l’intérêt du public à ce que l’affaire soit jugée au fond – favorisera généralement l’utilisation des éléments de preuve lorsqu’il s’agit d’échantillons de substances corporelles. En effet, contrairement aux déclarations forcées, les éléments de preuve corporelle sont généralement fiables, et le risque d’erreur qui surgit nécessairement lorsque le juge des faits est privé d’éléments de preuve peut faire pencher la balance du côté de l’utilisation » (voir l’arrêt *Grant*, paragraphe 110);

15. Cela « ne signifie pas que l’admission de la preuve sera automatique simplement parce que la preuve est fiable. Même l’admission d’éléments de preuve extrêmement fiables est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice, si ceux-ci privent l’accusé d’un procès équitable ou s’ils représentent la tolérance d’une conduite inacceptable par les organes chargés des enquêtes et des poursuites » (*Santos*, paragraphe 71);
16. La gravité de l’infraction commise est un facteur dont il faut tenir compte (voir *R. v. Reddy*, 2010 BCCA 11, paragraphe 94, et *R. v. Stevens*, 2011 ONCA 504, paragraphe 62), bien qu’il ait été jugé dans l’arrêt *Grant* qu’il « peut jouer dans les deux sens » (paragraphe 84). Dans certains cas, la gravité de l’infraction sera un facteur « neutre » (voir *R. v. Martin*, [2010] N.B.J. n° 198 [C.A.], paragraphe 96), mais l’importance de la preuve pour les arguments de la poursuite de la Couronne est un facteur clé à ce titre (voir *Côté*);
17. Une fois que « [l]’arbre décisionnel » (voir l’arrêt *Grant*) a été appliqué et examiné, la quatrième ou dernière étape consiste à mettre en balance les répercussions respectives qu’aurait l’utilisation ou l’exclusion des éléments de preuve sur la considération dont jouit l’administration de la justice. L’aspect fondamental de la quatrième étape de l’analyse réside dans un examen de la gravité de la violation; du besoin pour le système judiciaire de se dissocier de certaines conduites policières; et de l’importance d’éléments de preuve fiables dans la recherche de la vérité (voir les arrêts *Harrison*, *Blake* et *Beaulieu*). Nulle considération ne doit l’emporter sur une autre (voir les arrêts *Côté* et *Cole*);
18. Si les réponses aux première et deuxième questions, examinées conjointement, présentent des arguments très convaincants en faveur de l’exclusion, la troisième question ne fera que très rarement, voire jamais, pencher la balance en faveur de l’admissibilité. Toutefois, si les deux premières questions, lorsqu’elles sont examinées conjointement, ne justifient pas l’exclusion de la preuve, la troisième question confirmera le plus souvent que l’administration de la justice n’est pas susceptible d’être déconsidérée par l’admission de la preuve (voir *Le*, paragraphes 141 et 142);
19. Cela ne signifie pas que les juges de première instance doivent ignorer l’ensemble des circonstances en cause ou qu’il existe maintenant une règle des « deux prises et la preuve est rejetée ». Un juge de première instance doit plutôt envisager « toutes les circonstances » et « situer la conduite policière sur un spectre de la faute, pondérer l’incidence de la violation des droits de l’accusé et tenir compte de l’intérêt de la société dans

le jugement de l’affaire, notamment la fiabilité de la preuve » (voir l’arrêt *Paradis*, paragraphe 19, et *R. v. Moyles*, 2019 SKCA 72, paragraphe 104);

20. L’objectif du paragraphe 24 (2) de la *Charte* est « à long terme, prospectif et sociétal » (voir *R. v. Mahmood*, 2011 ONCA 693 et *R. v. Dhillon*, [2012] B.C.J. n° 1188 [C.A.], paragraphe 78).

Depuis l’arrêt *Grant*, la Cour suprême a toujours soutenu que l’analyse du paragraphe 24(2) de la *Charte* comporte trois questions qu’il faut se poser, puis une mise en balance de ces critères pour statuer sur la question finale : l’admission de la preuve contestée est-elle susceptible de déconsidérer l’administration de la justice? Dans l’arrêt *Tim*, la Cour a réitéré cette approche, notant que « [c]haque facteur doit être évalué et mis en balance en vue du maintien à long terme de l’intégrité du système de justice et de la confiance du public à son égard [...] La mise en balance a un caractère prospectif : elle vise à faire en sorte que des éléments de preuve obtenus au moyen d’une violation de la *Charte* “ne déconsidèrent pas davantage le système de justice” (*Grant*, par. 69). La mise en balance a aussi un aspect sociétal : l’objectif n’est pas de punir la conduite des policiers, mais plutôt de s’attaquer aux conséquences systémiques “de l’utilisation d’éléments de preuve sur la considération à long terme portée au système de justice” » (paragraphe 98).

Bien qu’on doive se poser chaque question, aucune d’entre elles ne prédominera dans chaque affaire et aucune « règle prépondérante » ne régit la façon dont un tribunal doit trouver cet équilibre (*Grant*, paragraphe 86). Nulle considération ne doit « l’emporter [...] sur une autre », notamment la fiabilité de la preuve ou la gravité de l’accusation (*Côté*, paragraphe 48).

Puisqu’aucune formule mathématique ne s’applique au paragraphe 24(2), les juges peuvent différer d’opinion dans des circonstances données, pour déterminer si l’admission d’une preuve contestée est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice, car la mise en balance « ne constituera jamais une entreprise tout à fait objective » (*Paterson*, paragraphe 54). Dans l’arrêt *Paterson*, par exemple, en excluant les éléments de preuve contestés, la Cour a décrété qu’il « s’agit d’un cas où il est difficile de trancher » (paragraphe 54).

Cela peut être illustré par l’affaire bien particulière de *R. v. Keshavarz*, 2022 ONCA 312. Dans cette affaire, la Cour d’appel a conclu que les preuves obtenues de M. Keshavarz après une violation de l’alinéa 10b) de la *Charte* étaient admissibles. Toutefois, son coaccusé (M. Ghousy) a été acquitté, en vertu de l’exclusion prévue au paragraphe 24(2). La Cour d’appel a reconnu la difficulté qui s’est présentée en indiquant que « [c]ertains peuvent s’interroger sur le résultat pour M. Ghousy dans cette affaire : il a été acquitté en raison d’une exclusion en vertu du paragraphe 24(2) et, par conséquent, l’appelant ne devrait-il pas bénéficier du même avantage? Non. M. Ghousy pourrait bien avoir été l’heureux bénéficiaire d’une analyse constitutionnelle erronée. Il n’y a pas de droit constitutionnel stipulant que ces lacunes soient passées au suivant » (paragraphe 122).

Malgré les difficultés liées à l’application du critère de mise en balance, comme l’a souligné la Cour suprême, lors de l’évaluation d’une demande fondée sur le paragraphe 24(2), le juge doit « arriver à une conclusion raisonnée » (*Paterson*, paragraphe 54). Nous espérons que cet article aidera les juges à le faire. ▀

14. The third step in the analysis requires a consideration of the importance of the “truth-seeking function” of the trial process (see *Grant* and *R. v. Vu*, 2013 SCC 60, at paragraph 73). In this regard, the “reliability” of the evidence in issue becomes a crucial factor (see *Grant, Blake* and *R. v. Atkinson*, [2012] O.J. No. 2520 (C.A.), at paragraph 93). The “effect of admitting the evidence on the public interest in having a case adjudicated on its merits – will usually favour admission in cases involving bodily samples. Unlike compelled statements, evidence obtained from the accused’s body is generally reliable, and the risk of error inherent in depriving the trier of fact of the evidence may well tip the balance in favour of admission” (see *Grant*, at paragraph 110);
15. This “does not mean, that admission of evidence will be automatic just because the evidence is reliable. Disrepute to the administration of justice may result from admitting even highly reliable evidence that deprives the accused of a fair trial or amounts to condonation of unacceptable conduct by the investigatory and prosecutorial bodies” (*Santos*, at paragraph 71);
16. The seriousness of the offence committed is a factor for consideration (see *R. v. Reddy*, 2010 BCCA 11, at paragraph 94 and *R. v. Stevens*, 2011 ONCA 504, at paragraph 62), though it was held in *Grant* that it “has the potential to cut both ways” (at paragraph 84). In some cases the seriousness of the offence will be a “neutral” factor (see *R. v. Martin*, [2010] N.B.J. No. 198 (C.A.), at paragraph 96), but the importance of the evidence to the Crown’s case is a key factor under this heading (see *Côté*);
17. Once the “decision tree” (see *Grant*) has been applied and considered, the final or fourth step involves a balancing of the effect that admission of the evidence would have on the repute of the administration of justice versus the effect that excluding the evidence would have on the repute of the administration of justice. The key to the fourth step in the analysis is a consideration of the seriousness of the violation; the need for the judiciary to dissociate itself from certain police conduct; and the importance of reliable evidence in the search for truth (see *Harrison, Blake* and *Beaulieu*). No one consideration is to trump all others (see *Côté* and *Cole*);
18. If the first and second inquiries, taken together, make a strong case for exclusion, the third inquiry will seldom if ever tip the balance in favour of admissibility. However, if the first two inquiries, when considered together, do not support exclusion of the evidence, the third inquiry will most often confirm that the administration of justice would not be brought into disrepute by admitting the evidence (see *Le*, at paragraphs 141 and 142);
19. This does not mean that trial judges are to ignore the totality of the circumstances involved or that there is now a “two-strike and the evidence is out” rule. Rather, a trial judge must consider “all the circumstances” and “place the police conduct along a spectrum of fault, weigh the

impact of the breach on the accused’s rights, and consider society’s interest in the adjudication of the case, including the reliability of the evidence” (see *Paradis*, at paragraph 19 and *R. v. Moyles*, 2019 SKCA 72, at paragraph 104); and

20. The focus of section 24(2) of the *Charter* is “long-term, prospective and societal” (see *R. v. Mahmood*, 2011 ONCA 693 and *R. v. Dhillon*, [2012] B.C.J. No. 1188 (C.A.), at paragraph 78).

Since *Grant*, the Supreme Court has consistently held that section 24(2) *Charter* analysis requires a consideration of the three lines of inquiry and then a balancing of these criteria to determine the ultimate question: would the admission of the contested evidence bring the administration of justice into disrepute? In *Tim*, the Court reiterated this approach, noting that “[e]ach factor must be assessed and weighed in the balance, focussing on the long-term integrity of, and public confidence in, the administration of justice...The balancing is prospective: it aims to ensure that evidence obtained through a *Charter* breach ‘does not do further damage to the repute of the justice system’ (*Grant*, at para. 69). The balancing is also societal: the goal is not to punish the police, but rather to address systemic concerns by analyzing ‘the broad impact of admission of the evidence on the long-term repute of the justice system’” (at paragraph 98).

Though each line of inquiry must be considered, none of them will dominate in every case and there is no “overarching rule” that governs how a court must strike this balance (*Grant*, at para. 86). No one consideration will “trump other considerations”, including the reliability of the evidence or the seriousness of the charge (*Côté*, at paragraph 48).

Since section 24(2) is not subject to a mathematical formula, judges may differ in a given circumstances as to whether the admission of contested evidence will bring the administration of justice into disrepute because the balancing “will never be an entirely objective exercise” (*Paterson*, at paragraph 54). In *Paterson*, for instance, in excluding the contested evidence, the Court referred to it being “a close call” (at paragraph 54).

This can be illustrated by the curious case of *R. v. Keshavarz*, 2022 ONCA 312. In *Keshavarz*, the Court of Appeal concluded that evidence obtained from Mr. Keshavarz after a breach of section 10(b) of the **Charter**, was admissible. However, his co-accused (Mr. Ghousy), was acquitted based upon section 24(2) exclusion. The Court of Appeal recognized the difficulty that arose by indicating that “[s]ome may wonder about the result for Mr. Ghousy in this case: he was acquitted because of a s. 24(2) exclusion and, therefore, shouldn’t the appellant receive the same benefit? No. Mr. Ghousy may well have been the lucky recipient of a flawed constitutional analysis. There is no constitutional right to having those flaws played forward” (at paragraph 122).

Despite the difficulties in applying the balancing test, as the Supreme Court has pointed out, in assessing a section 24(2) application, the judge “must...come to a reasoned conclusion” (*Paterson*, at paragraph 54). Hopefully, this paper will help judges to do so. ▀

## LA CHARTE ET LE DROIT PRÉTORIEN

Juge Pierre Dupras,  
Cour du Québec chambre  
criminelle

L'avènement de la Charte canadienne des droits et libertés, il y a quarante ans déjà, a eu pour effet, c'est un euphémisme, de bouleverser la pratique du droit criminel dans toutes les juridictions et devant tous les tribunaux. Pour les avocats en devenir que nous étions ou encore pour ceux qui pratiquaient déjà, cette révolution, car ce n'était rien de moins, allait ouvrir à l'exploration des territoires tout neufs. J'avoue, en toute humilité, qu'alors sur les bancs de la Faculté de droit de l'Université de Montréal, je n'ai pas tout de suite saisi l'importance de l'événement et que je m'étonnais même qu'on en fasse tout un plat!

Pourtant, et pourtant...

Modifiant donc la pratique des avocats, la Charte a aussi, c'est un truisme cette fois, transformé en profondeur l'exercice de la fonction de juge. Au vrai, et c'est l'objet du commentaire qui suit, elle a donné un essor nouveau au droit prétorien, et ce à plusieurs niveaux. Ainsi, puisque la responsabilité de voir au respect des obligations constitutionnelles de l'État et de ses agents en matière de droits et libertés échoyait aux tribunaux, on les verra bientôt saisis de litiges où sont mises en cause les activités législatives de l'État ou les actions de ses agents. Ces débats amèneront des juges à invalider des lois adoptées par les législateurs ou encore à accorder les réparations idoines dans des cas de violations commises par des agents de l'État.

Ainsi résumées en quelques lignes, ces facettes des activités judiciaires engendrées par la mise en œuvre des garanties contenues à la Charte ne révèlent en rien l'étendue colossale qu'elles ont prises dans la pratique quotidienne des tribunaux. Les lecteurs du Journal sont nécessairement au fait de l'importance du temps consacré aux différentes requêtes de nature constitutionnelle, préliminaires ou non, et de la réflexion qui est nécessaire pour les trancher.

Cela étant, il va sans dire que dans un régime démocratique comme celui du Canada, la séparation des pouvoirs suppose une distinction entre le rôle du législateur et celui du juge qui doit assurer la primauté du droit. Dans un article publié à l'occasion du 25<sup>e</sup> anniversaire de la Charte<sup>1</sup>, Gilles David osait la réflexion suivante : « Pourtant, dans l'exercice de leurs missions respectives, les uns et les autres jouent parfois à front renversé lorsqu'il s'agit de droits fondamentaux. Face à ceux-ci, le juge est bien souvent protecteur et joue un rôle créateur, alors que le législateur hésite bien souvent à s'engager dans l'affirmation normative de droits dont le gain politique est relatif. Cette activité, pour certains cet

activisme judiciaire, n'est pas illogique lorsqu'on cherche à caractériser pragmatiquement la fonction du juge, celle-ci se rapproche naturellement de celle du législateur »<sup>2</sup>.

Cette affirmation, point de départ de notre réflexion, requiert quelques précisions surtout en ce qui concerne le rôle de créateur auquel il est fait référence.

Pour bien saisir ce rôle de création, il s'agira, d'entrée de jeu, de distinguer la loi du droit; la loi représente bien une partie du droit, mais le droit ne se confond pas totalement avec la loi. Les juges ne participant pas au débat politique amenant l'adoption des lois, ils ne créent évidemment pas de loi, mais ils font cependant du droit<sup>3</sup>.

Opposant la vision traditionnelle ou conservatrice du rôle du juge à celle du juge créateur de droit, le juge Lebel dans un article intitulé *La loi et le droit : la nature de la fonction créatrice du juge dans le système de droit québécois*<sup>4</sup> a eu cette réflexion savoureuse au sujet du premier type de juge : « Dans la forme la plus pure d'une conception étroite du rôle de la magistrature dans la société, le juge serait assimilé à un technicien des règles juridiques, appelé à identifier ou à reconnaître la règle de droit pertinente dans une situation de fait, à apprécier si elle s'applique à celle-ci et à tirer la conclusion inévitable de son constat. En somme, le juge serait un orfèvre du syllogisme<sup>5</sup> ».

Quelle chute percutante quand même, convenez-en!

Quant au juge créateur, particulièrement en droit criminel, il en dira que malgré la codification qui empêche (heureusement) de créer de nouveaux crimes<sup>6</sup>, les juges sont demeurés des agents actifs de l'évolution du droit pénal canadien en interprétant les lois et en créant aussi du droit; idem pour les juges dits constitutionnels.

Dans la même veine, mais poussant un peu plus loin peut-être, le juge Bastarache dans *M. c. H.*<sup>7</sup> nous parlait dès 1999 d'un dialogue avec le législateur : « Dans le cadre des garanties générales énoncées dans la Charte, il ne fait aucun doute que les juges se trouvent à partager avec le législateur la tâche de légiférer dans bon nombre de domaines. D'aucuns prétendent qu'il s'agit d'une situation regrettable qui est à l'origine d'une lutte irréductible entre les pouvoirs législatif et judiciaire. D'autres conçoivent différemment les rapports entre ces deux pouvoirs. J'ai souligné dans mes remarques préliminaires que la véritable tâche du tribunal consistait à collaborer et à dialoguer avec le législateur pour faire en sorte que la volonté

*Suite à la page 40 ►*

1 Gilles David, *Les 25 ans de la Charte canadienne des droits et libertés 2007, Le rôle du juge face aux droits fondamentaux garantis par des normes fondamentales : France-Canada, une vision croisée*, Barreau du Québec, Service de formation continue.

2 Ibidem à la page 144.

3 Louis LeBel, « La loi et le droit : la nature de la fonction créatrice du juge dans le système de droit québécois » (2015) 56:1 C de D 85 [LeBel, « Fonction créatrice »].

4 Ibidem

5 Ibidem au paragraphe 9.

6 Art. 9 du *Code criminel* en référence à la *common law*.

7 *M. c. H.* [1999] 2 R.C.S. 3 au paragraphe 328.



Jugde Pierre Dupras,  
Cour du Québec  
chambre criminelle

## THE CHARTER AND CASE LAW

The advent of the Canadian Charter of Rights and Freedoms, forty years ago, had the effect, to put it mildly, of revolutionizing the practice of criminal law in all jurisdictions and all courts. For the aspiring lawyers we were then, or for those who were already practicing, this revolution, for it was nothing less, did open up brand-new territories for exploration. I must humbly admit that, sitting at the time on the benches of the Faculty of Law at the Université de Montréal, I did not immediately grasp the importance of this event and was even surprised we were making such a fuss about it!

And yet, and yet...

The Charter has not only altered the practice for lawyers, but it has also, quite obviously, profoundly transformed the exercise of the judicial function. In fact, and this is the subject of the following commentary, it has given a new impetus to case law at various levels. Thus, since the responsibility for ensuring compliance with the constitutional obligations of the State and its agents regarding rights and freedoms rest with the courts, they were promptly called upon to settle disputes involving the legislative activities of the State or the actions of its agents. These debates have led judges to strike down laws passed by the legislature or to grant appropriate remedies in cases of violations committed by state agents.

Summarized like this in a few lines, the judicial activities generated by the implementation of the guarantees set out in the Charter do not reveal the massive extent to which they have become part of the daily practice of the courts. Readers of the *Journal* are certainly aware of the significant amount of time spent on various constitutional motions, preliminary or otherwise, and the careful consideration required to settle them.

However, it goes without saying that in a democratic system such as Canada's, the separation of powers implies a distinction between the role of the legislator and that of the judge who must uphold the rule of law. In an article published on the 25th anniversary of the Charter<sup>1</sup>, Gilles David ventured the following comment: "However, in the exercise of their respective missions, some actors occasionally play against themselves when it comes to fundamental rights. Faced with these actors, the judge often has a protective role and also plays a creator role, whereas the legislator is often reluctant to commit to a normative declaration of rights which have limited political benefits. This activity, that some call judicial

activism, is not unreasonable since, when one seeks to characterize the judicial function in a pragmatic matter, it comes naturally close to that of the legislator."<sup>2</sup>

This statement, which is the starting point of our reflection, requires some clarification, particularly with regard to the creator role it mentions.

In order to fully grasp this creator role, we must first of all establish a distinction between "legislation" and "law"; the legislation does form part of the law, but legislation is not totally identical to law. Since judges do not participate in the political debate that leads to the adoption of legislation, they obviously do not create legislation, but they do make law<sup>3</sup>.

Contrasting the traditional or conservative vision of the judicial role with that of the judge as creator of law, Justice Lebel, in an article entitled *La loi et le droit: la nature de la fonction créatrice du juge dans le système de droit québécois*<sup>4</sup> (legislation and the law: the nature of the creative function of the judge in the Quebec legal system), makes this astute observation about the first type of judge: "In the purest form of a narrow view of the role of the judiciary in society, the judge would be assimilated to a technician of legal rules, called upon to identify or recognize the relevant rule of law in a factual situation, to determine whether it applies to that situation and to draw the inevitable conclusion from his finding. In short, the judge would be a 'craftsman of syllogism'.<sup>5</sup>

What a powerful punchline though, you will agree!

As for the creative judge, particularly in criminal law, Justice Lebel says that despite consolidation, which (fortunately) prevents the creation of new crimes<sup>6</sup>, judges have remained active actors in the evolution of Canadian criminal law by interpreting legislation and creating law; the same goes for so-called constitutional judges.

In a similar vein, but going perhaps a step further, Justice Bastarache in *M. v. H.*<sup>7</sup> was speaking as early as 1999 of a dialogue with the legislature: "Within the framework of the general guarantees set out in the Charter, there is no doubt that judges share with legislators the task of legislating in many domains. Some argue that this unfortunate situation has led to an intractable struggle between the legislative and judicial branches. Others take a different view of the relationship between the two branches. I emphasized in my opening remarks that the

*Continued on page 41 ►*

1 Gilles David, *Les 25 ans de la Charte canadienne des droits et libertés 2007, Le rôle du juge face aux droits fondamentaux garantis par des normes fondamentales : France-Canada, une vision croisée*, Barreau du Québec, Service de formation continue.

2 Ibid., page 144.

3 Louis LeBel, « La loi et le droit : la nature de la fonction créatrice du juge dans le système de droit québécois » (2015) 56:1 C de D 85 [LeBel, « Fonction créatrice »].

4 Ibid.

5 Ibid., paragraph 9.

6 Section 9 of the *Criminal Code* referring to common law.

7 *M. v. H.* [1999] 2 SCR 3, paragraph 328.

## LA CHARTE ET LE DROIT PRÉTORIEN

► *Suite de la page 38*

démocratique puisse s'exprimer le plus clairement possible, à l'intérieur des limites imposées par la Charte ».

Naturellement, il y a des modulations à faire en ce qui concerne ce dialogue avec le législateur et ce ne seront évidemment pas toutes les causes émanant des tribunaux dits inférieurs qui serviront d'amorce à de pareils échanges, mais celles qui les engendreront auront sans doute commencé leurs cheminements devant une cour de première instance.

Cependant, ce qu'il importe de retenir de cet énoncé, c'est cette reconnaissance du partage de la responsabilité de *légiférer* entre le législateur et les tribunaux. Le juge ne peut évidemment créer ex nihilo de normes ou de règles, mais son pouvoir d'interprétation de la loi lui permettra incontestablement de créer du droit<sup>8</sup>.

Cet attribut, disons, essentiel de la fonction de juge, ce rôle de créateur qui lui est reconnu trouve sa manifestation la plus éclatante, à mon avis, dans l'interprétation et la mise en œuvre des garanties enchâssées dans la Charte. En effet, c'est là le moment par excellence de concevoir, de découvrir, de lancer de nouvelles interprétations, de nouvelles réparations ou de nouvelles solutions aux problèmes qui se posent.

Puisqu'il participe de l'essence même d'un texte comme la Charte d'être rédigé en termes généraux, il va de soi que l'interprétation et l'évolution de celle-ci soit l'apanage des Tribunaux. Ce sont eux qui ont la charge de cristalliser son contenu, de faire évoluer la teneur de ses garanties, de leurs réparations et les circonstances de leurs applications. Par

exemple, les principes de justice fondamentale auxquels il est fait référence à l'article 7 ne sont pas répertoriés et il appartiendra en propre aux tribunaux de les définir au fil des ans.

Puis en ce domaine, où la créativité des décideurs trouve cet espace à occuper, comment ne pas raviver le souvenir des commentaires formulés dès 1986 par trois juges de la Cour suprême dans l'arrêt *Mills*, un véritable appel à l'audace! Pour mémoire, à l'occasion de leurs rédactions respectives, en référence au paragraphe 24(1), les juges Lamer, McIntyre et La Forest, nous invitaient à ne pas hésiter à développer des réparations imaginatives et innovatrices lorsque cela est juste et convenable soulignant même qu'il était difficile de concevoir comment on pourrait attribuer aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire plus large et plus absolu, l'appropriation et la réduction duquel seraient même hors de la portée des tribunaux d'appel<sup>9</sup>.

Alors, où cela nous mène-t-il en rapport à cet « orfèvre du syllogisme »? À mon avis à l'inéluctable conclusion suivant laquelle le *décideur moderne*, tout en manifestant évidemment la déférence requise face aux choix du législateur, doit jouer pleinement son rôle de créateur du droit et que ce faisant il remplira sa fonction nécessaire dans la formation et l'évolution du système de droit canadien<sup>10</sup>. Dans cette logique, la Charte et la mise en œuvre de ses garanties s'avèrent un terreau fécond pour l'expression de cette créativité.

Puis, à ceux qui voudraient voir dans tout ça l'épouvantail de l'activisme judiciaire, il faut répondre que dans la voûte céleste, au-delà de la loi, il existe la constellation du droit. ▀

8 Supra note 1 à la page 145.

9 *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863 aux pages 887, 965 et 979.

10 Supra note 3 au paragraphe 3.



## THE CHARTER AND CASE LAW

► *Suite de la page 39*

true duty of the courts is to cooperate and have a dialogue with the legislature to ensure that the democratic will is expressed as clearly as possible, within the constraints imposed by the Charter.”

Of course, this dialogue with the legislature needs to be modulated, and not all cases originating in the so-called lower courts will trigger such a dialogue, but those that do will most likely have begun their journey before a trial court.

However, the important thing to take away from this comment is the recognition that the responsibility to *legislate* is shared between the legislature and the courts. The judges obviously cannot create norms or rules out of nothing, but their power to interpret the laws will undoubtedly enable them to create law<sup>8</sup>.

This, shall we say, essential feature of the judicial function, this creator role conferred upon it, finds its most striking expression, in my opinion, in the interpretation and implementation of the guarantees enshrined in the Charter. In fact, it is the ideal occasion for devising, discovering, and initiating new interpretations, new remedies, or new solutions to the issues at hand.

Since it is in the very essence of a text like the Charter to be drafted in general terms, it goes without saying that its interpretation and its evolution are the prerogatives of the Courts. They are the ones responsible for crystallizing its substance, advancing the content of its guarantees, their

remedies, and the circumstances of their application. For example, the principles of fundamental justice mentioned in section 7 are not listed and it is therefore up to the courts to define them over time.

In this area, where the creativity of decision-makers finds room to operate, how can we fail to recall the comments made by three Supreme Court justices in 1986 in *Mills v. The Queen*, which was a truly bold call! As a reminder, in their respective drafts, referring to section 24(1), Justice Lamer, Justice McIntyre and Justice La Forest urged us not to shy away from devising creative and innovative remedies where it is fair and proper, pointing out in fact that it was difficult to imagine how the courts could be given a broader and more absolute discretion, which even appellate courts could not obstruct or cut down<sup>9</sup>.

So where does this leave us in relation to our “craftsman of syllogism”? In my view, it leads to the unavoidable conclusion that *modern decision-makers*, while obviously showing due deference to the choices of the legislature, must play their full role as creators of the law. In so doing, they will fulfill their necessary function in the shaping and evolution of the Canadian legal system<sup>10</sup>. In this context, the Charter and the implementation of its guarantees prove to be fertile ground for the expression of this creativity.

And to those who would like to see in all this the bogeyman of “judicial activism”, we must respond that, in the celestial vault, beyond legislation, there is a constellation called “law”. ▀

8 See supra note 1 on page 145.

9 *Mills v. The Queen*, [1986] 1 SCR 863, page 887, 965 and 979.

10 See supra note 3 in paragraph 3.

## IL Y A QUARANTE ANS

Juge à la retraite  
Gerald Mitchell,  
Cour provinciale de  
l'Île-du-Prince-Édouard

Il y a quarante ans, l'article 24(2) de la toute nouvelle *Charte canadienne des droits et libertés* a radicalement modifié le droit canadien en ce qui concerne l'admissibilité des preuves obtenues de manière illégale.

Avant la création de la *Charte*, les preuves pertinentes et fiables étaient généralement admissibles devant les tribunaux canadiens, quelle que soit la façon dont elles avaient été obtenues. En 1970, la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *R. c. Wray*<sup>1</sup>, a statué que les tribunaux canadiens n'avaient pas de manière générale le pouvoir discrétionnaire d'exclure des preuves autrement admissibles, mais obtenues par des moyens inappropriés. En 1981, la Cour suprême a statué, dans l'affaire *R. c. Rothman*<sup>2</sup>, qu'une confession obtenue par le biais d'une ruse de la police ne pouvait pas être exclue.

Les décisions *Wray* et *Rothman* privilégiaient la fiabilité plutôt que l'équité ou l'intégrité du système judiciaire. Beaucoup étaient désillusionnés par cet état du droit et prônaient une réforme. En 1975, la Commission de réforme du droit du Canada a recommandé de permettre aux juges d'exclure des preuves dans des cas exceptionnels si leur utilisation lors d'un procès tendait à discréditer l'administration de la justice. Des recommandations similaires ont été formulées par la Commission de réforme du droit de l'Ontario en 1976 et par l'enquête MacDonald en 1981 portant sur des actes répréhensibles commis par la GRC.

La réforme a eu lieu lorsque la *Charte* est entrée en vigueur. L'article 24(2) de la *Charte* ordonne aux tribunaux d'exclure les éléments de preuve obtenus de façon inconstitutionnelle s'il est établi, eu égard à toutes les circonstances, que leur utilisation discréditerait sur l'administration de la justice. Les tribunaux doivent exclure de tels éléments de preuve, peu importe leur fiabilité, leur valeur probante, leur importance pour la cause de la Poursuite ou la gravité de l'infraction. L'article 24(2) fait partie, en vertu de l'article 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, de la loi suprême du Canada.

L'article 24(2) constitue un tournant radical en matière de priorité et d'orientation par rapport aux approches adoptées dans *Wray* et *Rothman*. La juge McLachlin (comme elle l'était à l'époque) a déclaré dans l'affaire *R. c. Hebert*<sup>3</sup> : « Le raisonnement à l'origine de l'arrêt *Wray*, qui a incité la

majorité dans l'arrêt *Rothman* à conclure qu'une confession obtenue au moyen d'un artifice des policiers ne pouvait être écartée, n'a pas sa place dans la *Charte*. Affirmer qu'il n'existe aucun pouvoir discrétionnaire d'écartier une déclaration en raison de son caractère inéquitable pour le suspect et de l'atteinte à l'intégrité du système judiciaire, comme l'a fait la majorité dans l'arrêt *Rothman*, est contraire à la philosophie fondamentale de la *Charte*. »

Pour déterminer si l'admissibilité d'un élément de preuve obtenu illégalement pourrait discréditer l'administration de la justice, l'article 24(2) ordonne aux tribunaux de juger cela « eu égard aux circonstances ». Le cadre original pour faire cela a été établi en 1987 par la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Collins*.<sup>4</sup> Le cadre *Collins* a été précisé dix ans plus tard dans l'arrêt *R. c. Stillman*.<sup>5</sup>

Selon l'arrêt *Collins*, un tribunal saisi d'une demande en vertu de l'article 24(2) devait envisager les facteurs relatifs (1) à l'effet de la violation sur l'équité du procès, (2) à la gravité de la violation et (3) au fait que l'exclusion de cette preuve discréditerait l'administration de la justice. Toutefois, si cela avait un impact négatif sur l'équité du procès, la preuve était généralement exclue sans tenir compte des deuxième et troisième facteurs. Le raisonnement sur l'équité du procès a conduit à l'exclusion presque automatique des preuves non susceptibles d'être découvertes et obtenues en mobilisant l'accusé contre lui-même à cause du fait que leur admission rendrait le procès inéquitable et que rien ne pourrait jeter un plus grand discrédit sur l'administration de la justice qu'un procès inéquitable.

Ce point de vue a été renforcé et amplifié par l'arrêt *Stillman*, où le critère *Collins* a été confirmé et la catégorie des preuves obtenues en mobilisant l'accusé contre lui-même a été considérablement élargie.<sup>6</sup> À la suite de *Stillman*, les preuves obtenues en mobilisant l'accusé contre lui-même échapperaient généralement à l'exclusion uniquement si la Poursuite pouvait démontrer qu'elles auraient pu être découvertes en l'absence de toute violation.<sup>7</sup> Les critiques de l'approche *Collins/Stillman* ont affirmé que celle-ci aboutissait à trop d'exclusions fondées sur des motifs d'équité du procès et trop peu d'exclusions fondées sur des motifs de gravité de la violation.

Suite à la page 44 ►

1 [1971], RCS 272.

2 [1981], 1 RCS 640.

3 [1990], 2 RCS 151 au paragr. 158.

4 *R. c. Collins* [1987] 1 RCS 265.

5 [1997] 1 RCS 607.

6 *Stillman*, note 6, au paragr. 81, l'arrêt stipule qu'une preuve est obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même lorsque celui-ci, en violation des droits que lui confère la *Charte*, est forcé de s'incriminer lui-même à la demande de l'État au moyen d'une déclaration, de l'utilisation de son corps ou de la production d'échantillons corporels.

7 *Stillman*, note 6, aux paragr. 102 à 118.



Retired Judge  
Gerald Mitchell,  
Provincial Court of  
Prince Edward Island

## FORTY YEARS AGO

Forty years ago, s. 24(2) of the brand-new Canadian Charter of Rights and Freedoms dramatically altered Canadian law regarding the admissibility of illegally obtained evidence.

Prior to the advent of the Charter, relevant and reliable evidence was generally admissible in Canadian courts regardless of how it was obtained. In 1970 the Supreme Court of Canada in *R. v. Wray*<sup>1</sup> held that Canadian courts had no general discretion to exclude otherwise admissible evidence derived or obtained through improper means. In 1981 the Supreme Court ruled in *R. v. Rothman*<sup>2</sup> that a confession obtained by a police trick could not be excluded.

The *Wray* and *Rothman* decisions valued reliability over fairness or the integrity of the judicial system. Many were disillusioned by this state of the law and advocated for change. In 1975 the Law Reform Commission of Canada recommended allowing judges to exclude evidence in exceptional cases if its use in the proceedings would tend to bring the administration of justice into disrepute. Similar recommendations followed from the Ontario Law Reform Commission in 1976 and the 1981 MacDonald Inquiry concerning wrongdoing by the RCMP.

Change occurred when the Charter came into force. Section 24(2) of the Charter directs courts to exclude unconstitutionally obtained evidence if it is established having, regard to all the circumstances, its admission would bring the administration of justice into disrepute. The courts must exclude such evidence regardless of its reliability, probative value, importance to the Crown's case or the seriousness of the crime. Section 24(2) is, by virtue of section 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, part of the supreme law of Canada.

Section 24(2) constitutes a radical change of emphasis and direction from the *Wray* and *Rothman* approaches. McLachlin J. (as she then was), said in *R. v. Hebert*<sup>3</sup> "The logic on which *Wray* was based, and which led the majority in *Rothman* to conclude that a confession obtained by a police trick could not be excluded, finds no place in the Charter. To say there is no discretion to exclude a statement on grounds of unfairness to the suspect and the integrity of the judicial system, as did the majority in *Rothman*, runs counter to the fundamental philosophy of

the Charter."

In determining if the admission of unlawfully obtained evidence could bring the administration of justice into disrepute, s. 24(2) instructs courts to have "regard to all the circumstances". The original framework for doing so was set forth in 1987 by the Supreme Court in *R. v. Collins*.<sup>4</sup> The *Collins* framework was added to 10 years later in *R. v. Stillman*.<sup>5</sup>

According to *Collins*, a court faced with an application under s. 24(2) was to consider factors relating to (1) the effect of the violation on trial fairness, (2) the seriousness of the breach, and (3) the disrepute to the administration of justice that would be caused by exclusion. However, if trial fairness was negatively impacted, the evidence was generally excluded without reference to the second and third factors. The trial fairness rationale led to the almost automatic exclusion of undiscoverable conscriptive evidence on the basis that its admission would render the trial unfair and nothing could bring greater disrepute to the administration of justice than an unfair trial.

This view was reinforced and compounded by *Stillman* where the *Collins* test was affirmed and the category of conscriptive evidence was greatly expanded.<sup>6</sup> After *Stillman*, conscriptive evidence would generally only escape exclusion if the Crown could show that it was discoverable, absent the violation.<sup>7</sup> Critics of the *Collins/Stillman* approach claimed it produced too many exclusions on trial fairness grounds and too few on seriousness of the breach grounds.

In the landmark 2009 case of *R. v. Grant*,<sup>8</sup> the Supreme Court made significant revisions to the analytical framework set by *Collins/Stillman*. As a result, trial fairness is no longer a discrete stage of the s. 24(2) analysis, and the exclusion of undiscoverable conscriptive evidence is no longer near automatic. The *Grant* majority said that in their view "trial fairness is better conceived as an overarching systemic goal rather than as a distinct stage of the 24(2) analysis".

Under the revised approach a court faced with an application under s. 24(2) must assess and balance the effect of admitting the illegally obtained evidence on

*Continued on page 45* ►

1 [1971], S.C.R. 272.

2 [1981], 1 S.C.R. 640.

3 [1990], 2 S.C.R. 151 at p. 158.

4 *R. v. Collins* [1987] 1 S.C.R. 265

5 [1997] 1 S.C.R. 607.

6 *Stillman*, note 6, at para. 81 held that evidence is conscriptive when an accused, in violation of his or her charter rights, is compelled to incriminate him or herself at the behest of the state by means of a statement, the use of the body or the production of bodily samples.

7 *Stillman*, note 6, at paras. 102-118.

8 *R. v. Grant*, [2009] 2 S.C.R. 353.

## IL Y A QUARANTE ANS

► *Suite de la page 42*

Dans une affaire de 2009 qui a fait date, *R. c. Grant*,<sup>8</sup> la Cour suprême a apporté des révisions importantes au cadre analytique établi par *Collins/Stillman*. Ainsi, la question de l'équité du procès n'est plus une étape distincte de l'analyse de l'article 24(2), et l'exclusion des éléments de preuve obtenus en mobilisant l'accusé contre lui-même et non susceptibles d'être découverts autrement n'est plus quasi automatique. La majorité dans l'arrêt *Grant* a déclaré qu'à son avis, « il convient davantage de concevoir l'équité du procès comme un but systémique général plutôt que comme une étape distincte de l'analyse requise par le par. 24(2) ».

Selon cette approche révisée, un tribunal saisi d'une demande en vertu de l'article 24(2) doit évaluer et mettre en balance l'impact de l'admission d'éléments de preuve obtenus illégalement sur la confiance du public dans l'intégrité du système de justice en tenant compte (1) de la gravité de la conduite attentatoire de l'État, (2) de l'incidence de la violation sur les intérêts de l'accusé protégés par la *Charte* et (3) de l'intérêt de la société à ce que les faits soient jugés sur le fond. Selon la majorité dans l'arrêt *Grant*, ces trois questions à examiner couvrent « toutes les circonstances de l'affaire ». Dans l'arrêt *Grant*, il a également été jugé que si la preuve n'était pas susceptible d'être découverte, cela ne devait avoir aucune incidence sur l'analyse de l'article 24(2).

Le cadre de l'arrêt *Grant* a été réaffirmé par la Cour suprême aussi récemment qu'en 2021 dans l'affaire *R. c. Reilly*<sup>9</sup>. Dans cette affaire, la Cour a jugé que le juge de première instance

avait commis une erreur en ne procédant pas à l'exercice de mise en balance globale imposé par l'arrêt *Grant*. Le juge Moldaver, s'exprimant au nom d'une Cour unanime, a déclaré : « Le texte de l'arrêt *Grant* est clair : cette mise en balance se fait à la fin. Les juges doivent d'abord décider si chacun des trois facteurs milite en faveur de l'admission ou de l'exclusion de la preuve avant de se demander si – eu égard à l'ensemble des facteurs – l'admission de la preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Procéder à la mise en balance globale au sein des deux premiers facteurs énoncés dans *Grant* [comme l'a fait le juge de première instance] a pour effet d'affaiblir tout pouvoir d'exclusion que pourraient avoir ces facteurs. Ce type d'analyse compromet l'objectif et l'application du par. 24(2). »

Le cadre de l'approche *Grant* donne aux juges de première instance davantage de pouvoir discrétionnaire et de flexibilité. Toutefois, il minimise l'importance du principe d'équité du procès et du principe s'opposant à ce que l'accusé s'incrimine lui-même. En outre, la deuxième question à examiner au sein de ce cadre semble se limiter à l'examen de l'impact sur le droit violé par la police. Parfois, la gravité d'une violation par la police et l'impact sur le droit violé de l'accusé peuvent être mineurs, mais l'admission d'un élément de preuve auto-incriminant et obtenu illégalement peut avoir un impact dévastateur sur sa vie, sa liberté et sa sécurité.

Il sera intéressant de voir comment la jurisprudence relative à l'article 24(2) continuera d'évoluer. ▀

<sup>8</sup> *R. c. Grant* [2009] 2 RCS 353.

<sup>9</sup> 2021 SCC 38.

## **FORTY YEARS AGO**

► *Continued from page 43*

public confidence in the integrity of the justice system having regard to (1) the seriousness of the state action, (2) the impact on the accused's charter-protected interests and (3) society's interest in having an adjudication on the merits. According to the *Grant* majority these three lines of inquiry capture "all the circumstances" of the case. The *Grant* case also held that if evidence was undiscoverable, it was to have no impact on the s 24(2) analysis.

The *Grant* framework has been reaffirmed by the Supreme Court as recently as 2021 in *R. v. Reilly*<sup>9</sup>. In that case the Court held that the trial judge had erred by improperly conducting the overall balancing exercise required by *Grant*. Moldaver J. writing for a unanimous Court said "The language of *Grant* is clear: [the] overall balancing occurs at the end. Judges must first consider whether each of the three factors weigh in favor of inclusion or exclusion of the evidence before asking whether – having regard to all factors – inclusion of the evidence would bring

the administration of justice into disrepute. Conducting overall balancing within the first two *Grant* factors [ as the trial judge did] waters down any exclusionary power these factors may have. This type of analysis undermines the purpose and application of s. 24(2)."

The *Grant* approach framework gives trial judges more discretion and flexibility. However, it downplays the importance of trial fairness and the principle against self-incrimination. Furthermore, the second inquiry under the framework seems to be confined to consideration of the impact on right infringed by the police. Sometimes the seriousness of a violation by the police and the impact on the accused's breached right could be minor yet the admission of the illegally obtained self-incriminating evidence could have a devastating impact onto his or her life, liberty, and security.

It will be interesting to see how the s. 24(2) jurisprudence continues to evolve. ▀

<sup>9</sup> 2021 SCC 38.



**JOIGNEZ-VOUS  
À NOUS POUR  
LE CONGRÈS  
2022 DE L'ACJCP  
À HALIFAX  
DÉTAILS EN PAGE 64**

**PLEASE JOIN  
US FOR THE  
CAPCJ 2022  
CONFERENCE  
IN HALIFAX  
DETAILS ON PAGE 65**

## LE DIALOGUE INSTITUTIONNEL ET LE RÔLE DES TRIBUNAUX DE PREMIÈRE INSTANCE : À QUI CELA REVIENT-IL?

Dans le cadre de leur examen érudit de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la *Charte*), Peter Hogg et Allison Bushell ont utilisé la métaphore du dialogue entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif pour décrire l'évolution des relations entre ces branches du gouvernement. Cette métaphore leur a servi d'outil pour comprendre et atténuer la tension sous-jacente entre les gouvernements élus et le rôle élargi du pouvoir judiciaire d'annuler des lois qui relèvent normalement de l'autorité constitutionnelle du gouvernement. Cette tension a été décrite de la manière suivante :

[TRADUCTION] En vertu de la *Charte*, les juges, qui ne sont pas élus à leur fonction et n'ont pas à rendre compte de leurs actes, sont investis du pouvoir d'annuler des lois qui ont été adoptées par les représentants dûment élus du peuple.<sup>1</sup>

Cet article, et la vague de publications qui a suivi, ont circonscrit le dialogue entre le pouvoir législatif et l'ultime palier du pouvoir judiciaire – la Cour suprême du Canada.

Quel intérêt pourrait présenter cette discussion pour ceux d'entre nous qui travaillent en première ligne au premier palier du pouvoir judiciaire? Je suggère qu'en tant que juges de première instance, notre travail de rédaction des motifs remplit trois fonctions essentielles dans ce dialogue, même si nous ne sommes pas directement engagés ou invités dans la conversation finale. Je suggère par là que l'analogie devrait être élargie pour comporter une explication et une défense du processus de délibération et de discussion rationnel et civil. Sur de trop nombreux fronts dans la société virtuelle et réelle, le concept de dialogue rationnel fondé sur des preuves et sur l'application de principes établis fait lui-même l'objet d'attaques constantes. C'est particulièrement le cas lorsque les questions sont litigieuses, complexes et chargées d'émotion. À titre de juges de première instance, nos motifs de décision, et tout particulièrement nos motifs écrits, peuvent décrire et renforcer l'importance de ces processus et principes fondamentaux dans une démocratie. Peut-être qu'autrefois, ces principes de base pouvaient être « pris littéralement » et que, bien que les processus de délibération et de prise de décision des tribunaux aient été plus formels, ils partageaient ces éléments généraux avec d'autres structures importantes de prise de décision et de discussion dans la société civile. Je crains que ce ne soit plus le cas et que, sous la pression insidieuse et corrosive de « la monétisation de l'indignation », ces éléments fondamentaux de la société civile soient eux-mêmes menacés.<sup>2</sup>

### Façonner la conversation constitutionnelle

L'établissement minutieux des faits fournit le cadre et le contexte dans lesquels les questions constitutionnelles sont réglées. Il s'agit d'un travail essentiel. De nombreuses questions cruciales ont été résolues en fonction du contexte et des paramètres découlant des faits établis par les tribunaux de première instance. Les décisions rendues en première instance sur des affaires similaires peuvent également illustrer l'éventail des situations dans lesquelles ces questions surgissent.

Les tribunaux de première instance sont les premiers à affronter les nouveaux arguments qui découlent de l'évolution du droit et de la société. Cela nous place à l'avant-garde des développements itératifs et évolutifs du droit et nous donne la responsabilité de lancer le dialogue institutionnel qui suivra.

Les recueils de décisions de première instance peuvent également contribuer à fournir des exemples pratiques d'affaires qui soulèvent des préoccupations relatives à la *Charte*. Par exemple, pour déterminer si une peine minimale obligatoire est manifestement disproportionnée, les arrêts publiés révèlent la portée de l'infraction en question et illustrent les circonstances factuelles qui peuvent contribuer à cette analyse.<sup>3</sup>

Un rôle rare, mais plus direct, dans ce dialogue peut surgir dans des circonstances qui permettent de réexaminer d'anciennes décisions contraignantes à la lumière de faits nouveaux en matière juridique ou sociétale. On peut citer par exemple le réexamen du *Renvoi sur la prostitution* et de l'aide médicale à mourir. Toutefois, la marge de manœuvre des cours provinciales dans ces circonstances peut être restreinte, car ces juges n'ont pas la même autorité interprétative que leurs homologues nommés en vertu de l'article 96. Il faut également tenir compte des principes de retenue judiciaire et d'économie.<sup>4</sup>

#### *Le Renvoi sur la prostitution*

La décision rendue en 2010 par le juge Himel de la Cour supérieure de l'Ontario dans l'affaire *Bedford c. Canada* constitue un exemple frappant de l'application du principe *stare decisis* dans une situation où les circonstances juridiques et sociales ont considérablement changé, ainsi

Suite à la page 48 ►

1 *The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All)*, (1997) 35 Osgoode Hall LJ 75-124.

2 L'impact des algorithmes d'intelligence artificielle qui sont conçus pour promouvoir « l'engagement » avec et au sein de leurs plateformes respectives en valorisant le contenu et les réactions furieuses devient évident. Voir par exemple, « Facebook's dark design : It's not just the algorithms », Princeton University Press, disponible en ligne à [Facebook's dark design : It's not just the algorithms | Princeton University Press](#), « Facebook Tried to Make Its Platform a Healthier Place. It Got Angrier Instead », The Wall Street Journal, disponible par accès payant à [Facebook Tried to Make Its Platform a Healthier Place. It Got Angrier Instead. - WSJ](#).

3 *R c. Nur* 2015 CSC 15 au paragraphe 72.

4 *R c. Lloyd* 2016 CSC 13 au paragraphe 18.



Judge Joshua Hawkes,  
Provincial Court  
of Alberta

## INSTITUTIONAL DIALOGUE AND THE ROLE OF TRIAL COURTS: WHOSE LINE IS IT ANYWAY?

In the academic consideration of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the *Charter*), Peter Hogg and Allison Bushell used the metaphor of dialogue between the Courts and the Legislature as one way of describing the changed relationship between these branches of government. It was used as a means to understand and resolve the underlying tension between elected governments and the expanded role of the judiciary to strike down laws otherwise within the constitutional authority of government. That tension was described as follows:

Under the Charter, judges, who are neither elected to their offices nor accountable for their actions, are vested with the power to strike down laws that have been made by the duly elected representatives of the people.<sup>1</sup>

That article and the wave of literature that followed confined the dialogue between the legislative branch and the final level of the judicial branch – the Supreme Court of Canada.

What possible interest could there be in that discussion for those of us working on the front lines at the first level of the judicial branch? I suggest that our work in giving reasons as trial judges performs three vital roles in that dialogue, even though we might not be directly involved in or invited to the final conversation. In doing so I suggest that the analogy should be broadened to include an explanation and defence of the process of rational, civil deliberation and discussion. On far too many fronts in virtual and physical society, the concept of rational dialogue based on evidence and the application of settled principles is itself under sustained assault. That is particularly the case when the issues are contentious, complex, and emotionally charged. As trial judges, our reasons for judgement, and especially our written reasons can describe and reinforce the importance of these foundational processes and principles in a democracy. Perhaps in earlier times these basic principles could be “taken as read”, and that while the deliberative and decision-making processes of the courts were more formal, they shared these basic elements with other important forms of decision making and discussion in civil society. I fear that may no longer be the case, and that under the insidious and corrosive pressure of “monetized outrage” these foundational elements of civil society are themselves under threat.<sup>2</sup>

### Shaping the Constitutional Conversation

Findings of fact carefully made provide the framework and context in which constitutional questions are determined. This is essential work. Many critical issues have been resolved based on the context and parameters established by the facts found by trial courts. Trial decisions on related cases can also illustrate the range of circumstances in which these issues occur.

Trial courts are the first to confront novel arguments that arise from changes in the law or changes in society. That places us at the forefront of the iterative and evolutionary development of the law and gives us the responsibility to initiate the institutional dialogue that will follow.

Collections of trial decisions may also assist in providing practical examples of where *Charter* concerns arise. For example, in determining whether a mandatory minimum sentence is grossly disproportionate, reported decisions reveal the scope of the offence in question and illustrate the factual circumstances that may assist in that analysis.<sup>3</sup>

A rare, but more direct role in that dialogue can occur in circumstances that permit reconsideration of prior binding cases in light of new legal or societal developments. Examples include reconsideration of the *Prostitution Reference*, and medical assistance in dying. However, the opportunity of Provincial Courts in these circumstances may be attenuated as statutory courts do not have the same declaratory authority as their s.96 counterparts. The principles of judicial restraint and economy must also be considered.<sup>4</sup>

#### *Prostitution Reference*

The 2010 decision of Justice Himel of the Ontario Superior Court in *Bedford v Canada* provides a compelling example of both the application of *stare decisis* in circumstances where the legal and social circumstances have changed significantly, and of the critical importance of careful findings of fact.

While a full treatment of the impact of *Bedford* on *stare decisis* is well beyond the scope of this article, it remains a key element in the decision of the trial judge in that case, as upheld and narrowed by the Court of Appeal and Supreme Court of Canada.<sup>5</sup> Importantly, that Court agreed with the

*Continued on page 49* ►

1 *The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All)*, (1997) 35 Osgoode Hall LJ 75-124

2 The impact of artificial intelligence algorithms that are designed to promote “engagement” with, and within their respective platforms by elevating angry content and responses are becoming clear. See for example, “Facebook’s dark design: It’s not just the algorithms”, Princeton University Press, available online at Facebook’s dark design: It’s not just the algorithms | Princeton University Press, “Facebook Tried to Make Its Platform a Healthier Place. It Got Angrier Instead”, The Wall Street Journal, available behind paywall at Facebook Tried to Make Its Platform a Healthier Place. It Got Angrier Instead. - WSJ

3 *R v Nur* 2015 SCC 15 at para 72

4 *R v Lloyd* 2016 SCC 13 at para 18

5 *Bedford v Canada*, 2010 ONSC 4264 at para’s 67-83, 2012 ONCA 186, at para’s 64-85, 2013 SCC 72 at para’s 38-47

## LE DIALOGUE INSTITUTIONNEL ET LE RÔLE DES TRIBUNAUX DE PREMIÈRE INSTANCE : À QUI CELA REVIENT-IL?

► *Suite de la page 46*

que de l'importance cruciale de l'établissement minutieux des faits.

Bien qu'un traitement complet de l'impact de l'arrêt *Bedford* sur la doctrine *stare decisis* dépasse largement la portée de cet article, cela demeure un élément clé de la décision du juge de première instance dans cette affaire, telle que confirmée et précisée par la Cour d'appel et la Cour suprême du Canada.<sup>5</sup> Il est important de noter que cette cour a souscrit à la proposition selon laquelle « une juridiction inférieure ne doit pas s'en tenir au rôle de [TRADUCTION] "simple exécutant" qui constitue un dossier et tire des conclusions sans se livrer à une analyse du droit ». <sup>6</sup> La vision du *stare decisis* qui se dégage de ces autorités et d'autres décrit les circonstances dans lesquelles un tribunal de première instance peut entreprendre une nouvelle analyse de sources plus anciennes à la lumière de principes juridiques, de preuves et d'arguments nouveaux.<sup>7</sup>

L'établissement des faits par le juge de première instance a été essentiel pour donner forme à l'analyse juridique et constitutionnelle de la Cour d'appel et de la Cour suprême du Canada. Cela n'a pas été une mince tâche que de distiller le volume énorme des preuves et des arguments dans cette affaire, soit quatre-vingt-huit volumes et plus de 25000 pages, en vue d'établir les faits qui ont servi de fondement à l'analyse et à l'évolution juridiques qui ont suivi.

### *L'aide médicale à mourir*

La trajectoire judiciaire de l'affaire *Carter c. Canada* présente des ressemblances frappantes avec celle de l'affaire *Bedford*. Dans l'affaire *Carter*, le juge de première instance faisait également face à une décision exécutoire sur la question et à un argument visant à mettre cette décision de côté à la lumière de nouveaux arguments constitutionnels, médicaux et juridiques.<sup>8</sup> De même, l'établissement des faits par le juge de première instance a été crucial à la résolution de cette question par la Cour suprême du Canada.<sup>9</sup>

Un aspect unique de cet exemple est la tension entre la réponse législative initiale à l'arrêt *Carter* contenue dans le *projet de loi C-14* (qui a reçu la sanction royale le 17 juin 2016) et la portée de la décision dans l'affaire *Carter*. Cette tension a abouti à des litiges dans plusieurs juridictions. Toutefois, c'est la décision du juge de première instance dans l'affaire *Truchon c. Canada*<sup>10</sup> qui a entraîné une réponse législative immédiate du Parlement par le biais du *projet de loi C-7* (qui a reçu la sanction royale le 17 mars 2021). Le lien direct entre cette décision et le projet de loi était explicite, tant dans le préambule du projet de loi que dans les débats à son sujet.

### *Un nouvel outil législatif dans le dialogue*

Les modifications apportées à la *Loi sur le ministère de la Justice* en 2019 exigent désormais qu'un « énoncé concernant la Charte » soit déposé en liaison avec chaque projet de loi du gouvernement présenté à l'Assemblée législative. Ces brèves déclarations sont disponibles en ligne et sont des appuis à l'éducation et à la transparence plutôt que des guides d'interprétation ou des avis juridiques.<sup>11</sup>

### Conclusion

Le rôle des juges et des décisions de première instance dans le dialogue institutionnel est crucial dans une société démocratique. En plus des rôles juridiques et factuels qu'ils jouent, je suggère qu'ils jouent également un rôle essentiel dans l'explication des principes fondamentaux du droit, ainsi que dans l'illustration et la défense d'un processus de délibération et de prise de décision rationnel et civil. Dans une démocratie, il est essentiel de comprendre ces principes et d'observer leur application, en particulier dans les affaires complexes et controversées. Nous sommes particulièrement bien positionnés pour aider le public à comprendre ces principes et pour démontrer leur application dans tout le travail que nous faisons et nous avons à mon avis l'obligation de le faire. ▀

5 *Bedford c. Canada*, 2010 ONSC 4264, paragraphes 67-83, 2012 ONCA 186, paragraphes 64-85, 2013 CSC 72, paragraphes 38-47.

6 *Bedford* (CSC), paragraphes 43-5.

7 À ce sujet, consulter aussi *Carter v Canada* 2015 CSC 5, paragraphes 43-48.

8 *Carter v. Canada* 2012 BCSC 886, paragraphes 898-901, 911-947, 971-973, 999-1008, 1158-1171, 1202-1217, 1238-1244, 1264-1285, 1365-1378, *Carter v Canada* 2013 BCCA 435, paragraphes 263-271, 308-316 où la majorité était en désaccord avec le juge de première instance et la Cour d'appel dans *Bedford*. La Cour suprême du Canada a confirmé l'approche adoptée par le juge de première instance et la vision atténuée du *stare decisis* qu'elle a formulé dans sa propre décision dans l'arrêt *Bedford* 2015 CSC 5, aux paragraphes 28, 42-48, 63.

9 *Carter* (CSC), paragraphes 3, 23-28, 57-58, 65-9, 85-8, 90, 103-107, 109, 115-121.

10 2019 QCCS 3792, voir aussi les décisions 2020 QCCS 772 et 2020 QCCS 2019

11 Ces énoncés sont répertoriés par session parlementaire sous *Le système de justice du Canada - Énoncés concernant la Charte*



## INSTITUTIONAL DIALOGUE AND THE ROLE OF TRIAL COURTS: WHOSE LINE IS IT ANYWAY?

► *Continued from page 47*

proposition that trial courts do not serve as “mere scribes, creating a record and findings without conducting a legal analysis”.<sup>6</sup> The view of *stare decisis* that emerges from these and other authorities describes the circumstances in which a trial court may undertake a new analysis of older authorities in light of new legal principles, evidence, and argument.<sup>7</sup>

The findings of fact made by the trial judge were essential in shaping the legal and constitutional analysis of the Court of Appeal and Supreme Court of Canada. It was no small task to distil the voluminous evidence and submissions in that case, eighty-eight volumes over 25,000 pages, into the findings of fact that would provide the foundation for the legal analysis and development that followed.

### *Medical Assistance in Dying*

The legal trajectory of *Carter v Canada* bears some striking similarities to *Bedford*. In *Carter*, the trial judge was also confronted with a binding decision on the issue and an argument to distinguish that decision in light of new constitutional, medical, and legal arguments.<sup>8</sup> Similarly, the findings of fact made by the trial judge were critical in the resolution of the issue by the Supreme Court of Canada.<sup>9</sup>

A unique aspect of this example is the tension between the initial legislative response to *Carter* contained in *Bill C-14* (which received Royal Assent on June 17, 2016) and the scope of the decision in *Carter*. This tension resulted in litigation in several jurisdictions. However, it was the decision of the

trial judge in *Truchon v Canada* that resulted in an immediate legislative response from Parliament in Bill C-7 (which received Royal Assent on March 17, 2021). The direct link between that decision and the Bill was explicit, both in the preamble, and in the debates surrounding that legislation.<sup>10</sup>

### *A New Legislative Voice in the Dialogue*

Changes to the *Department of Justice Act* in 2019 now require a “Charter Statement” to be tabled in relation to every government Bill introduced in the legislature. These brief statements are available online and are aids to education and transparency rather than interpretive guides or legal opinions.<sup>11</sup>

### Conclusion

The role of trial judges and trial judgments in institutional dialogue is vital in a democratic society. In addition to the legal and factual roles that those reasons provide, I suggest that they also perform a vital role in explaining fundamental principles of law, and in exemplifying and defending the process of rational and civil deliberation and decision making. Understanding those principles and witnessing their application especially in complex and controversial matters is essential in a democracy. We are uniquely situated, and I suggest obligated, to assist the public in understanding and demonstrating the application of those principles in all of the work that we do. ▀

6 *Bedford* (SCC) at para’s 43-5

7 In this regard, see also *Carter v Canada* 2015 SCC 5 at para’s 43-48

8 *Carter v. Canada* 2012 BCSC 886, at para’s 898-901, 911-947, 971-973, 999-1008, 1158-1171, 1202-1217, 1238-1244, 1264-1285, 1365-1378, *Carter v Canada* 2013 BCCA 435 at para’s 263-271, 308-316 where the majority disagreed with the trial judge and the Court of Appeal in *Bedford*. The Supreme Court of Canada affirmed the approach taken by the trial Judge, and the attenuated view of *stare decisis* it articulated in its own decision in *Bedford* at 2015 SCC 5 at para’s 28, 42-48, 63

9 *Carter* (SCC) at para’s 3, 23-28, 57-58, 65-9, 85-8, 90, 103-107, 109, 115-121

10 See the trial decision at 2019 QCCS 3792 and also the subsequent decisions at 2020 QCCS 772 and 2020 QCCS 2019.

11 These Statements are indexed by Parliamentary Session at [Charter Statements - Canada’s System of Justice](#)

## EN 1982, LA CHARTE A CHANGÉ LA VIE DES JUGES

Juge à la retraite  
Thomas Smith,  
Cour provinciale de la  
Colombie-Britannique

La mise en place de la *Charte* en avril 1982 a changé ma vie de juge de cour provinciale, quatorze mois seulement après ma nomination à la Cour de la Colombie-Britannique. Pour les avocats, les policiers et les juges, cela revenait à naviguer en territoire inconnu sans carte ni GPS.

La responsabilité d'exclure les preuves obtenues en violation de la *Charte* a profondément modifié notre droit et notre travail quotidien. Au cours des premières années d'existence de la *Charte*, ce sont les juges des cours provinciales qui lui ont insufflé vie, l'interprétant au départ sans l'aide des cours d'appel – une tâche redoutable.

En 1985, j'ai écrit au juge en chef Gerald Coultas pour lui expliquer comment la *Charte* avait changé ma vie. (Un autre changement survenu à peu près à la même époque a été l'explosion des cas d'abus sexuels sur les enfants.) « Ma femme », ai-je écrit, « se plaint que je suis devenu trop sérieux et que je n'ai plus mon enthousiasme d'autrefois ». « L'autre nuit », lui ai-je expliqué, « entre le troisième et le quatrième jour d'une affaire portant sur la garde d'un enfant de deux ans atteint de gonorrhée, je me suis réveillé dans ma chambre d'hôtel. Je me sentais vidé de mes forces. Je me suis demandé pourquoi je me sentais comme ça après quatre heures de sommeil.

Mentalement, j'ai jeté un coup d'œil sur mes carnets de notes d'autrefois. Contrairement à mon carnet actuel, les affaires étaient plus courtes, moins de questions constitutionnelles étaient soulevées puisqu'il n'y avait pas de *Charte*, j'avais moins de décisions en délibéré, il n'y avait pas d'affaires de garde d'enfant et il n'y avait pas d'affaires d'abus sexuels. »

« Maintenant que je sais pourquoi je suis aussi animé que la graisse de porc dans la colle de mon carnet de notes », ai-je écrit – je m'étais plaint plus tôt à Gerald des odeurs nauséabondes émanant des reliures de mon carnet – « je me sens mieux. Je peux voir l'ennemi et commencer à faire la paix avec lui. »

Peu de temps après avoir écrit cette lettre, j'ai eu l'honneur, avec le juge Terry Shupe pendant un an et avec la juge Ann Rounthwaite pendant deux ans, de diriger la formation

judiciaire pour notre Cour. En raison notamment de l'avalanche de litiges relatifs à la *Charte*, nous avons entrepris la rédaction d'un manuel pour aider les juges se trouvant sous pression dans la salle d'audience à trouver des réponses brèves et faisant autorité aux questions récurrentes. C'était bien avant l'époque des ressources en ligne et le manuel a été distribué sous forme d'un gros classeur.

Le procureur général de la Colombie-Britannique, les juges en chef Bruce Josephson et Bill Diebolt, et la Commission de réforme du droit du Canada nous ont fourni des encouragements et ont financé nos travaux. Le module sur la *Charte* était notre priorité. Plusieurs de nos juges ont participé à la rédaction de ce manuel et des juges de la Cour suprême et de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ont lu certaines sections et nous ont apporté des commentaires utiles, tout comme plusieurs professeurs de droit. Le président de la Commission de réforme du droit, Gilles Letourneau, et les avocats de la Commission nous ont également aidés. Le juge Walter Tarnopolsky de la Cour d'appel de l'Ontario, qui a accompagné les juges de la Cour suprême du Canada dans leur compréhension de la *Charte*, nous a aussi beaucoup aidés. Debbie Rota et Jim Almstrom ont édité notre manuel.

Au moment où le manuel a été distribué aux juges de nos tribunaux, la Cour suprême du Canada avait rendu des décisions sur la *Charte*, celle-ci ont considérablement soutenu notre manuel et nos juges. La grille des infractions qui figure toujours dans le *Martin's Criminal Code* telle que nous l'avons formatée, est l'un des héritages de notre manuel.

Au cours de mes 33 années d'exercice à titre de juge de première instance en Colombie-Britannique et dans les Territoires du Nord-Ouest, d'autres changements importants sont survenus dans notre travail – les lois et la jurisprudence sont devenues accessibles en ligne, les juges ont quitté la salle d'audience pour aller à la rencontre des parties et servir de médiateurs dans le cadre de conférences en matière civile et familiale, et des tribunaux thérapeutiques spécialisés ont été mis en place – mais c'est la promulgation de la *Charte* qui a eu l'effet le plus profond sur notre vie professionnelle. ▀



Retired Judge  
Thomas Smith,  
Provincial Court of  
British Columbia

## IN 1982 THE *CHARTER* CHANGED JUDGES' LIVES

The *Charter's* birth in April 1982 changed my life as a Provincial Court Judge just fourteen months after I was appointed to the BC court. For lawyers, police officers, and judges alike, it was akin to navigating a strange city without a map or a GPS.

The responsibility to exclude evidence obtained in violation of the *Charter* profoundly changed our law and our days. In the *Charter's* early years, it was Provincial Court judges who breathed life into it, interpreting it at first without guidance from appellate courts—a daunting task.

In 1985 I wrote to Chief Judge Gerald Coultas about how the *Charter* changed my life. (Another change we saw around the same time was an explosion of child sexual abuse cases.) My wife, I said, complained that I had grown serious and lacked my former sparkle. “The other night,” I wrote, “between the third and fourth day of a custody case of a two-year-old with gonorrhoea, I woke in my hotel room. My blood had been drained. I wondered why I felt like this after four hours sleep.

In my mind's eye, I cracked open my notebooks from earlier. In contrast to my present book, the cases were shorter, there were fewer constitutional issues as there was no *Charter*, I had fewer reserved decisions, there were no custody cases, and there were no sexual abuse cases.

“Now that I know why I am as lively as the pig's feet in my notebook's glue,” I wrote—I had earlier complained to Gerald about obnoxious odours from my notebook's bindings—“I feel better. I can see the enemy and can start making peace with him.”

Not long after writing that letter I had the honour, with Judge Terry Shupe for one year and with Judge Ann Rounthwaite

for two years, of heading judicial education for our Court. Due in part to the flood of *Charter* litigation, we embarked on a *Judges' Handbook* to help judges under pressure in the courtroom find brief and authoritative answers to recurring issues. Since this was before there were a lot of resources online, it was produced as a heavy binder.

The Attorney General of B.C., Chief Judges Bruce Josephson and Bill Diebolt, and The Law Reform Commission of Canada provided encouragement and funding for our work. We prioritized the *Charter* module. Many of our judges helped with the book and judges from BC's Supreme Court and Court of Appeal read sections and gave us helpful input as did some law professors. The Law Reform Commission's president, Gilles Letourneau, and the Commission's lawyers helped us. Justice Walter Tarnopolsky of the Ontario Court of Appeal, who tutored Supreme Court of Canada judges to understand the *Charter*, assisted us greatly. Debbie Rota and Jim Almstrom edited our book.

By the time the *Handbook* was distributed to judges in our courts, the Supreme Court of Canada had made *Charter* rulings, and this greatly helped our book and our judges. The *Offence Grid* that still appears in *Martin's Criminal Code* as we formatted it, is one of our *Handbook's* legacies.

In my 33 years as a trial judge in BC and in the NWT there were other big changes in our work—statutes and caselaw became available online, judges left the bench to meet with parties and mediate in family and civil conferences, and specialized therapeutic courts were developed—but enactment of the *Charter* had the most profound effect on our working lives. ▀

# JE NE SUIS PAS UN RÊVEUR. MAIS J'AI RÉFLÉCHI. ET CELA NE M'AMUSE PAS. JE SUIS JUSTE PERPLEXE.

Je continue à me poser la question suivante : pourquoi semble-t-il qu'il y ait autant d'allégations de violation de la *Charte* 40 ans après sa création? Je comprends que de nouvelles questions relatives à la *Charte* surgissent constamment, surtout lorsqu'une nouvelle loi est contestée pour déterminer si elle est conforme à la loi suprême du pays. C'est très important. C'est une bonne chose. Cela permet de veiller à ce que nos lois soient conformes à nos valeurs fondamentales. Et la *Charte* comporte beaucoup d'éléments positifs qui sont souvent commentés par d'autres. Mais il ne s'agit pas de cela ici.

Ce que je ne comprends pas, c'est pourquoi je ne cesse de revoir toujours la même chose, encore et encore. Est-ce juste moi? Suis-je devenu blasé? S'attend-on simplement à ce qu'il y ait toujours de nombreuses demandes alléguant que la police, et souvent les mêmes policiers, a violé les droits de l'accusé en vertu des articles 8, 9 ou 10 de la *Charte*? N'avons-nous fait aucun progrès?

Lorsque j'étais avocat de la défense (j'ai exercé ce rôle pendant environ 25 ans), j'étais intrigué par la fréquence à laquelle mes clients me disaient que la police n'avait pas respecté leurs droits garantis par la *Charte*. Je ne croyais pas forcément ce qu'ils me disaient, mais souvent la divulgation, s'ils étaient accusés, semblait appuyer leurs allégations. J'invoquais donc ces défenses fondées sur la *Charte* pour négocier un meilleur accord, ou j'allais en procès pour faire exclure des éléments de preuves. Non, je n'ai pas toujours eu gain de cause, mais assez souvent, on observait une violation de la *Charte*. Et je n'étais pas le seul avocat de la défense à faire cette expérience. Lors de conversations avec d'autres avocats de la défense dans la cantine du 222, rue Main, le tribunal le plus occupé de la Colombie-Britannique à l'époque, ou à Surrey, qui est devenu plus tard (et est toujours) le palais de justice le plus occupé de la Colombie-Britannique, il était évident qu'ils faisaient tous la même expérience : le non-respect par la police de ce qui semblait être une procédure élémentaire et simple lors de l'arrestation d'une personne.

J'ai souvent pensé qu'il s'agirait d'un excellent sujet pour une étude en criminologie : rechercher combien de fois un service de police particulier a été jugé coupable d'avoir violé les droits d'un accusé en vertu de la *Charte*, que des éléments de preuve aient été ou non exclus. Les étudiants en criminologie disposeraient de nombreuses données. Ils pourraient demander à la Poursuite et à la Défense de tenir un registre des décisions qui n'ont pas été publiées, et ils pourraient assurer le suivi des décisions publiées. Ils pourraient analyser le degré de non-respect de la *Charte* par la police, à la lumière du nombre d'affaires traitées, afin de réunir des données sur la gravité et la fréquence de ces problèmes. Cette analyse ne serait pas complète, car, comme l'ont noté la juge en chef McLauchlin et le juge Charron, il y a toutes sortes de violations de la *Charte* qui se produisent mais ne sont jamais portées devant les tribunaux.<sup>1</sup>

Peut-être, pour remédier dans une certaine mesure à ce problème, les procureurs de la Couronne pourraient-ils également assurer le suivi des affaires dans lesquelles les accusations n'ont pas été retenues, ou

ont été abandonnées avant que des conclusions ne soient tirées, en raison de violations évidentes de la *Charte*. Je suis tombé sur certaines de ces affaires en qualité de procureur. Mais cela ne permettrait pas d'identifier toutes les violations puisque, lorsque j'étais avocat de la défense, il m'est arrivé de déposer des plaintes contre la police alors que celle-ci n'avait accusé personne.

Je sais maintenant qu'il y aura sans cesse de nouveaux agents de police. Je sais qu'ils ont suivi une certaine formation et je ne m'attends pas à ce qu'ils soient aussi compétents que des avocats ou qu'ils aient l'expérience de terrain d'un agent chevronné. Mais de mon expérience en tant qu'avocat, il semblait assez évident que souvent des agents chevronnés responsables d'agents plus novices ne respectaient pas non plus la *Charte*. Dans une affaire, plus de dix ans après l'arrêt *R. c. Golden*<sup>2</sup>, la GRC de Surrey se basait toujours sur la loi de l'Ontario présentée dans le manuel de police qui était totalement dépassée et en contradiction avec l'arrêt *Golden*. Je savais cela, car j'avais reçu ce manuel dans le cadre d'une demande de divulgation et cela a été confirmé lors du procès. Je n'en revenais pas que notre force de police nationale puisse offrir si peu de formation et d'information à ses membres. J'en suis venu à considérer que mon rôle d'avocat de la défense était de maintenir l'ordre dans la police. En qualité de juge, je constate les mêmes problèmes, que ce soit lors des procès ou dans des soumissions conjointes fondées sur des « enjeux importants liés à la *Charte* ».

Ce qui me ramène à mon point de départ. Je suis perplexe de constater qu'après tout ce temps, la formation ou les instructions fournies à la police semblent toujours insuffisantes, de sorte que la police semble encore violer régulièrement les droits fondamentaux des personnes en vertu de la *Charte*. Suis-je le seul à penser cela? Et où est cette maudite étude en criminologie? Si elle existe, pourquoi les avocats de la défense ne l'utilisent-ils pas en cour?

Cela ne m'amuse pas du tout que, 40 ans plus tard, les droits fondamentaux garantis par la *Charte* semblent être encore des questions d'actualité, plutôt que de l'histoire ancienne. Je soupçonne que je suis condamné à entendre encore et toujours les mêmes vieux arguments de violation de la *Charte*, ceux que j'ai défendus en tant qu'avocat dans les années 1990. Après avoir réfléchi davantage, je me dis que peut-être, comme pour la plupart des choses, ce n'est pas la chose qui pose problème, c'est sa mise en œuvre par les êtres humains et c'est là-dessus que devrait s'axer le changement. Je ne sais pas ce que je pourrais faire, éventuellement, en qualité de juge pour favoriser ce changement, qui doit venir d'autres sources. Mais je crains que si rien n'est fait, les choses restent encore les mêmes pendant 40 ans de plus. Et ce serait inacceptable.

À titre de juges, nous devons encourager le changement. Nous devons encourager le progrès. Nous devons tout faire en notre pouvoir pour que l'esprit et la lettre de la *Charte* soient respectés. C'est une valeur canadienne. Et c'est ainsi que les juges peuvent transmettre ces valeurs aux Canadiens. ▀

1 *R. c. Grant*, 2009 CSC 32 au paragraphe 75

2 2001 CSC 83



Judge Jeremy Guild,  
Provincial Court of  
British Columbia

## I AM NOT A MUSE. BUT I HAVE MUSED. AND I AM NOT AMUSED. JUST BEMUSED.

I keep on asking myself this question: why does it seem like there are so many core Charter breach allegations 40 years down the road? I understand that new Charter issues come up all the time, especially with new legislation that is challenged to see if it accords with the supreme law of the land. That is important. That is good. It ensures our laws are consistent with our fundamental values. And there are many good aspects of the Charter that others write about. But that is not what this is about.

What I don't understand is why I keep on seeing the same old, same old. Is it just me? Have I just become jaded? Is there just a general expectation there will always be many applications alleging police, often enough the same officers, violated an accused's section 8, section 9 and/or section 10 Charter rights? Have we not progressed?

When I was a defence lawyer (that was my role for about 25 years), I puzzled at how many times my clients told me that police had not respected their Charter rights. I didn't always buy what they said, but often disclosure, if they were charged, seemed to support their allegations. So I would trot out those Charter defences to negotiate a better deal, or go to trial and have evidence excluded. No, I was not always successful, but often enough a Charter violation was found. And I wasn't the only defence lawyer out there with that experience. In talking with other defence counsel in the lunchroom at 222 Main Street, the busiest court in BC at the time, or in Surrey, which later became (and still is) the busiest courthouse in BC, the common experience was the same. A police failure to adhere to what seemed a basic and simple procedure when arresting someone.

I often thought it would be a great criminology topic: research how many times a particular police force was found to have violated an accused's Charter rights, whether or not evidence was excluded. A criminology student would have plenty to go on. They could have asked the Crown and Defence to keep records of decisions that were not reported, as well as track reported decisions. They could have analysed the degree of police failures to follow the Charter, in light of the number of cases processed, to get some data about the seriousness and frequency of the issues. It would not be complete, because, as Chief Justice McLauchlin and Justice Charron once noted, all sorts of Charter violations occur that never make it to court<sup>1</sup>.

Perhaps to ameliorate that problem to some extent, Crown counsel could also keep track of cases where charges were

not approved, or were stayed before any findings made, because of obvious Charter violations. I came across a few of those as a Crown. That still wouldn't capture all breaches, since as defence counsel, I was occasionally retained to pursue complaints against police where police did not charge anyone.

Now I know that there will always be new police officers. I know that they went through some training, and I would not expect them to be as knowledgeable as lawyers, or have all of the practical experience of a senior officer. But in my experience as counsel, it seemed pretty apparent that senior officers in charge of more junior officers also often failed to comply with the Charter. In one case, more than a decade after *R. v. Golden*<sup>2</sup>, RCMP in Surrey were still relying on law from Ontario in their police manual that was very outdated and contrary to *Golden*. I knew that because I received it as part of a disclosure request and confirmed that at trial. I was amazed that there could be such little training and information given by our national police force to its members. I came to look at my role as defence counsel as policing the police. As a judge, I see the same problems, either in trials or lowball joint submissions based on 'significant Charter issues'.

Which brings me back to where I started. I am bemused that still, after all this time, there seems to be insufficient training or guidance, so police still appear to routinely violate people's basic Charter rights. Is this just me? And where is that darn study by criminologists anyways. If it exists, why aren't defence lawyers using it in court?

I am not amused that 40 years later, basic Charter rights seem to be news, not history. I suspect I am doomed to hear the same old, same old Charter violation arguments I made as a lawyer back in the 1990s. Having mused more, perhaps, like most things, it is not the thing that is the issue. Its implementation by human beings is the problem and should be the focus of change. I am not sure what, if anything, I can do as a judge to foster that change, which must come from others. But I fear if nothing is done, things will remain the same for the next 40 years. That would be unacceptable.

As judges, we must encourage change. We must encourage progress. We must do what we can to ensure the spirit and the letter of the Charter is fulfilled. That is a Canadian value. And that is how judges can provide value to Canadians. ▀

1 *R. v. Grant*, 2009 SCC 32 at para. 75

2 2001 SCC 83

## LA CHARTE : UN POINT DE RALLIEMENT

Juge Kael McKenzie  
(il/lui), Cour provinciale  
du Manitoba

Le 29 janvier 1981, un comité parlementaire a rejeté (avec vingt-deux voix contre et deux voix pour) un amendement proposé par le député Svend Robinson qui aurait ajouté l'orientation sexuelle aux motifs de discrimination énumérés à l'article 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le ministre de la Justice de l'époque, Jean Chrétien, a déclaré que c'étaient les tribunaux qui devaient en fin de compte définir d'autres motifs analogues de discrimination, laissant ainsi aux plaideurs et aux avocats le soin de définir l'égalité et de la défendre. Pour la communauté 2STLGBQIA+, la mise en œuvre de la *Charte* n'a pas été un motif de célébration; elle a plutôt été un point de ralliement au sujet de ce qui n'avait pas été inclus dans les motifs de discrimination énumérés.

La plupart d'entre nous connaissent la métaphore de Lord Sankey dans l'affaire « personne » (*Edwards c. Canada* (AG) [1930] A.C. 124, 1929 UKPC 86) qui compare la Constitution canadienne à un arbre vivant. La référence de l'ancienne juge en chef McLachlin au concept de « l'arbre vivant » dans le *Renvoi relatif au mariage entre personnes de même sexe*, 2004 CSC 79, est peut-être moins connue. Elle a déclaré :

« Le raisonnement fondé sur l'existence de “concepts figés” va à l'encontre de l'un des principes les plus fondamentaux d'interprétation de la Constitution canadienne : notre Constitution est un arbre vivant qui, grâce à une interprétation progressiste, s'adapte et répond aux réalités de la vie moderne. »

Vous trouverez ci-suit un historique partiel de l'évolution des droits des personnes 2STLGBQIA+ depuis la promulgation de la *Charte*, et un exemple de la façon dont l'arbre vivant a continué à croître malgré les tentatives de figer les concepts de famille et de genre :

- ▶ 1985-1993 – *Canada* (AG) c. *Mossop* [1993] 1 RCS 554 – En 1985, Brian Mossop se voit refuser un congé pour deuil pour assister aux funérailles du père de son partenaire de même sexe. La Cour d'appel fédérale a rejeté sa demande. Cette affaire a suscité une multitude de batailles juridiques pour la reconnaissance des relations entre personnes de même sexe.
- ▶ 1991-1998 – Delwin Vriend est congédié à cause de son homosexualité. En fin de compte, la CSC conclut que la *Human Rights Act* (loi sur les droits de la personne) de l'Alberta est discriminatoire. *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 RCS 493.
- ▶ 1992 – *Haig and Birch v. Canada et al.* [1992], 57 OAC 272 (CA) – La Cour d'appel de l'Ontario juge discriminatoire le fait que l'orientation sexuelle ne soit pas citée dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. La loi est modifiée en 1996.
- ▶ 1989-1992 – *Douglas c. Canada* [1992], 58 FTR 147 (TD). Après avoir été renvoyée des Forces canadiennes parce qu'elle était lesbienne, Michelle Douglas a contesté l'interdiction faite aux gays et aux lesbiennes de servir dans les forces armées. Elle est finalement indemnisée financièrement et, en 1992, les Forces canadiennes lèvent cette interdiction.

1995 – *Egan c. Canada* [1995] 2 RCS 513 (cette affaire fait partie d'une trilogie). La CSC conclut que l'orientation sexuelle est un motif de discrimination analogue prohibé par l'article 15 de la *Charte*.

1996-2011 – Les provinces et les territoires modifient leurs lois respectives pour permettre l'adoption d'enfants par des couples de même sexe.

- ▶ 1999 – Dans l'affaire *M. c. H.* [1999] 2 RCS 3, la CSC conclut que les couples de même sexe au Canada ont le droit de bénéficier de la plupart des avantages financiers et juridiques généralement

associés au mariage. Toutefois, la décision ne va pas jusqu'à inclure le droit au mariage entre personnes de même sexe.

- ▶ 1999-2002 – Les provinces et les territoires adoptent des lois pour se conformer à l'arrêt *M. c. H.*
- ▶ 2000 – Projet de loi omnibus fédéral visant à rendre la législation conforme à l'arrêt *M. c. H.*, dans lequel 68 lois sont modifiées afin d'accorder des avantages aux couples de même sexe, mais sans changer la définition des termes « mariage » et « conjoint »; seule la définition du terme « union de fait » est modifiée pour inclure les couples de même sexe.
- ▶ 2002 – *Hall (Litigation guardian of) c. Powers*, 59 OR (3d) 423 – un élève du secondaire est forcé d'intenter une action en justice contre son école pour que celle-ci lui permette d'amener une personne du même sexe au bal de fin d'année.
- ▶ 2003-2005 – Des affaires judiciaires dans toutes les provinces du Canada légalisent le mariage entre personnes de même sexe.
- ▶ 2004 – Dans le *Renvoi relatif au mariage entre personnes de même sexe*, la Cour suprême conclut que la signification du terme « mariage » n'est pas fixée à ce qu'elle désignait en 1867, mais qu'elle doit plutôt évoluer avec la société canadienne, qui comporte actuellement des groupes très divers.
- ▶ 2014 – Le recensement canadien comporte pour la première fois une question sur l'orientation sexuelle et établit que 3 % des Canadiens âgés de 18 à 59 ans s'identifient comme gays, lesbiennes ou bisexuels.
- ▶ 2017 – Le Premier ministre Justin Trudeau et les Forces canadiennes présentent des excuses pour le rôle du gouvernement et de l'armée dans la discrimination à l'égard des personnes 2STLGBQIA+.
- ▶ 2017 – *La loi sur les droits de la personne* (fédérale) est modifiée pour inclure l'identité de genre et l'expression de genre. Entre 2012 et 2017, des lois similaires sont adoptées dans toutes les provinces et tous les territoires. La *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec interdit la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle depuis 1977.
- ▶ 2021 – Le recensement canadien établit que 0,33 % des résidents du Canada s'identifient comme transgenres ou non binaires.
- ▶ 2022 – Le gouvernement fédéral interdit à l'unanimité la thérapie de conversion.
- ▶ 2022 – La Société canadienne du sang modifie sa politique de sélection des donneurs pour exclure uniquement les personnes ayant un comportement sexuel à haut risque, mettant ainsi fin à la pratique discriminatoire consistant à interdire aux hommes ayant des rapports sexuels avec d'autres hommes de faire des dons de sang.

Il n'est pas difficile d'imaginer l'incalculable volume de temps et d'argent consacré à ces litiges au cours des 40 dernières années. Il est difficile de dire ce qui se serait passé si l'orientation sexuelle avait fait partie des motifs énumérés au départ, mais il est probable que certaines des contestations auraient persisté. Quoi qu'il en soit, la *Charte* a rendu possible l'évolution des droits fondés sur l'orientation sexuelle, mais aussi sur l'identité de genre et l'expression de genre. Ce qui est également clair, c'est que la recherche de l'égalité pour cette communauté n'est pas terminée. La communauté 2STLGBQIA+ continue à réclamer l'égalité et à contester les lois, les politiques et les pratiques discriminatoires. Ceci est particulièrement vrai pour les personnes aux genres variés, mais au vu des progrès réalisés, il est peu probable que cela prenne encore 40 ans. ▀



Judge Kael McKenzie (he/him) Provincial Court of Manitoba

# THE CHARTER: A RALLYING POINT

On January 29, 1981, a parliamentary committee rejected (with twenty-two votes against and two for) an amendment proposed by MP Svend Robinson that would have added sexual orientation as an enumerated ground of discrimination to s.15(1) of the *Charter of Rights and Freedoms*. Then Justice Minister, Jean Chretien, stated that the courts would ultimately have to define other analogous grounds of discrimination, thus leaving it up to litigants and advocates to define and fight for equality. For the 2STLGBQIA+ community, the implementation of the *Charter* was not an occasion for celebration; it was instead a rallying point for what was not included as an enumerated ground.

Most are familiar with Lord Sankey’s metaphor in the *Person’s Case (Edwards v. Canada (AG), [1930] A.C. 124, 1929 UKPC 86)* comparing the Canadian constitution to a living tree. Perhaps less familiar is former Chief Justice McLachlin’s comparison to the “living tree” concept in the *Reference Re Same Sex Marriage, 2004 S.C.C. 79* case where she stated,

“...‘frozen concepts’ reasoning runs contrary to one of the most fundamental principles of Canadian constitutional interpretation, that our Constitution is a living tree which, by way of progressive interpretation, accommodates and addresses the realities of modern life.”

The following is a partial history of the evolution of rights for 2STLGBQIA+ since the enactment of the *Charter*, and an example of how the living tree has grown despite attempts to freeze the concepts of family and gender:

- ▶ 1985-1993 – *Canada (AG) v Mossop, [1993] 1 SCR 554* – In 1985 Brian Mossop was denied bereavement leave to attend his same-sex partner’s father’s funeral. The Federal Court of Appeal dismissed his application. This case spurred a host of legal battles for same-sex relationship recognition.
- ▶ 1991-1998 – Delwin Vriend was fired for being gay. Ultimately, the SCC found that Alberta’s *Human Rights Act* was discriminatory. *Vriend v. Alberta, [1998] 1 SCR. 493.*
- ▶ 1992 – *Haig and Birch v. Canada et al. (1992), 57 OAC 272 (CA)* – Ontario Court of Appeal found failure to include sexual orientation in the Canadian *Human Rights Act* discriminatory. The *Act* was amended in 1996.
- ▶ 1989-1992 – *Douglas v. Canada (1992), 58 FTR 147 (TD)*. After being released from the Canadian Forces for being a lesbian, Michelle Douglas challenged the military’s ban on gays and lesbians serving in the military. She ultimately received financial compensation and in 1992 the Canadian Forces lifted the ban.
- ▶ 1995 *Egan v. Canada, [1995] 2 SCR 513*, (this was one of a trilogy of cases) the SCC found sexual orientation is an analogous ground of discrimination prohibited under section 15 of the *Charter*.
- ▶ 1996-2011 – The provinces and territories amended legislation in each jurisdiction to allow the adoption of children by same-sex couples.
- ▶ 1999 – *M. v. H., [1999] 2 SCR 3*, the SCC found that same-sex couples in Canada were entitled to receive many of the

same financial and legal benefits commonly associated with marriage. However, the decision stopped short of including that a right to same-sex marriage existed.

- ▶ 1999-2002 – The provinces and territories enact legislation to comply with *M v. H.*
- ▶ 2000 – Federal omnibus bill to comply with *M v. H.* where 68 statutes were amended to give benefits to same-sex couples, but did not change the definition of “marriage” or “spouse” and only the definition of “common-law relationships” was amended to include same-sex couples.
- ▶ 2002 – *Hall (Litigation guardian of) v. Powers, 59 OR (3d) 423* – a high school student had to take his school to court to allow him to bring a same-sex date to his prom.
- ▶ 2003-2005 – Court cases in every jurisdiction of Canada legalized same-sex marriage.
- ▶ 2004 – *Reference Re Same Sex Marriage*, The Supreme Court found that meaning of marriage is not fixed to what it meant in 1867, but rather it must evolve with Canadian society which currently represents a plurality of groups.
- ▶ 2014 – The Canadian Census included a question about sexual orientation for the first time and identified that 3 per cent of Canadians aged 18-59 identify as gay, lesbian or bisexual.
- ▶ 2017 – Prime Minister Justin Trudeau and the Canadian Forces apologized for the government’s and the military’s role in discriminating against 2STLGBQIA+ people.
- ▶ 2017 – Federal *Human Rights Act* is amended to include gender identity and gender expression. Between 2012-2017 similar legislation is enacted in each of the provinces and territories. Quebec’s human rights legislation prohibited discrimination based on sexual orientation since 1977.
- ▶ 2021 – The Canadian Census identified that 0.33 per cent of residents in Canada identify as transgender and/or non-binary.
- ▶ 2022 – The Federal government unanimously banned conversion therapy.
- ▶ 2022 – Canadian Blood Services changed screening policies for all donors to those who have engaged in high-risk sexual behaviour, thereby ending the discriminatory practice of prohibiting men who have sex with men from donating blood.

It does not take much to imagine the countless hours and cost of the litigation over the past 40 years. It is difficult to say what may have happened had sexual orientation been included as an enumerated ground, but likely, some of the challenges would have persisted. Regardless, the *Charter* made it possible for the evolution of rights based on sexual orientation, but also for gender identity and gender expression. What is also clear is that the pursuit of equality for this community has not ended. The 2STLGBQIA+ community continues to seek equality, and to challenge discriminatory laws, policies, and practices. This is particularly true for those who are gender diverse, but given the progress, it is unlikely to take another 40 years. ▴

# RÉUNION PRINTEMPS 2022

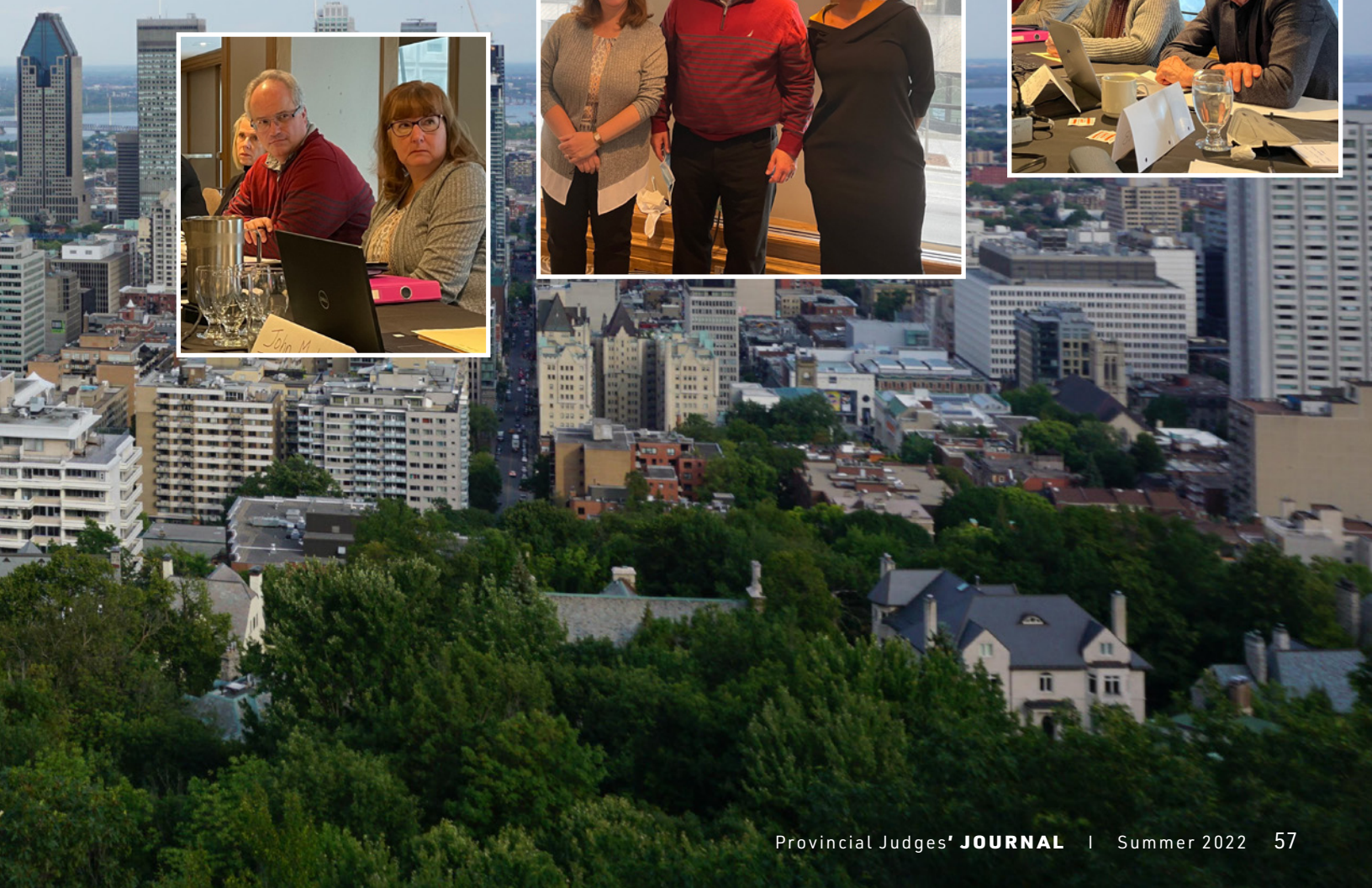
## MONTRÉAL





# SPRING 2022 MEETING

MONTREAL





**NOUVEAUX  
VISAGES**

## PROFIL DE L'HONORABLE JUGE BRENDA GREEN (ONTARIO)

Juge Brenda Green,  
Cour de justice de  
l'Ontario  
Nouvelle présidente  
du Comité d'accès à la  
justice

J'exerce mon métier de juge à Oshawa, en Ontario. Je suis actuellement membre du Comité du bien-être de l'Association des juges de l'Ontario.

J'ai été admise au barreau en 1994. J'ai travaillé comme avocate de la défense à Ottawa pendant un an ou deux, puis comme avocate de service (*Duty counsel*) pendant plusieurs années. J'ai été procureure adjointe de la Couronne pendant plus de 15 ans jusqu'à ma nomination au poste de juge en février 2017.

Je viens d'un milieu très diversifié et riche en culture. Je suis d'origine irlandaise. J'ai grandi dans une banlieue de Montréal et la population de mon école était multiculturelle. Mon quartier était aussi très diversifié et la plupart de mes amis étaient des personnes de couleur. J'ai eu la chance d'entretenir des liens étroits avec la communauté noire durant ma jeunesse.

Je suis issue d'un milieu défavorisé. Par conséquent, en plus de mes liens avec des communautés diverses, j'offre une perspective et une compréhension uniques des stéréotypes et des obstacles économiques auxquels se heurtent de nombreux accusés qui comparaissent devant nos cours pénales.

Les mots ont vraiment le pouvoir de blesser ou de soulager. La façon dont nous, juristes, nous adressons aux personnes au sein du tribunal peut totalement changer la façon dont ils perçoivent le système de justice pénale. Un acte aussi simple que de réprimander une femme qui se présente au tribunal en compagnie d'un enfant peut être traumatisant si le juriste n'a pas réfléchi au fait qu'elle n'a peut-être pas l'argent pour payer une gardienne ou qu'elle n'a pas de soutien familial. Cette femme risque de perdre tout espoir de bénéficier d'une audience juste de la part d'un juge qui ne comprend pas les défis uniques auxquels elle se heurte.

Les comités qui s'occupent de l'accès à la justice pourraient veiller à ce que des programmes soient offerts aux juristes afin de promouvoir davantage de sensibilité et une meilleure prise de conscience (*en matière de genre, de religion, de situation économique, de race...*) de la façon dont nous nous adressons au public et aux participants au système de justice pénale.

J'ai été motivée à faire des études de droit dans l'espoir de pouvoir « changer les choses ». J'ai travaillé durant de nombreuses nuits et fins de semaine pour devenir avocate et j'ai apprécié chaque occasion qui m'a été offerte d'apprendre et de progresser. Lorsque j'étais à la faculté de droit, j'ai assisté à des conférences et des exposés organisés par l'association des étudiants noirs en droit afin d'élargir mes connaissances au sujet des défis auxquels font face les personnes de couleur dans le monde et, en particulier, dans le système de justice pénale.

Bien que j'aie d'abord exercé comme avocate en pratique privée, j'ai ensuite choisi de devenir avocate de service, car je pensais pouvoir apporter un soutien juridique efficace aux personnes démunies qui étaient en conflit avec la loi. J'espérais promouvoir un sentiment d'accès équitable à la justice. Durant ma carrière d'avocate de service à Ottawa, j'ai participé activement à un programme de déjudiciarisation offert par des aînés de la communauté érythréenne. Ils offraient une perspective différente sur la façon de réparer les relations au sein de leur communauté afin de faciliter la médiation, la réinsertion et le soutien. J'ai été bien accueillie au sein de leurs cercles communautaires en raison de ma relation d'amitié avec l'un des aînés et ils m'ont beaucoup

appris. J'ai aussi participé activement à des comités chargés d'examiner les expériences des contrevenants atteints de troubles mentaux dans le système judiciaire. J'ai également travaillé en étroite collaboration avec l'association pour les lésions cérébrales. J'ai appris et défendu l'idée qu'il n'y a pas d'approche « taille unique » pour les personnes impliquées dans le système judiciaire ou pour la détermination de la peine.

J'ai suivi une formation sur la sensibilité qui était offerte par Aide juridique Ontario. Par la suite, j'ai été transférée à Scarborough pour superviser un programme d'avocats de service et j'ai acquis davantage d'expérience pour communiquer avec des personnes issues de multiples milieux. Après avoir quitté le bureau des avocats de service, je n'ai plus eu autant d'occasions de participer à des programmes similaires à titre de procureure adjointe de la Couronne, mais j'ai continué à apporter de l'aide pour veiller à ce que les contrevenants ou les accusés souffrant de troubles mentaux ne languissent pas en détention et à faire du bénévolat dans ma communauté.

En ce qui concerne mes antécédents personnels, qui éclairent ma perspective et mes intérêts, je suis mariée à un homme exceptionnel qui est très fier de son héritage jamaïcain. Il a grandi en Jamaïque et est arrivé ici à l'adolescence. Nous avons quatre enfants. Mon mari a toujours valorisé son héritage et a veillé à ce que nos enfants apprécient pleinement leur exceptionnelle richesse culturelle. Certains membres de la famille de mon mari vivent toujours en Jamaïque, et il s'y rend une ou deux fois par an avec nos enfants et moi (lorsque la pandémie de COVID le permet). Nos enfants apprécient leurs liens avec nos diverses origines culturelles, les avantages de la vie au Canada et ils tirent une grande fierté de leur héritage. Malheureusement, tous nos enfants ont connu de terribles injustices à cause de la couleur de leur peau. J'ai fait malheureusement l'expérience concrète de la discrimination par le biais des injustices subies par mon mari et par nos enfants. Malgré tous nos efforts, nous n'avons pas pu protéger nos enfants de la haine et de l'intolérance.

Enfin, mon frère s'est retrouvé paralysé à la suite d'un accident inattendu subi dans sa jeunesse. Il est venu pour me voir au palais de justice et n'a pas pu entrer dans la salle d'audience, car elle n'était pas accessible. Il a été choqué et déçu par le fait qu'il existe encore des obstacles physiques à la justice. L'accessibilité physique est un autre enjeu auquel nous, juristes, ne pensons peut-être pas en termes d'obstacles pour assister à une audience.

À cause de ces expériences vécues, je suis très déterminée à apporter des changements au sein de la Cour de justice de l'Ontario pour veiller à ce que les juges représentent ce qu'il y a de mieux afin que la justice soit accueillante, accessible à tous et empreinte de sensibilité.

J'aimerais contribuer d'une manière ou d'une autre à faire en sorte que les personnes atteintes de handicaps physiques ou confrontées à des obstacles économiques à la justice, les personnes de couleur, les personnes qui ont des origines, des croyances et des expériences de vie différentes, qu'il s'agisse de collègues, d'avocats, de défenseurs ou de témoins, ne subissent pas les injustices dont ont souffert nos enfants, mon frère et d'innombrables autres personnes. Les juges sont le visage de la justice dans la communauté et la façon dont ils se comportent peut modifier radicalement la perception qu'ont les diverses communautés du système de justice pénale. Je souhaiterais garantir que les tribunaux et la justice soient accessibles à tous sur un pied d'égalité. ▀



# PROFILE OF THE HONOURABLE JUSTICE BRENDA GREEN (ONTARIO)



NEW FACES

Justice Brenda Green, Ontario Court of Justice  
New Chair of the Access to Justice Committee

I am a judge who presides in Oshawa, Ontario. I am currently a member of the wellness committee with the AOJ.

I was called to the bar in 1994. I practiced as defence counsel in Ottawa for a couple of years and then as Duty Counsel for several years. I was as an assistant crown attorney for more than 15 years until I was appointed in February of 2017.

I come from a diverse and culturally rich background. I am of Irish descent. I grew up in a suburb outside of Montreal and attended a school that had a multicultural population. My neighbourhood was quite diverse and most of my friends were people of colour. I was quite fortunate to foster a strong connection to the black community as a youth.

I come from a disadvantaged background. As a result, in addition to my connections with different communities, I offer a unique perspective and understanding of the stereotypes and economic disadvantages faced by many of the defendants who appear in criminal courts.

Words have so much power to hurt or to heal. How we, as jurists, address people in court makes a big difference with respect to how they perceive the criminal justice system. Something as simple as chastising a woman for coming to court with a child can be traumatizing when the jurist has not considered that she may not have any money to pay for a sitter and/or she has no family support. That woman may be left with no confidence that she would receive a fair hearing from a judge who does not understand her unique challenges.

Committees that address access to justice could ensure that programs are offered to jurists to promote more sensitivity and awareness (*gender, religious, economic, racial...*) about how we speak to the public and the participants in the criminal justice system.

I was motivated to go to law school in the hope that I could “make a difference”. I worked nights and weekends to become a lawyer and cherished every opportunity that I was offered to learn and grow. When I was in law school, I attended lectures and speaking engagements hosted by the black law students’ association to broaden my knowledge about the challenges faced by people of colour around the world and, in particular, within the criminal justice system.

Although I initially practiced as private counsel, I chose to become a Duty Counsel because I thought that I could provide effective legal assistance to impoverished people in conflict with the law. I hoped to promote a sense of equitable access to justice. As a duty counsel in Ottawa, I was actively involved in a diversion program offered by elders in the Eritrean community. They offered a different perspective on healing relationships within their community to assist with mediation, rehabilitation and support. I was welcomed into their community circles because of a friendship with one of the elders and I learned so much from them. I was also actively involved in committees to address the experiences of mentally ill offenders in the justice system. I also worked

closely with the brain injury association. I learned and advocated that there is no “one size fits all” approach to people in the justice system and/or sentencing.

I took sensitivity training that was offered by Legal Aid Ontario. Eventually, I transferred to Scarborough to supervise a Duty Counsel Program and gained more experience communicating with and serving people from a multitude of backgrounds. After I left the Duty Counsel office, I did not have as many opportunities to participate in similar programs as an assistant crown although I continued to provide assistance with ensuring that mentally ill offenders or accused did not languish in custody and volunteered in my community.

In terms of my personal background which informs my perspective and interests. I am married to an incredible man who is very proud of his Jamaican heritage. He grew up in Jamaica and came here as a teenager. We share four children. My husband always embraced his heritage and ensured that our children fully appreciate their incredible cultural richness. Some of my husband’s family members still reside in Jamaica, so he goes there on an annual or semi-annual basis with our children and/or with me (when Covid permits). Our children embrace their connections to our diverse cultural backgrounds, the benefits of living in Canada and they take great pride in their heritage. Unfortunately, each of our children has experienced terrible inequities as people of colour. My life experience with discrimination has sadly been through injustices suffered by my husband and our children. Despite our best efforts, we could not protect our children from hate and bigotry.

Finally, my brother was paralyzed in a freak accident when he was much younger. He came to see me at the courthouse and was unable to get into the courtroom because it was not accessible. He was shocked and disappointed that there would be any physical barriers to justice. Physical accessibility is another issue that we, as jurists, may not consider in terms of barriers to attending court.

As a result of these lived experiences, I am very passionate about making changes within the Ontario Court of Justice to ensure that Judges represent the very best to be welcoming, accessible to all and sensitive.

I would like to contribute in some way to ensuring that people with physical challenges or economic barriers to justice, people of colour, people from different backgrounds, persuasions and life experiences, whether colleagues, counsel, defendants or witnesses, will not experience the kinds of injustices suffered by our children, my brother and countless other people. As the face of justice in the community, how judges conduct themselves can make a big difference with respect to how various communities perceive the criminal justice system. I would like to ensure that courts and justice are equally accessible to all. ▀



Juge Catherine Crockett,  
Cour provinciale de la  
Colombie-Britannique

Judge Catherine Crockett,  
Provincial Court of British  
Columbia



## LIMERICKS <sup>1</sup>

*There once was a section named Two  
'bout conscience and religion too  
There's reference to thought  
Belief and what not  
But who really knows what is true?  
There once was a statute named Charter  
That made the courts work so much harder  
Cops can't do what they please  
It increased lawyers fees  
And all of that's just for a starter*

*There once was a section named One  
That you turn to when breaches are done  
The case name is Oakes  
When you deal with such folks  
Three step tests decide who has won*

*Section 7 contains lots of rights  
Which means courts must marshal the fights  
Over life, liberty  
Silence and security  
It protects the Meek from the Might*

*There once was a Section named 8  
That required police to wait  
Til they had consent  
For the places they went  
Or a warrant to pass through one's gate*

*Section 9 protects from arrest  
When police grounds aren't the best  
They can't just detain  
Unless they explain  
Why you must be the jailer's next guest*

*Section 10 is the lawyer's best friend  
Retain counsel! Find money for lend!  
Or they call Brydger's line  
One-eight hundred is fine  
Advice is still: don't talk and don't bend!*

*Section 11, subsection b  
Delay is the issue that we see  
They want trials right away  
At least that's what they say  
But mostly they want to run free*

*And finally, comes 24  
Remedies for people galore  
A stay of proceedings  
Exclude boozy-breath readings  
Statements, drugs, and guns, and much more*

<sup>1</sup> Un limerick étant initialement un poème humoristique en anglais, pour ne pas en affecter les caractéristiques, celui-ci n'a pas été traduit.

TOGES  
Erika Eriksson  
COURTWEAR



[www.erikaeriksson.com](http://www.erikaeriksson.com) • 514 436 5156 • [erikaeriksson@icloud.com](mailto:erikaeriksson@icloud.com)

# LA CHRONIQUE INFORMATIQUE

J'écris ces lignes avec un peu d'appréhension, car j'ai plusieurs annonces à faire.

Juge Gary Cohen,  
Cour provinciale de  
Colombie-Britannique

Premièrement, il s'agit probablement de ma dernière contribution à notre revue nationale dans le domaine des technologies de l'information, car j'ai cessé mon travail à temps plein et je me suis joint au programme des juges doyens de ma province. Cela signifie aussi que j'ai hâte de voyager dès que possible et aussi souvent que je le pourrai.

Deuxièmement, l'ACJCP a trouvé quelqu'un pour me remplacer au poste de webmestre. La juge Janet Dixon (Alberta) prendra la relève dès que j'aurai pu la mettre bien au courant. Je la remercie d'avoir offert de remplir la fonction de webmestre et lui souhaite la bienvenue à bord.

L'annonce la plus importante porte sur les deux dernières années que j'ai passées à travailler avec notre nouveau conseiller technique, Hans Martel, pour mettre sur pied un site Web totalement remanié et amplement mis à jour. Il est maintenant essentiellement prêt et peut être consulté à l'adresse suivante : <https://judges-juges.ca>. Nous n'avons pas été en mesure de transférer vos données d'authentification de l'ancien site Web. Vous devrez donc créer un nouveau mot de passe la première fois que vous vous connecterez, mais votre nom d'utilisateur devrait être votre adresse courriel professionnelle. Si vous avez des difficultés à vous connecter, veuillez contacter l'un d'entre nous (la juge Janet Dixon, le juge Alan Tufts ou moi-même) pour obtenir de l'aide.

Le nouveau site Web contient presque toutes les informations qui se trouvaient sur l'ancien site, notamment les pages contenant les ordres du jour et procès-verbaux des anciennes assemblées générales annuelles et des réunions antérieures du bureau de direction, une copie facile à consulter du « Projet historique », une page qui dresse la liste des comités de l'ACJCP et de leurs membres, contient leurs plus récents rapports et, dans le cas du Conseil consultatif sur la déontologie, publie les opinions de ses membres sur des sujets pertinents pour les juges. Vous y trouverez également des informations sur le congrès de formation de cette année qui se tiendra à Halifax en septembre.

Et bien entendu, l'une des choses les plus intéressantes que vous trouverez sur notre site est le blogue du juge Gorman. Sa lecture est toujours fascinante, car il traite de sujets très pertinents pour notre travail quotidien. Merci encore au juge Gorman pour toutes ses contributions à notre site Web au cours des années.

Les projets futurs sont notamment l'installation du logiciel nécessaire pour permettre au site d'accepter les paiements. Ainsi, bien que vous ne puissiez pas encore payer vos frais d'inscription au congrès de cette année sur le site, vous pourrez le faire à l'avenir. Nos plans pour le site Web comportent également la création d'une page consacrée aux nouvelles de chaque province et territoire. Nous vous invitons donc à envisager de trouver une personne qui serait chargée de réunir les nouvelles de votre région et pourrait tenir cette page à jour pour votre province ou territoire. Ce projet n'est pas encore en place, alors ne cherchez pas ces pages pour l'instant, mais nous espérons vous les offrir très bientôt.

Passons maintenant aux nouvelles techniques. Bien que l'accord dit de « non-agression » entre Microsoft et Google soit arrivé à son terme et que les poursuites judiciaires risquent de reprendre, en coulisses, Windows de Microsoft et Android de Google travaillent bien ensemble. En particulier, leur travail collaboratif sur les

applications Web progressives (une série de protocoles permettant de transposer les applications des téléphones et des tablettes sur les ordinateurs) a déjà des répercussions dans l'ensemble du secteur des applications. En effet, la Surface Duo de Microsoft (une tablette pliable à double écran) fonctionne avec le système d'exploitation Android. À mon avis, si Windows et Android se rapprochent un tant soit plus, on pourrait assister à une célébration de mariage à l'avenir! Microsoft a maintenant lancé Windows 11; devriez-vous l'adopter rapidement ou vous en tenir à Windows 10 pour l'instant? À mon avis, il est encore trop tôt pour passer à Windows 11. Les avis sont mitigés et ma propre expérience de Windows 11 n'a pas été très positive. Windows a déplacé certaines fonctions, les rendant difficiles à trouver, et d'autres fonctions très pratiques ont même été complètement éliminées. J'ai cru comprendre (et j'espère bien) qu'une version révisée de Windows 11 devrait être lancée prochainement et qu'elle reproduira plus étroitement les fonctionnalités de Windows 10.

Tandis que les cabinets d'avocats commencent à faire usage de l'intelligence artificielle (et beaucoup d'entre eux le font déjà), nous sommes amenés à réfléchir aux énormes progrès accomplis par l'IA. Dans un tweet du 10 février 2022, l'expert scientifique en chef de l'OpenAI Research Group a écrit : « il se peut que les grands réseaux neuronaux d'aujourd'hui soient légèrement conscients ». Bien que la plupart des scientifiques pensent qu'aucune machine n'est actuellement pleinement consciente, beaucoup ont le sentiment que le stade de la pleine conscience des machines n'est probablement plus qu'une question de quelques années ou d'une ou deux décennies. Si vous vous intéressez à la convergence de l'IA et du droit, un vieux livre de science-fiction intitulé *Monument* (de Lloyd Biggle Jr.) donne la vision d'un auteur sur ce à quoi cette convergence pourrait ressembler.

Au cours des 16 dernières années, j'ai tenté de donner aux juges qui lisent ces articles les informations nécessaires pour tirer un profit maximum des technologies, en leur apprenant des options permettant de prendre rapidement des notes et de les réviser. J'ai fourni des astuces sur l'usage de la souris et du clavier. J'ai discuté des avantages et des inconvénients de technologies concurrentes, comme iOS et Android, et des différences entre elles. Je vous ai montré comment économiser de l'argent lorsque vous voyagez avec vos appareils intelligents, je vous ai rappelé à maintes reprises qu'il fallait installer les mises à jour immédiatement et faire des sauvegardes fréquemment. Au sujet de l'usurpation d'identité, je vous ai rappelé de ne pas ouvrir les messages courriel suspects, de ne jamais cliquer sur un lien contenu dans un message sauf lorsque vous êtes certain que le lien est sûr et de toujours choisir l'authentification à deux facteurs lorsqu'elle est proposée. J'ai fait des commentaires sur les enjeux en matière de preuve qui sont soulevés par les nouvelles technologies, tels que la question de la meilleure preuve et de ce qui constitue un document « original », mais j'ai surtout tenté de vous aider à apprécier les nouvelles technologies plutôt qu'à les redouter.

Cela a été un plaisir de rédiger cet article ainsi que mes 22 articles précédents pour notre revue nationale et je souhaite remercier les rédacteurs du journal de m'avoir donné la chance de partager mes idées, mes réflexions et mes points de vue au fil des années. ▀



Judge Gary Cohen,  
Provincial Court of  
British Columbia

# TECHNOLOGY CORNER



**I write this with some trepidation as I have several announcements to make.**

First, this is likely my last informational technologies contribution to our National magazine as I have retired from full time work and gone onto my province's senior judges program. That means that I am looking forward to travelling as soon as possible and as often as I can.

The next is that CAPCJ has found someone to replace me as webmaster. Judge Janet Dixon (Alberta) will be taking over as soon as I can bring her up to speed. Thank you for offering to be the webmaster and welcome aboard.

The most important announcement is about the past two years that I have spent working with our new tech advisor, Hans Martel, building a completely redone and significantly updated website. It is now mostly ready and may be found at <https://judges-juges.ca>. We were not able to bring forward your credentials from the old website so you will have to set up a new password the first time you log in but your username should be your work email address. If you have any troubles logging in, please contact one of us (Judge Janet Dixon, Judge Alan Tufts or myself) for assistance.

The new website has almost all of the information that was on the old site including pages containing the agenda and minutes from prior general and executive meetings, an easily viewable copy of the 'History Project', a committees page that lists the CAPCJ committees, their membership lists, their most recent reports and, in the case of the Ethics Advisory Council, their posted opinions on subjects relevant to judges. Currently you will also find information about this year's education and business conference to be held in Halifax in September.

Of course, one of the most interesting things that you will find on our website is the blog by Judge Gorman. Always an interesting read and always on topics of value to our everyday work. Thank you again Judge Gorman for all of your contributions to the website over the years.

Future plans include installing the necessary software to allow the website to accept payments so, while you can't pay your registration fees for this year's conference on the site, you will be able to do so in the future. Our plans for the website also include building a page for news from each province and territory so please consider finding a news person from your area who could keep such a page up-to-date for your jurisdiction. This is also not currently set up so please do not look for these pages just yet but hopefully soon.

Now for some tech news. While the so called 'non-aggression' agreement between Microsoft and Google has expired and the law suits may be on again, behind the scenes Microsoft's Windows and Google's Android are working well together. In particular, their joint work on Progressive Web

Apps (a set of protocols which brings phone and tablet apps to computers) is already being felt throughout the app world. Indeed, the Microsoft Surface Duo (a foldable dual-screen tablet computer) runs on the Android operating system. In my view, if Windows and Android get any closer, there may be a marriage commissioner in their future.

Microsoft has put out Windows 11; should you be an early adopter or should you stick with Win 10 for now? In my opinion, its too early to upgrade to Win 11. The reviews are mixed and my own experience with Win 11 has not been great. Windows has moved functions making them hard to find and some handy functions have even been completely removed. I understand (and hope) that a revised edition of Win 11 should be out soon that will more closely replicate Win 10 functionality.

As law practices start making use of artificial intelligence (and many of them are now) one is prompted to think about just how far AI development has come. According to a February 10, 2022 tweet from the chief scientist at the OpenAI Research Group, "it may be that today's large neural networks are slightly conscious." While most scientists think that no machine is currently fully conscious, many are of the view that full machine consciousness is probably just a few years to a couple of decades off. If you are interested in the intersection of AI and law, an older Sci-Fi book by the name of *Monument* (by Lloyd Biggle Jr.) gives one author's view of what that intersection might look like.

Over the past 16 years I have attempted to give judges who read these articles the information necessary to use technologies to their greatest advantage, teaching quick note-taking and quick note-editing options. I have provided mouse and keyboard hints. I have discussed the differences, advantages and disadvantages of competing technologies such as IOS versus Android. I have shown you how to save money while traveling with your smart devices, I have repeatedly reminded you that updates should be installed immediately and that backups should be done often. In discussing identity theft, I have reminded you not to open suspect emails, never to click on links in any email unless you know the link is safe and always to opt for two-factor authentication when offered. I have commented on the evidentiary issues raised by technologies such as best evidence and what constitutes an 'original' document, but mostly I have tried to help you to appreciate new technologies rather than to fear them.

It has been a pleasure contributing this and my prior 22 articles to our National magazine and I wish to thank the magazine's editors for the opportunity to have shared ideas, thoughts and views over the years. ▀

# CONGRÈS 2022 DE L'ACJCP À HALIFAX

Juge A. Peter Ross,  
Cour provinciale de la  
Nouvelle-Écosse

**Chères et chers collègues,**

**Le Congrès 2022 de l'ACJCP vous promet deux merveilleuses journées de formation en personne, les 21 et 22 septembre, dans la belle ville historique d'Halifax, en Nouvelle-Écosse.**

Cette année marque le 40<sup>e</sup> anniversaire de la *Charte canadienne des droits et libertés* ainsi qu'un retour très bienvenu au format de congrès en personne qui a toujours été si apprécié avant la pandémie.

Le comité du Congrès d'Halifax a réuni un groupe d'intervenants éminents qui s'exprimeront sur divers thèmes en liaison avec la *Charte*, notamment :

- ▶ Le professeur Steven Penney (Alberta), le professeur Steve Coughlan (Dalhousie), le juge James Stribopoulos (JCS, Ontario) et la professeure Nicole O'Byrne (UNB), qui traiteront des articles 8, 9, 10 et 24 de la *Charte*.
- ▶ La professeure Janine Benedet (UBC), qui abordera les enjeux actuels en matière de droit relatif aux agressions sexuelles.
- ▶ La professeure Lisa Kerr et le professeur Nick Bala (Queens) qui, ensemble, parleront des sanctions s'appliquant aux enfants et des déclarations des enfants, respectivement.
- ▶ Le professeur Rob Currie (Dalhousie) abordera la question des enquêtes et des preuves transfrontalières.
- ▶ Jonathan Rudin (Aboriginal Legal Services, Toronto) traitera de l'utilisation des évaluations culturelles lors de la détermination de la peine.
- ▶ Richard Wagner, juge en chef de la Cour suprême du Canada, et Michel Fairburn, juge de la Cour d'appel de l'Ontario, prononceront nos discours d'ouverture et de clôture en séance plénière.

Et comme si cela n'était pas suffisant, le comité organisateur envisage la possibilité de faire des présentations supplémentaires sur l'évaluation de la crédibilité et la résilience des juges.

Ce format offrira beaucoup de choix et de flexibilité, puisque chaque intervenant (à l'exception des séances plénières d'ouverture et de clôture) fera sa présentation deux fois au cours des deux journées et plusieurs présentations auront lieu simultanément.

Choisir parmi ces conférenciers de premier ordre pourrait être la décision la plus difficile que vous aurez à prendre cette année!

Nous nous réjouissons à la perspective de vous voir à Halifax en septembre!

Juge A. Peter Ross, Cour provinciale de la Nouvelle-Écosse  
Sydney, Nouvelle-Écosse







Judge A. Peter Ross,  
Nova Scotia  
Provincial Court

# CAPCJ 2022 CONFERENCE IN HALIFAX

**Dear Colleagues,**

**CAPCJ 2022 promises two wonderful days of in-person education, on September 21 and 22nd in beautiful and historic Halifax, Nova Scotia.**

This year marks the 40th anniversary of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as well as a much-welcome return to the in-person conference format which we all enjoyed in pre-pandemic times.

The Halifax conference committee has put together a distinguished faculty who will speak on a variety of *Charter*-related topics, including :

- ▶ Prof. Steven Penney (Alberta), Prof. Steve Coughlan (Dalhousie), Justice James Stribopoulos (SCJ, Ontario), and Prof. Nicole O’Byrne (UNB, who will take on sections 8, 9, 10 and 24 of the *Charter*.
- ▶ Prof. Janine Benedet (UBC), who will address current issues in sexual assault law.
- ▶ Prof. Lisa Kerr and Prof. Nick Bala (Queens) who together will speak to punishments and to the statements of children, respectively.
- ▶ Prof. Rob Currie (Dal) will tackle cross-border investigations and evidence.
- ▶ Jonathan Rudin (Aboriginal Legal Services, Toronto) will deal with the use of cultural assessments in sentencing.
- ▶ Supreme Court of Canada Chief Justice Richard Wagner and Ontario Court of Appeal Justice Michel Fairburn will deliver our opening and closing plenary addresses.

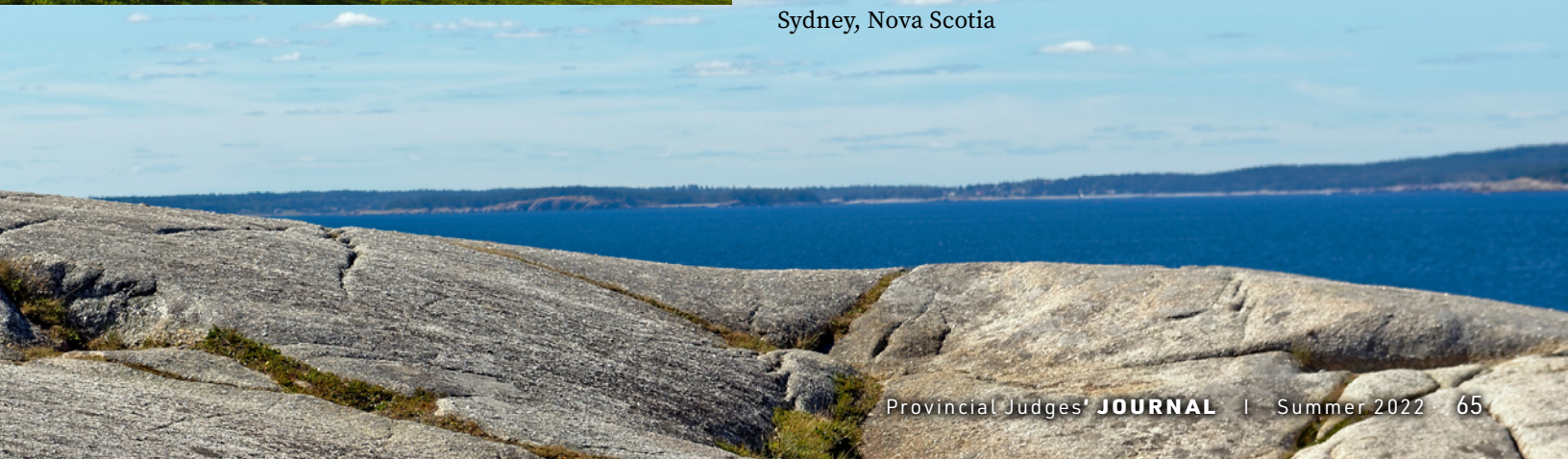
And if this isn’t enough, the organizing committee is considering the possibility of additional presentations on credibility assessment and judicial resilience.

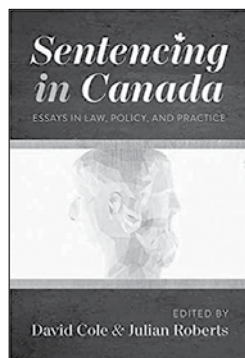
The format will offer choice and flexibility, as each presenter (excepting opening and closing plenaries) will deliver their topic twice over the course of two days, with multiple sessions running concurrently.

Choosing among these top-notch speakers may be the toughest decision you make all year!

We look forward to seeing you in Halifax in September!

Judge A. Peter Ross  
Nova Scotia Provincial Court  
Sydney, Nova Scotia





***Sentencing in Canada Essays in Law, Policy, and Practice***

**(la détermination de la peine au Canada - Essais sur le droit, les politiques et la pratique)**

Publié sous la direction de David Cole et Julian Roberts

Irwin Law, Toronto, 2020

En 1999, j'ai reçu un exemplaire de l'ouvrage *Making Sense of Sentencing* (comprendre comment déterminer la peine), sous la direction du professeur Julian V. Roberts et de notre

collègue le juge David P. Cole, je l'ai toujours gardé à portée de main depuis. J'ai souvent relu des passages des chapitres sur les réformes de 1995 en matière de détermination de la peine, les principes et les objectifs de la détermination de la peine et ceux consacrés aux peines avec sursis et au choix des sanctions dans le cas des personnes autochtones. D'ailleurs, plusieurs des passages consacrés à l'article 742.1 du *Code criminel* ont pris un tout nouveau sens à la suite de la récente décision dans l'affaire *Sharma*, 2020 ONCA 478, autorisation d'appel à la Cour suprême du Canada accordée, [2020] S.C.C.A. no 311.

Malgré tous ces éloges faits ici au recueil *Making Sense of Sentencing*, je l'ai néanmoins remplacé par *Sentencing in Canada* (la détermination de la peine au Canada). En effet, les mêmes éditeurs et certains des auteurs du premier recueil ont uni une fois de plus leur talent et leur expérience pour produire une collection exceptionnelle d'essais nous informant des plus récentes données sur le droit, les politiques et la pratique en matière de détermination de la peine. La meilleure preuve que je puisse apporter en faveur de cet ouvrage est de souligner que j'y fais référence au moins une fois par semaine en audience publique, lorsque je cite les chapitres qui instruisent

**Sentencing in Canada Essays in Law, Policy, and Practice**

Edited by David Cole & Julian Roberts

Irwin Law, Toronto, 2020

In 1999, I received a copy of *Making Sense of Sentencing*, edited by Professor Julian V. Roberts and our colleague Justice David P. Cole, and it has been within my reach ever since. I have often re-read passages from the chapters on the sentencing reforms of 1995, the principles and purposes of sentencing and those devoted to conditional sentences and the choice of sanctions in the case of indigenous persons. In fact, several of the passages devoted to s. 742.1 of the *Criminal Code* found a new sense of purpose as a result of the recent judgment in *Sharma*, 2020 ONCA 478, leave to appeal to Supreme Court of Canada granted, [2020] S.C.C.A. No. 311.

All that praise having bestowed upon *Making Sense of Sentencing*, I have nonetheless replaced it with *Sentencing in Canada*. Indeed, the same editors and some of the original contributors have united their talent and experience once again to produce an outstanding collection of contributions teaching us the last word on the law, policy and practice of sentencing. The best evidence I may offer in support of the text is to point out that I refer to it at least once a week in open court, as I quote from the chapters teaching the Bench and Bar on the subject of presentence reports, *Gladue* reports, sentencing of indigenous persons and

les membres de la magistrature et du Barreau au sujet des rapports présentenciels, des rapports Gladue, de la détermination de la peine pour les personnes autochtones et celles atteintes de troubles mentaux. Ces essais ont été rédigés par d'éminents spécialistes tels que le juge Richard Schneider, le professeur Kent Roach, M. Jonathan Rudin, le juge Cole et le professeur Robarts, qui est maintenant à l'Université d'Oxford. Je salue particulièrement les enseignements précieux de notre collègue le juge Tuck-Jackson sur la LSJPA et du professeur Benjamin L. Berger sur l'expérience des sanctions.

Ma volonté de choisir une peine appropriée et proportionnée continue de m'amener à faire de longues promenades afin de prendre le temps de réfléchir aux besoins du contrevenant et de la communauté. Je trouve que cette tâche ardue est rendue plus facile, et c'est tout relatif, lorsque je peux lire des essais érudits marquants tels que celui intitulé « How Sentencing Reform Movements Affect Women » (comment les mouvements de réforme des peines affectent les femmes) par la professeure Lisa Kerr et des essais sur le rôle des cours d'appel dans la détermination de la peine, dont parle avec beaucoup de compétence par le juge Gary Trotter de la Cour d'appel de l'Ontario. Le simple fait est que l'année d'un juge est consacrée en grande partie au choix des peines et j'ai besoin de toute l'aide que les spécialistes, les juristes et mes collègues juges sont en mesure de m'apporter. Le meilleur guide de moins de 500 pages pour nous apprendre tant de choses sur tant de sujets concernant cet aspect crucial de la justice est ce recueil d'essais, et il occupe maintenant une place de choix sur mon bureau, afin d'être consulté facilement et fréquemment.

Nous sommes tous hautement redevables au juge David Cole, dont le volume des travaux quotidiens et des contributions érudites sur la détermination de la peine dépasse largement celui des autres juristes canadiens, et au professeur Roberts, dont les livres et articles à ce sujet occupent une étagère complète dans mon bureau.

those struggling with mental disorders. These contributions have been penned by such distinguished scholars as Justice Richard Schneider, Professor Kent Roach, Mr. Jonathan Rudin and Justice Cole and Professor Robarts, now at Oxford University. I commend the insightful teachings of our colleague Justice Tuck-Jackson as well on the YCJA and Professor Benjamin L. Berger on the experience of punishment.

The choice of a fit and proportionate sentence continues to cause me to take long walks in order that I may have enough time to ponder the needs of the offending person and the community. I find that arduous task is made easier, a relative term, when I am able to read signal academic contributions such as "How Sentencing Reform Movements Affect Women" by Professor Lisa Kerr and the role of appellate courts in sentencing, as discussed ably by Justice Gary Trotter of the Court of Appeal for Ontario. The simple fact is that the judicial year is devoted overwhelmingly to the choice of a penalty and I require as much assistance as the academy, practitioners and fellow judges can advance. The best guide under 500 pages that teaches us so much on so many subjects on this vital element of justice is this collection, and it now is found on my desk, for easy and repeated consultation.

We are all in the debt of Justice David Cole, whose day to day work and scholarly contributions on sentencing surpass all Canadian jurists and to Professor Roberts, whose books and articles on this subject occupy an entire shelf of my desk.

# L'ASSOCIATION CANADIENNE DES JUGES DES COURS PROVINCIALES CANADIAN ASSOCIATION OF PROVINCIAL COURT JUDGES

## COMITÉS / COMMITTEES

COMITÉE / COMITÉ	EXECUTIVE MEMBRE / MEMBRE DU CONSEIL D'ADMINISTRATION	RESPONSIBLE MEMBER / MEMBRE RESPONSABLE	COMITÉE / COMITÉ	EXECUTIVE MEMBRE / MEMBRE DU CONSEIL D'ADMINISTRATION	RESPONSIBLE MEMBER / MEMBRE RESPONSABLE
Conference 2022 – Nova Scotia  Congrès 2022 – Nouvelle- Écosse	<b>Judge Theodore K. Tax</b> Provincial Court of Nova Scotia 200-277 Pleasant Street Dartmouth, NS B2Y 4B7 Tel / Tél. 902 424-0386 Fax / Télécopieur 902 424-0677  <b>Judge Ronda van der Hoek</b> Provincial Court of Nova Scotia, 87 Cornwallis St., Kentville, NS, B4N 2E5 Tel / Tél. 902-679-6047 Fax / Télécopieur 902-679-6190	<b>Judge Theodore K. Tax</b> President/Président	<b>Equality and Diversity / Égalité et diversité</b>	<b>Judge Kael McKenzie</b> Provincial Court of Manitoba Court House 500 – 408 York Avenue Winnipeg, MB R3C 0P9 Tel / Tél. : 204 945-3461 Fax / Télécopieur : 204 945--0552	<b>Justice Martha Zivolak</b> 1 <sup>st</sup> Vice-President / 1 <sup>er</sup> Vice- président
Conference 2023 – Newfoundland and Labrador  Congrès 2023 – Terre-Neuve-et-Labrador	<b>Judge Kymil Howe</b> Provincial Court of Newfoundland and Labrador P.O. Box 2006, 82 Mt. Bernard Avenue Corner Brook, NL A2H 6J8 Tel/Tél. (709) 637-2317 Fax/Télécopieur (709) 639-3609  <b>Judge Mark Linehan</b> Provincial Court of Newfoundland and Labrador P.O. Box 2222 100 Airport Road Gander, NL A1V 2N9 Tel / Tél. : (709) 256-1100 Fax / Télécopieur : (709) 256-1097  <b>Judge Phyllis Harris</b> Provincial Court of Newfoundland and Labrador P.O. Box 68 215 Water Street St. John's, NL A1C 6C9 Tel / Tél. : (709) 729-1004 Fax / Télécopieur : (709) 729-0796	<b>Judge Kymil Howe</b> 2 <sup>nd</sup> Vice-President / 2 <sup>e</sup> Vice- présidente	<b>History Project/ Projet sur l'historique</b>	<b>Juge Céline Gervais</b> Cour du Québec Palais de justice de Salaberry-de-Valleyfield 180, rue Salaberry Ouest Salaberry-de-Valleyfield, QC J6T 2J2 Tel / Tél. : 450 370-4024 Fax / Télécopieur : 450 370-4010	<b>Judge Theodore K. Tax</b> President/Vice-président
Conference 2024 – Saskatchewan  Congrès 2024 - Saskatchewan	<b>Judge James Rybchuk</b> Provincial Court of Saskatchewan 4 <sup>th</sup> Floor, 1815 Smith Street Regina, SK S4P 2N5 Tel/Tél. : (306) 787-5500 Fax/Télécopieur : (306)-787-3933 Judge Lua E. Gibb  <b>Judge Jane Wootten</b> Provincial Court of Saskatchewan 220-19 <sup>th</sup> Street East Saskatoon, SK S7K 0A2 Tel / Tél. : 306-933-7052 Fax / Télécopieur : 306-933-7043	<b>Judge James Rybchuk</b> 3 <sup>rd</sup> Vice-President / 3 <sup>e</sup> Vice- présidente	<b>Indigenous Justice Committee/ Comité de justice autochtone</b>	<b>Judge Danielle Dalton</b> Provincial Court of Alberta Family and Youth Division 6 <sup>th</sup> Floor North, Law Courts 1A Sir Winston Churchill Square Edmonton, AB T5J 0R2 Tel / Tél. : (780) 427-0001 Fax / Télécopieur : (780) 646-6204	<b>Judge Kymil Howe</b> 2 <sup>nd</sup> Vice-President / 2 <sup>e</sup> Vice- présidente
National Judicial Institute Representative  Représentant de l'Institut national de la magistrature	<b>Judge Theodore K. Tax</b> Provincial Court of Nova Scotia 200-277 Pleasant Street Dartmouth, NS B2Y 4B7 Tel / Tél. 902 424-0386 Fax / Télécopieur 902 424-0677	<b>Judge Theodore K. Tax</b> President/Président	<b>Judicial Counselling/ Programme de consultation pour la magistrature</b>	<b>Juge Julie Messier</b> Cour du Québec Palais de justice 2800, boul. St-Martin Ouest Laval, QC H7T 2S9 Tel / Tél. : 450-686-5909 Fax/Télécopieur : 450-902-3166	<b>Judge Wynne Anne Trahey</b> Secretary / Secrétaire
C.A.P.C.J. Handbook Manuel de l'A.C.J.C.P.	<b>Judge Wynne Anne Trahey</b> Provincial Court of Newfoundland and Labrador P.O. Box 1060 Whiteway Drive Wabush, NL A0R 1B0 Tel / Tél. : (709) 282-6617 Fax / Télécopieur : (709) 282-6905	<b>Judge Wynne Anne Trahey</b> Secretary / Secrétaire	<b>Judicial Ethics Committee/ Comité sur la déontologie judiciaire</b>	<b>Judge Julia Morneau</b> Ontario Court of Justice Courthouse 611 – 9 <sup>th</sup> Avenue East Owen Sound, Ontario N4K 6Z4 Tel / Tél. : (519) 370-2438 Fax / Télécopieur : (519) 376-8930	<b>Judge Kymil Howe</b> 2 <sup>nd</sup> Vice-President / 2 <sup>e</sup> Vice- présidente
Liaison with Judicial and Legal Organizations Liaison avec les organismes judiciaires et juridiques	<b>Judge Wynne Anne Trahey</b> Provincial Court of Newfoundland and Labrador P.O. Box 1060 Whiteway Drive Wabush, NL A0R 1B0 Tel / Tél. : (709) 282-6617 Fax / Télécopieur : (709) 282-6905	<b>Judge Wynne Anne Trahey</b> Secretary / Secrétaire	<b>Ethics Advisory Council/ Conseil consultatif sur l'éthique</b>	<b>Judge Sandra Chapman</b> Provincial Court Law Courts Building Main Floor, 408 York Avenue Winnipeg, Manitoba R3C 0P9 Phone: (204) 945-3454 Fax: (204)945-7130	<b>Judge Kymil Howe</b> 2 <sup>nd</sup> Vice-President / 2 <sup>e</sup> Vice- présidente
Committee on the Law/ Comité sur le droit	<b>Judge Eric Tolppan</b> Provincial Court of Alberta Calgary Courts Centre Suite 1903, 601 5 <sup>th</sup> Street S.W. Calgary, AB T2P 5P7 Tel / Tél. : 403 297-3122 Fax / Télécopieur : 403 297-3179	<b>Judge James Rybchuk</b> 3 <sup>rd</sup> Vice-President / 3 <sup>e</sup> Vice- présidente	<b>Judicial Independence- Financial Security/ Comité sur l'indépendance judiciaire - Sécurité financière</b>	<b>Judge John Maher (Co-Chair)</b> Provincial Court of Alberta Courthouse Edmonton Rural, 190 Chippewa Road Sherwood Park, AB T7Z 1N5 Tel / Tél. : 780 464-0114 Fax / Télécopieur : 780 449-1490  <b>Judge David Walker (Vice-Chair)</b> Provincial Court of New Brunswick 10 Peel Plaza, P. O. Box 5001 Saint John, NB E2L 3G6 Tel/Tél : 506 658-2568 Fax/Télécopieur : 506 658-3759	<b>Juge Marco LaBrie</b> Past- President / Présidente sortante
Communications Committee/ Comité des communications	<b>Justice Martha Zivolak</b> Ontario Court of Justice 45 Main Street East, Floor 5 Hamilton, ON L8N 2B7 Tel/Tél: 905 645-5317 Fax/ Télécopieur : 905 645-5373	<b>Justice Martha Zivolak</b> 1 <sup>st</sup> Vice-President / 1 <sup>er</sup> Vice- président	<b>Judicial Independence - Security of Tenure and Institutional Independence/ Comité sur l'indépendance judiciaire - Inamovibilité et l'indépendance institutionnelle</b>	<b>Judge John Maher (Co-Chair)</b> Provincial Court of Alberta Courthouse Edmonton Rural, 190 Chippewa Road Sherwood Park, AB T7Z 1N5 Tel / Tél. : 780 464-0114 Fax / Télécopieur : 780 449-1490  <b>Judge David Walker (Vice-Chair)</b> Provincial Court of New Brunswick 10 Peel Plaza, P. O. Box 5001 Saint John, NB E2L 3G6 Tel/Tél : 506 658-2568 Fax/Télécopieur : 506 658-3759	<b>Juge Marco LaBrie</b> Past- President / Présidente sortante
Communications Committee - Electronic Communications/ Communications électroniques	<b>Judge Gary Cohen</b> Provincial Court of British Columbia 14340 – 57 <sup>th</sup> Avenue Surrey, BC V3X 1B2 Tel / Tél. 604 572-2300 Fax / Télécopieur 604 572-2301  <b>Judge Janet Dixon</b> Provincial Court of Alberta Law Courts 1A Sir Winston Churchill Square Edmonton, AB T5J 0R2 Tel / Tél. : 780-427-7868 Fax / Télécopieur : 780-422-9736	<b>Justice Martha Zivolak</b> 1 <sup>st</sup> Vice-President / 1 <sup>er</sup> Vice- président	<b>National Education/ Formation</b>	<b>Justice Katherine McLeod (chair)</b> Ontario Court of Justice 100-7755 Hurontario St. Brampton, ON L6W 4T6 Tel / Tél. 905 456-4830 Fax / Télécopieur 905 456-4829  <b>Justice Robin Finlayson (vice-chair)</b> Provincial Court of Manitoba 5 <sup>th</sup> Floor - 408 York Avenue Winnipeg, Manitoba R3C 0P9 Tel/Tél. 204-945-3912 Fax/Télécopieur 204-945-0552	<b>Judge Theodore K. Tax</b> President/Président
Communications Committee - Judges' Journal/ Journal des juges	<b>Juge Martine Nolin</b> Cour du Québec, chambre de la jeunesse 410 rue Bellechasse Est. 4e étage Montréal, Qué H3S 1X3 Tel / Tél. 514 495-5801 Fax / Télécopieur 514 393-2106  <b>Judge Michelle C. Christopher</b> Provincial Court of Alberta Law Courts, 460 - 1st St S.E. Medicine Hat, Alberta T1A 0A8 Tel / Tél. (403) 529-8644 Fax / Télécopieur (403) 529-8606	<b>Justice Martha Zivolak</b> 1 <sup>st</sup> Vice-President / 1 <sup>er</sup> Vice- président	<b>Atlantic Education/ Formation de l'Atlantique</b>	<b>Judge Peter Ross</b> 136 Charlotte Street Suites #4 & #5 Sydney, NS B1P 1C3 Tel / Tél. 902- 563-3510 Fax / Télécopieur 902- 563-3421	<b>Judge Theodore K. Tax</b> President/Président
			<b>Prairies &amp; Territories Education/ Formation des Prairies et Territoires</b>	<b>Judge Ryan Rolston</b> Provincial Court of Manitoba Criminal Division 408 York Avenue – 5 <sup>th</sup> Floor Winnipeg, MB Tel / Tél. 204 945-7169 Fax / Télécopieur 204-945-0552	<b>Judge Theodore K. Tax</b> President/Président
			<b>New Judges Education Program/ Séminaire de formation des nouveaux juges</b>	<b>Juge Danielle Côté</b> Cour du Québec Palais de Justice 375, rue King Ouest Sherbrooke, Québec Tel / Tél. : 819-822-6917 Fax / Télécopieur : 819-822-9637	<b>Judge Theodore K. Tax</b> President/Président
			<b>New Judges Skills Seminar/ Séminaire de formation des nouveaux juges</b>	<b>Justice Katherine McLeod</b> Ontario Court of Justice 100-7755 Hurontario St. Brampton, ON L6W 4T6 Tel / Tél. 905 456-4830 Fax / Télécopieur 905 456-4829	<b>Justice Martha Zivolak</b> 1 <sup>st</sup> Vice-President / 1 <sup>er</sup> Vice- président



## LES 40 ANS DE LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS

LE PARAGRAPHE 24(2) DE LA CHARTE,  
DE L'ARRÊT R. C. COLLINS À L'ARRÊT R. C. GRANT ET À L'ARRÊT R. C. TIM :  
OÙ EN SOMMES-NOUS?  
Juge Wayne Gorman, *Cour provinciale de Terre-Neuve-et-Labrador*

LA CHARTE ET LE DROIT PRÉTORIEN  
Juge Pierre Dupras, *Cour du Québec chambre criminelle*

IL Y A QUARANTE ANS  
Juge à la retraite Gerald Mitchell, *Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*

LE DIALOGUE INSTITUTIONNEL  
ET LE RÔLE DES TRIBUNAUX DE PREMIÈRE INSTANCE : À QUI CELA REVIENT-IL?  
Juge Joshua Hawkes, *Cour provinciale de l'Alberta*

EN 1982, LA CHARTE A CHANGÉ LA VIE DES JUGES  
Juge à la retraite Thomas Smith, *Cour provinciale de la Colombie-Britannique*

JE NE SUIS PAS UN RÊVEUR. MAIS J'AI RÉFLÉCHI. ET CELA NE M'AMUSE PAS.  
JE SUIS JUSTE PERPLEXE.  
Juge Jeremy Guild, *Cour provinciale de la Colombie-Britannique*

LA CHARTE : UN POINT DE RALLIEMENT  
Juge Kael McKenzie (il/lui), *Cour provinciale du Manitoba*

## THE CANADIAN CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS: FORTY YEARS ON

12-13 SECTION 24(2) OF THE CHARTER,  
FROM R. V. COLLINS TO R. V. GRANT TO R. V. TIM :  
WHERE ARE WE NOW?  
Judge Wayne Gorman, *Provincial Court of Newfoundland and Labrador*

38-39 THE CHARTER AND CASE LAW  
Judge Pierre Dupras, *Cour du Québec chambre criminelle*

42-43 FORTY YEARS AGO  
Retired Judge Gerald Mitchell, *Provincial Court of Prince Edward Island*

46-47 INSTITUTIONAL DIALOGUE AND THE ROLE OF TRIAL COURTS:  
WHOSE LINE IS IT ANYWAY?  
Judge Joshua Hawkes, *Provincial Court of Alberta*

50-51 IN 1982 THE CHARTER CHANGED JUDGES' LIVES  
Retired Judge Thomas Smith, *Provincial Court of British Columbia*

52-53 I AM NOT A MUSE. BUT I HAVE MUSED.  
AND I AM NOT AMUSED. JUST BEMUSED.  
Judge Jeremy Guild, *Provincial Court of British Columbia*

54-55 THE CHARTER: A RALLYING POINT  
Judge Kael McKenzie (he/him) *Provincial Court of Manitoba*