

Philip Henry Mann *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Ontario, Canadian Association of Chiefs of Police, Criminal Lawyers' Association (Ontario) and Canadian Civil Liberties Association *Interveners*

INDEXED AS: R. v. MANN

Neutral citation: 2004 SCC 52.

File No.: 29477.

2004: March 26; 2004: July 23.*

Present: Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps and Fish JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Police officers approaching scene of reported crime and stopping and detaining individual matching suspect's description — Officer feeling soft object in individual's pocket during pat-down search — Officer reaching into pocket and finding marijuana — Individual charged with possession of marijuana for purposes of trafficking — Whether search of individual's pocket unreasonable — If so, whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

Criminal law — Investigative detention — Search power incidental to investigative detention — Whether police have a common law power to detain individuals for investigative purposes — If so, whether there is a power to search incidental to detention at common law.

Police — Police powers — Investigative detention — Search incidental to investigative detention — Scope of search.

* An application for a rehearing was dismissed on October 28, 2004. This judgment amended para. 40 of the French version. The amendment is included in these reasons. Iacobucci J. took no part in the rehearing.

Philip Henry Mann *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général de l'Ontario, Association canadienne des chefs de police, Criminal Lawyers' Association (Ontario) et Association canadienne des libertés civiles *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. MANN

Référence neutre : 2004 CSC 52.

N^o du greffe : 29477.

2004 : 26 mars; 2004 : 23 juillet*.

Présents : Les juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps et Fish.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Interception et détention par des policiers s'approchant de la scène d'un crime d'une personne correspondant à la description du suspect — Policier sentant un objet mou dans la poche de cette personne lors de la fouille par palpation — Policier glissant la main dans cette poche et y trouvant de la marijuana — Personne accusée de possession de marijuana en vue d'en faire le trafic — La fouille de la poche de cette personne était-elle abusive? — Dans l'affirmative, l'élément de preuve doit-il être écarté? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

Droit criminel — Détention aux fins d'enquête — Pouvoir de fouille accessoire à la détention aux fins d'enquête — Existe-t-il, en common law, un pouvoir habilitant les policiers à détenir une personne aux fins d'enquête? — Dans l'affirmative, existe-t-il, en common law, un pouvoir de fouille accessoire à une détention aux fins d'enquête?

Police — Pouvoirs des policiers — Détention aux fins d'enquête — Fouille accessoire aux détentions pour fins d'enquête — Étendue de la fouille.

* Une requête en nouvelle audition a été rejetée le 28 octobre 2004. Ce jugement a modifié le par. 40 de la version française. La modification a été incorporée dans les présents motifs. Le juge Iacobucci n'a pas pris part à la nouvelle audition.

As two police officers approached the scene of a reported break and enter, they observed M, who matched the description of the suspect, walking casually along the sidewalk. They stopped him. M identified himself and complied with a pat-down search of his person for concealed weapons. During the search, one officer felt a soft object in M's pocket. He reached into the pocket and found a small plastic bag containing marijuana. He also found a number of small plastic baggies in another pocket. M was arrested and charged with possession of marijuana for the purpose of trafficking. The trial judge found that the search of M's pocket contravened s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. He held that the police officer was justified in his search of M for security reasons, but that there was no basis to infer that it was reasonable to look inside M's pocket for security reasons. The evidence was excluded under s. 24(2) of the *Charter*, as its admission would interfere with the fairness of the trial, and the accused was acquitted. The Court of Appeal set aside the acquittal and ordered a new trial, finding that the detention and the pat-down search were authorized by law and were reasonable in the circumstances.

Held (Bastarache and Deschamps JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the acquittal restored.

Per Iacobucci, Major, Binnie, LeBel and Fish JJ.: The police were entitled to detain M for investigative purposes and to conduct a pat-down search to ensure their safety, but the search of M's pockets was unjustified and the evidence discovered therein must be excluded.

Although there is no general power of detention for investigative purposes, police officers may detain an individual if there are reasonable grounds to suspect in all the circumstances that the individual is connected to a particular crime and that the detention is reasonably necessary on an objective view of the circumstances. These circumstances include the extent to which the interference with individual liberty is necessary to the performance of the officer's duty, to the liberty interfered with, and to the nature and extent of the interference. At a minimum, individuals who are detained for investigative purposes must be advised, in clear and simple language, of the reasons for the detention. Investigative detentions carried out in accordance with the common law power recognized in this case will not infringe the detainee's rights under s. 9 of the *Charter*. They should be brief in duration, so compliance with

Deux policiers s'approchant de la scène d'une introduction par effraction ont aperçu M qui marchait tranquillement sur le trottoir. Ce dernier correspondait à la description du suspect. Ils l'ont intercepté. M s'est identifié et s'est plié à une fouille par palpation visant à déterminer s'il était en possession d'une arme dissimulée. Le policier qui effectuait la fouille a senti un objet mou à l'intérieur de la poche de M. Il a glissé sa main dans cette poche et y a trouvé un petit sac en plastique contenant de la marijuana. Dans une autre poche, il a trouvé un certain nombre de sachets en plastique. M a été arrêté et accusé de possession de marijuana en vue d'en faire le trafic. Le juge du procès a conclu que la fouille de la poche de M avait contrevenu à l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il a estimé que le policier avait été justifié de fouiller l'appelant pour des raisons de sécurité, mais que rien ne permettait d'inférer qu'il était raisonnable d'examiner l'intérieur de la poche pour des raisons de sécurité. La preuve a été écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*, son utilisation étant susceptible de compromettre l'équité du procès, et l'accusé a été acquitté. La Cour d'appel a annulé l'acquittement et ordonné la tenue d'un nouveau procès, concluant que la détention et la fouille par palpation étaient autorisées par la loi et n'étaient pas abusives dans les circonstances.

Arrêt (les juges Bastarache et Deschamps sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli et l'acquittement est rétabli.

Les juges Iacobucci, Major, Binnie, LeBel et Fish : Les policiers étaient habilités à détenir M aux fins d'enquête et à le soumettre à une fouille par palpation pour assurer leur sécurité, mais la fouille des poches de M était injustifiée et la preuve découverte dans celles-ci doit être écartée.

Bien qu'il n'existe pas de pouvoir général de détention aux fins d'enquête, les policiers peuvent détenir une personne aux fins d'enquête s'ils ont des motifs raisonnables de soupçonner, à la lumière de toutes les circonstances, que cette personne est impliquée dans un crime donné et qu'il est raisonnablement nécessaire de la détenir suivant une considération objective des circonstances. Parmi ces circonstances, mentionnons la mesure dans laquelle il est nécessaire au policier de porter atteinte à une liberté individuelle afin d'accomplir son devoir, la liberté à laquelle il est porté atteinte, ainsi que la nature et l'étendue de cette atteinte. Une personne détenue aux fins d'enquête doit au minimum être informée en langage clair et simple des motifs de la détention. Une détention aux fins d'enquête exécutée conformément au pouvoir fondé sur la common law reconnu en l'espèce ne porte pas

s. 10(b) will not excuse prolonging, unduly and artificially, any such detention. Investigative detentions do not impose an obligation on the detained individual to answer questions posed by the police. Where a police officer has reasonable grounds to believe that his safety or the safety of others is at risk, the officer may engage in a protective pat-down search of the detained individual. The investigative detention and protective search power must be distinguished from an arrest and the incidental power to search on arrest.

In this case, the seizure of the marijuana contravened s. 8 of the *Charter*. The officers had reasonable grounds to detain M and to conduct a protective search, but no reasonable basis for reaching into M's pocket. This more intrusive part of the search was an unreasonable violation of M's reasonable expectation of privacy in respect of the contents of his pockets. Moreover, the Crown has not shown on the balance of probabilities that the search was carried out in a reasonable manner.

The evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. The trial judge erred in ruling the evidence inadmissible on the basis of trial unfairness because the marijuana was non-conscriptive, but his decision to exclude it was correct. The search went beyond what was required to mitigate concerns about the officer's safety and reflects a serious breach of M's protection against unreasonable search and seizure. When the officer reached into M's pocket, the purpose of the search shifted from safety to the detection and collection of evidence, and the search became one for evidence absent reasonable grounds. While a frisk search is a minimally intrusive search, the search of M's inner pocket must be weighed against the absence of any reasonable basis for justification. The good faith of the officer is but one factor to be considered alongside other factors which speak to the seriousness of the breach, and good faith cannot be claimed if a *Charter* violation is committed on the basis of a police officer's unreasonable error or ignorance as to the scope of his authority. Lastly, although exclusion of the evidence would substantially diminish, if not eliminate altogether, the Crown's case against M and possession of marijuana for the purpose of trafficking is a serious offence, the nature of the fundamental rights at issue and the lack of a reasonable foundation for the search suggest that

atteinte aux droits que l'art. 9 de la *Charte* garantit à la personne détenue. Les détentions effectuées aux fins d'enquête doivent être brèves et l'observation des conditions prescrites par l'al. 10b) ne saurait être utilisée comme une excuse pour prolonger indûment et artificiellement de telles détentions. Les personnes détenues aux fins d'enquête n'ont pas l'obligation de répondre aux questions des policiers. Le policier qui possède des motifs raisonnables de croire que sa sécurité ou celle d'autrui est menacée peut soumettre la personne qu'il détient à une fouille par palpation préventive. Il convient de distinguer les détentions aux fins d'enquête ainsi que le pouvoir de fouille préventive y afférent des arrestations et du pouvoir de fouille y afférent.

En l'espèce, la saisie de la marijuana a contrevenu à l'art. 8 de la *Charte*. Les policiers possédaient des motifs raisonnables de détenir M et d'effectuer une fouille préventive, mais ils n'avaient aucun motif raisonnable de fouiller la poche de M. Cet aspect plus envahissant de la fouille a constitué une violation abusive des attentes raisonnables de M en matière de respect de sa vie privée à l'égard du contenu de ses poches. Qui plus est, le ministère public ne s'est pas acquitté du fardeau qui lui incombait de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que la fouille n'avait pas été effectuée de manière abusive.

La preuve doit être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*. Comme la marijuana n'avait pas été obtenue en mobilisant M contre lui-même, le juge du procès a commis une erreur en déclarant la preuve inadmissible pour le motif que son utilisation compromettrait l'équité du procès, mais sa décision d'écarter cette preuve était fondée. La fouille a excédé ce qui était nécessaire pour atténuer les inquiétudes relatives à la sécurité du policier et révèle une atteinte grave au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garantie à M. Lorsque le policier a glissé sa main à l'intérieur de la poche du vêtement de M, la fouille a changé d'objet. Elle a cessé d'être axée sur des considérations de sécurité pour viser plutôt la détection et la cueillette d'éléments de preuve, devenant ainsi une fouille effectuée en vue de trouver des preuves, et ce en l'absence de motifs raisonnables et probables. Bien qu'une fouille par palpation soit une procédure peu envahissante, la fouille de la poche intérieure du vêtement de M doit être mise en balance avec l'absence de tout motif raisonnable la justifiant. La bonne foi du policier n'est qu'un des facteurs de l'analyse. Elle doit être examinée en corrélation avec d'autres facteurs touchant à la gravité de l'atteinte et elle ne peut être invoquée lorsque la violation de la *Charte* découle d'une erreur déraisonnable d'un agent de police ou de la méconnaissance de l'étendue de son pouvoir. Enfin, bien

inclusion of the evidence would adversely affect the administration of justice.

Per Bastarache and Deschamps JJ. (dissenting): There is a common law power to detain and search those who the police have an articulable cause to believe have been or will be involved in the commission of a criminal offence. In formulating the standard which must be met in order to give rise to the common law power to detain, the term “articulable cause” is preferable to the term “reasonable grounds to detain”. It is a criterion which Canadian courts are familiar with and which they have had little difficulty applying. More importantly, using the term “reasonable grounds” could lead to the erroneous conclusion that the same degree of justification is required to detain as to arrest, which would undermine the very purpose of the common law power to detain. A search incidental to detention has to be rationally connected to the purpose of the initial detention and reasonably necessary to either to ensure the security of police officers or the public, to preserve evidence or to prevent the escape of an offender. Under appropriate circumstances, other goals might be permissible. However, since the power of search incidental to detention is less extensive than the power of search incidental to arrest, the objective of discovering evidence of a crime could not justify a search incidental to investigative detention.

While the search of M’s pocket violated s. 8 of the *Charter*, the evidence should not be excluded pursuant to s. 24(2). First, the evidence obtained by the police was not conscriptive and would not affect the fairness of the trial. Second, the *Charter* violation was not serious. The search was conducted in good faith, and the evidence was found during a search which was so closely related to a legal search that it amounted to a minuscule departure from what would have been permissible. Third, M is charged with a serious offence and the evidence is essential to the Crown’s case. Here, it is the exclusion of the evidence, not its inclusion, which would bring the administration of justice into disrepute.

que l’exclusion de la preuve affaiblisse considérablement la preuve de la Couronne contre l’appelant, voire la réduise à néant, et que la possession de marijuana en vue d’en faire le trafic soit une infraction grave, la nature des droits fondamentaux en cause et l’absence de fondement raisonnable justifiant la fouille tendent à indiquer que l’inclusion de la preuve déconsidérerait l’administration de la justice.

Les juges Bastarache et Deschamps (dissidents) : Il existe en common law un pouvoir autorisant les policiers à détenir et à fouiller une personne lorsqu’ils ont des motifs concrets de croire que celle-ci a participé ou participera à la perpétration d’une infraction criminelle. Dans la formulation de la norme qui doit être respectée pour que naisse le pouvoir de détention reconnu par la common law, il faut préférer l’expression « motifs concrets » à l’expression « motifs raisonnables de détention ». Il s’agit d’un critère avec lequel les tribunaux canadiens sont familiers et qu’ils éprouvent peu de difficulté à appliquer. Facteur plus important, l’emploi de l’expression « motifs raisonnables » pourrait amener à conclure erronément que le degré de justification requis à l’égard d’une détention est le même qu’à l’égard d’une arrestation, situation qui contrecarrerait l’objectif même du pouvoir de détention reconnu par la common law. Toute fouille accessoire à une détention doit comporter un lien logique avec l’objectif de la détention initiale et être raisonnablement nécessaire pour assurer la sécurité des policiers ou du public, pour préserver des éléments de preuve ou pour empêcher l’évasion d’un prévenu. Selon les circonstances, d’autres objectifs pourraient être acceptables. Comme le pouvoir de fouille accessoire à une détention est moins étendu que le pouvoir de fouille accessoire à une arrestation, l’objectif consistant à découvrir des éléments de preuve d’un crime ne saurait justifier une fouille accessoire à une détention aux fins d’enquête.

Bien que la fouille de la poche du vêtement de M ait violé l’art. 8 de la *Charte*, la preuve ne devrait pas être écartée en application du par. 24(2). Premièrement, la preuve recueillie par les policiers n’a pas été obtenue en mobilisant M contre lui-même et son utilisation ne compromettrait pas l’équité du procès. Deuxièmement, il n’y a pas eu violation grave de la *Charte*. La fouille a été exécutée de bonne foi et les éléments de preuve ont été trouvés au cours d’une fouille qui était si intimement liée à une fouille légale qu’elle n’a constitué qu’une violation minime. Troisièmement, M est accusé d’une infraction grave et les éléments recueillis sont essentiels à la preuve de la Couronne. En l’espèce, c’est l’exclusion de la preuve, et non son inclusion, qui déconsidérerait l’administration de la justice.

Cases Cited

By Iacobucci J.

Referred to: *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659; *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2; *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158; *R. v. Godoy*, [1999] 1 S.C.R. 311; *R. v. Simpson* (1993), 12 O.R. (3d) 182; *R. v. Storrey*, [1990] 1 S.C.R. 241; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13; *R. v. Murray* (1999), 136 C.C.C. (3d) 197; *R. v. Jacques*, [1996] 3 S.C.R. 312; *R. v. Asante-Mensah*, [2003] 2 S.C.R. 3, 2003 SCC 38; *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968); *United States v. Cortez*, 449 U.S. 411 (1981); *Adams v. Williams*, 407 U.S. 143 (1972); *United States v. Mendenhall*, 446 U.S. 544 (1980); *United States v. Hensley*, 469 U.S. 221 (1985); *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Buhay*, [2003] 1 S.C.R. 631, 2003 SCC 30; *R. v. Golden*, [2001] 3 S.C.R. 679, 2001 SCC 83; *Minnesota v. Dickerson*, 508 U.S. 366 (1993); *U.S. v. Casado*, 303 F.3d 440 (2002); *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615; *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33; *R. v. Law*, [2002] 1 S.C.R. 227, 2002 SCC 10; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74; *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93; *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755; *R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341.

By Deschamps J. (dissenting)

R. v. Simpson (1993), 12 O.R. (3d) 182; *R. v. Davis* (2004), 346 A.R. 141, 2004 ABCA 33; *R. v. Campbell* (2003), 175 C.C.C. (3d) 452, 2003 MBCA 76; *R. v. Bernard*, [2003] Q.J. No. 5394 (QL); *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968); *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659; *R. v. Murray* (1999), 136 C.C.C. (3d) 197; *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51; *R. v. Buhay*, [2003] 1 S.C.R. 631, 2003 SCC 30; *R. v. Law*, [2002] 1 S.C.R. 227, 2002 SCC 10; *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223; *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 9, 10(a), (b), 24.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 494, 495, 504.
Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, s. 5(2).

Authors Cited

Coughlan, Steve. "Search Based on Articulate Cause: Proceed with Caution or Full Stop?" (2002), 2 C.R. (6th) 49.

Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

Arrêts mentionnés : *R. c. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2; *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158; *R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311; *R. c. Simpson* (1993), 12 O.R. (3d) 182; *R. c. Storrey*, [1990] 1 R.C.S. 241; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13; *R. c. Murray* (1999), 136 C.C.C. (3d) 197; *R. c. Jacques*, [1996] 3 R.C.S. 312; *R. c. Asante-Mensah*, [2003] 2 R.C.S. 3, 2003 CSC 38; *Terry c. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968); *United States c. Cortez*, 449 U.S. 411 (1981); *Adams c. Williams*, 407 U.S. 143 (1972); *United States c. Mendenhall*, 446 U.S. 544 (1980); *United States c. Hensley*, 469 U.S. 221 (1985); *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Buhay*, [2003] 1 R.C.S. 631, 2003 CSC 30; *R. c. Golden*, [2001] 3 R.C.S. 679, 2001 CSC 83; *Minnesota c. Dickerson*, 508 U.S. 366 (1993); *U.S. c. Casado*, 303 F.3d 440 (2002); *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615; *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33; *R. c. Law*, [2002] 1 R.C.S. 227, 2002 CSC 10; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74; *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93; *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755; *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341.

Citée par la juge Deschamps (dissidente)

R. c. Simpson (1993), 12 O.R. (3d) 182; *R. c. Davis* (2004), 346 A.R. 141, 2004 ABCA 33; *R. c. Campbell* (2003), 175 C.C.C. (3d) 452, 2003 MBCA 76; *R. c. Bernard*, [2003] J.Q. n° 5394 (QL); *Terry c. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968); *R. c. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659; *R. c. Murray* (1999), 136 C.C.C. (3d) 197; *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51; *R. c. Buhay*, [2003] 1 R.C.S. 631, 2003 CSC 30; *R. c. Law*, [2002] 1 R.C.S. 227, 2002 CSC 10; *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 9, 10a), b), 24.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 494, 495, 504.
Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19, art. 5(2).

Doctrine citée

Coughlan, Steve. « Search Based on Articulate Cause : Proceed with Caution or Full Stop? » (2002), 2 C.R. (6th) 49.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.

Stribopoulos, James. “A Failed Experiment? Investigative Detention: Ten Years Later” (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 335.

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

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal, [2002] 11 W.W.R. 435, 166 Man. R. (2d) 260, 169 C.C.C. (3d) 272, 5 C.R. (6th) 305, 101 C.R.R. (2d) 25, [2002] M.J. No. 380 (QL), 2002 MBCA 121, setting aside the accused’s acquittal and ordering a new trial. Appeal allowed, Bastarache and Deschamps JJ. dissenting.

Amanda Sansregret and Bruce F. Bonney, for the appellant.

S. David Frankel, Q.C., and *François Lacasse*, for the respondent.

Michal Fairburn, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Greg Preston and Brad Mandrusiak, for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police.

Maureen D. Forestell, for the intervener the Criminal Lawyers’ Association (Ontario).

Christopher D. Bredt and Elissa M. Goodman, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The judgment of Iacobucci, Major, Binnie, LeBel and Fish JJ. was delivered by

IACOBUCCI J. —

I. Introduction

This appeal presents fundamental issues on the right of individuals to walk the streets free from state interference, but in recognition of the necessary role of the police in criminal investigation. As such, this case offers another opportunity to consider the delicate balance that must be struck in adequately

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.

Stribopoulos, James. « A Failed Experiment? Investigative Detention : Ten Years Later » (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 335.

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

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Manitoba, [2002] 11 W.W.R. 435, 166 Man. R. (2d) 260, 169 C.C.C. (3d) 272, 5 C.R. (6th) 305, 101 C.R.R. (2d) 25, [2002] M.J. No. 380 (QL), 2002 MBCA 121, qui a annulé l’acquittement de l’accusé et ordonné la tenue d’un nouveau procès. Pourvoi accueilli, les juges Bastarache et Deschamps sont dissidents.

Amanda Sansregret et Bruce F. Bonney, pour l’appelant.

S. David Frankel, c.r., et *François Lacasse*, pour l’intimé.

Michal Fairburn, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Greg Preston et Brad Mandrusiak, pour l’intervenante l’Association canadienne des chefs de police.

Maureen D. Forestell, pour l’intervenante Criminal Lawyers’ Association (Ontario).

Christopher D. Bredt et Elissa M. Goodman, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

Version française du jugement des juges Iacobucci, Major, Binnie, LeBel et Fish rendu par

LE JUGE IACOBUCCI —

I. Introduction

Le présent pourvoi soulève des questions fondamentales concernant le droit des citoyens de circuler dans les rues sans être dérangés par l’État, compte tenu toutefois du rôle nécessaire que joue la police dans les enquêtes criminelles. Nous avons donc en l’espèce une autre occasion d’examiner l’équilibre

protecting individual liberties and properly recognizing legitimate police functions.

In particular, the following issues are squarely before the Court: (i) whether there exists, at common law, a police power to detain individuals for investigative purposes; and (ii) if so, whether there exists a concomitant common law power of search incident to such investigative detentions. Additionally, I consider (iii) whether any existing detention and/or search power was properly exercised; and (iv) if the appellant's rights were violated, whether the evidence ought to be excluded under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

As explained in the reasons that follow, I conclude that the police in this case were empowered at common law to detain the appellant and to search him for protective purposes. Like the trial judge, however, I believe that their search fell outside the ambit of what is permissible, and that the unconstitutionally obtained evidence was properly excluded. Accordingly, I would allow the appeal and restore the acquittal entered at trial.

II. Facts

On December 23, 2000, shortly before midnight, two police officers received a radio dispatch message detailing a break and enter in progress in a neighbouring district of downtown Winnipeg. The suspect was described as a 21-year-old aboriginal male, approximately five feet eight inches tall, weighing about 165 pounds, clad in a black jacket with white sleeves, and thought to be one "Zachary Parisienne".

As the officers approached the scene of the reported crime, they observed an individual walking casually along the sidewalk. They testified that this individual matched the description of the suspect "to the tee". The officers stopped the appellant, Philip Mann, and asked him to identify

délicat qui doit être établi pour protéger adéquatement les libertés individuelles et reconnaître comme il se doit des fonctions légitimes de la police.

Plus précisément, notre Cour est directement saisie des questions suivantes : (i) Existe-t-il, en common law, un pouvoir habilitant les policiers à détenir une personne aux fins d'enquête? (ii) Dans l'affirmative, ces détentions aux fins d'enquête sont-elles assorties d'un pouvoir de fouille accessoire concomitant, lui aussi reconnu par la common law? En outre, eu égard aux faits du présent pourvoi, je vais répondre aux questions suivantes : (iii) Si un tel pouvoir de détention, de fouille ou de détention et de fouille existe, les policiers étaient-ils justifiés de l'exercer? (iv) S'il y a eu atteinte aux droits de l'appelant, la preuve recueillie doit-elle être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Comme il sera expliqué dans les motifs qui suivent, j'estime qu'en l'espèce les policiers étaient habilités par la common law à détenir l'appelant et à le fouiller à des fins préventives. Toutefois, à l'instar du juge du procès, je suis d'avis que la fouille effectuée par les policiers a dépassé les limites de l'acceptable et que la preuve obtenue de façon inconstitutionnelle a été écartée à bon droit. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'acquittal inscrit au procès.

II. Les faits

Le 23 décembre 2000, peu avant minuit, deux policiers ont reçu du répartiteur radio un message leur signalant qu'une introduction par effraction était en cours dans un quartier voisin du centre-ville de Winnipeg. Le suspect était décrit comme étant un homme autochtone âgé de 21 ans, mesurant approximativement 5 pi 8 po, pesant 165 lb et portant un blouson noir à manches blanches; on pensait qu'il s'agissait d'un certain « Zachary Parisienne ».

En s'approchant de la scène du crime, les policiers ont aperçu un individu qui marchait tranquillement sur le trottoir. D'après leurs témoignages, cet individu correspondait [TRADUCTION] « en tous points » à la description du suspect. Les policiers ont intercepté l'appelant, Philip Mann, et lui ont

2

3

4

5

himself. The appellant stated his name and provided his date of birth to the officers. He also complied with a pat-down search of his person for concealed weapons. The appellant was wearing a pullover sweater with a kangaroo pouch pocket in the front. During the pat-down search, one officer felt a soft object in this pocket. The officer reached into the appellant's pocket and found a small plastic bag containing 27.55 grams of marijuana. In another pocket, the officer found a number of small plastic baggies, two Valium pills and a treaty status card confirming the appellant's identity.

6 The appellant was subsequently arrested and cautioned for the offence of possession for the purpose of trafficking marijuana contrary to s. 5(2) of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19.

III. Relevant Constitutional Provisions

7 *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

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

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

10. Everyone has the right on arrest or detention

(a) to be informed promptly of the reasons therefor;

(b) to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right;

. . .

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

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

demandé de s'identifier. Ce dernier a décliné son nom et sa date de naissance aux policiers. Il s'est également plié à une fouille par palpation visant à déterminer s'il était en possession d'une arme dissimulée. L'appelant portait un chandail à poche kangourou. Le policier qui effectuait la fouille a senti un objet mou à l'intérieur de la poche kangourou. Il a glissé sa main dans cette poche et y a trouvé un petit sac en plastique contenant 27,55 grammes de marijuana. Dans une autre poche, il a trouvé un certain nombre de sachets en plastique, deux comprimés de Valium et une carte d'Indien visé par un traité qui confirmait l'identité de l'appelant.

L'appelant a subséquemment été arrêté pour possession de marijuana en vue d'en faire le trafic, infraction prévue au par. 5(2) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19, et on lui a fait la mise en garde habituelle.

III. Les dispositions constitutionnelles pertinentes

Charte canadienne des droits et libertés

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

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

10. Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention :

a) d'être informé dans les plus brefs délais des motifs de son arrestation ou de sa détention;

b) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit;

. . .

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

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

IV. Judicial History

A. *Manitoba Provincial Court*

At trial, defence counsel conceded that the police had the power to stop the appellant for investigative purposes because he matched the description of the perpetrator “to the tee”. Conner Prov. Ct. J. did not consider whether informed consent had been given in relation to the search of the appellant’s person.

Conner Prov. Ct. J. held that the police officer was justified in his search of the appellant for security reasons, but that the particular circumstances did not justify reaching into the appellant’s front pocket after feeling a soft item therein. Conner Prov. Ct. J. held that the officer was required to have “some reason to go beyond the pat down search”, and found that there was no basis upon which an inference could be made that it was reasonable to look inside the pocket for security reasons. Consequently, the search of the appellant’s pocket was found to contravene s. 8 of the *Charter*. Accordingly, the evidence was excluded under s. 24(2) of the *Charter*, as its admission would interfere with the fairness of the trial.

B. *Manitoba Court of Appeal* (2002), 169 C.C.C. (3d) 272, 2002 MBCA 121

The Court of Appeal ultimately concluded that the detention and pat-down search were authorized by law and exercised reasonably on the facts. Twaddle J.A. set aside the acquittal and ordered a new trial.

Twaddle J.A. began with the proposition that a warrantless search is *prima facie* unreasonable, and that the burden falls on the Crown to show that the search was nevertheless reasonable on a balance of probabilities. He then turned to consider whether there existed common law authority for the initial detention. Applying the test set out in *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659 (C.C.A.), he held

IV. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour provinciale du Manitoba*

Au procès, l’avocat de la défense a concédé que, comme l’appelant correspondait « en tous points » à la description de l’auteur de l’infraction, la police avait le pouvoir de l’intercepter aux fins d’enquête. Le juge Conner de la Cour provinciale ne s’est pas demandé si l’appelant avait consenti de façon éclairée à la fouille effectuée sur sa personne.

Le juge Conner a conclu que le policier avait été justifié de fouiller l’appelant pour des raisons de sécurité, mais que les circonstances particulières de l’affaire ne justifiaient pas qu’il glisse sa main à l’intérieur de la poche avant du chandail de l’appelant après y avoir senti la présence d’un objet mou. Concluant que le policier était tenu d’avoir [TRADUCTION] « une raison de ne pas se limiter à la fouille par palpation », le juge Conner a estimé que rien ne permettait d’inférer qu’il était raisonnable d’examiner l’intérieur de la poche pour des raisons de sécurité. Par conséquent, il a été jugé que la fouille de la poche du chandail de l’appelant contrevenait à l’art. 8 de la *Charte*. La preuve a donc été écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*, étant donné que son utilisation était susceptible de compromettre l’équité du procès.

B. *Cour d’appel du Manitoba* (2002), 169 C.C.C. (3d) 272, 2002 MBCA 121

En définitive, la Cour d’appel a jugé que la détention et la fouille par palpation étaient autorisées par la loi et que, eu égard aux faits, elles avaient été effectuées de manière non abusive. Le juge Twaddle a annulé l’acquittement et ordonné la tenue d’un nouveau procès.

Le juge Twaddle est parti du principe qu’une fouille sans mandat est à première vue abusive et qu’il incombe au ministère public d’en établir le caractère non abusif, selon la prépondérance des probabilités. Il s’est ensuite demandé s’il existait en common law un pouvoir autorisant la détention initiale. Appliquant le critère énoncé dans l’arrêt *R. c. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659 (C.C.A.),

8

9

10

11

that the detention was authorized at law based on the facts. He noted that the circumstances fell within the general scope of the duties of a police officer, and that the detention was further justified given the similarity of the appellant's description to that of the suspect.

12 With respect to a search power incident to detention, Twaddle J.A. held that the pat-down search, while *prima facie* an unlawful interference with the appellant's liberty, was regardless a justifiable use of power associated with the duties of the police in preserving the peace and protecting life. Twaddle J.A. declined to consider whether the officers' actions could be justified on the basis that they had articulable cause for detaining and searching the appellant.

13 Having found the detention and search power to be authorized by law, Twaddle J.A. considered whether the search had been conducted reasonably. He held that it was not unreasonable for the police officer, having found something soft in the front pocket of the appellant's pullover, to continue searching inside the pocket. Twaddle J.A. distinguished between search after arrest and search incident to detention, the latter being limited only to searches for weapons.

14 Twaddle J.A.'s conclusion on the reasonableness of the search was premised upon the good faith conduct of the officers in carrying out the protective search. He stated that it was not reasonable for the interior of the pocket to be searched absent a finding on the pat-down search of something that either was or could conceal a weapon. However, given the safety rationale underlying the pat-down search, he was wary of placing too rigid a constraint on officers' abilities to ensure a safe environment. Twaddle J.A. held that officers should be allowed some latitude in this regard so long as the search for weapons was conducted in good faith. As the good faith conduct of the officers was unquestioned, Twaddle J.A. concluded that the scope of the search had been reasonable in

il a conclu que, à la lumière des faits, la détention était autorisée par la loi. Il a fait remarquer que les circonstances entraient dans le champ général des devoirs d'un policier et que la détention était également justifiée en raison de la similitude entre la description de l'appelant et celle du suspect.

Relativement au pouvoir de fouille accessoire à la détention, le juge Twaddle a estimé que, bien que constituant à première vue une atteinte illicite à la liberté de l'appelant, la fouille par palpation représentait néanmoins un exercice justifiable du pouvoir relié aux devoirs des policiers de maintenir l'ordre et de protéger la vie. Le juge Twaddle a refusé d'examiner la question de savoir si les actes accomplis par les policiers pouvaient être justifiés par l'existence d'un motif précis ou concret les autorisant à détenir et fouiller l'appelant.

Ayant conclu que le pouvoir de détention et de fouille était autorisé par la loi, le juge Twaddle s'est demandé si la fouille avait été effectuée d'une manière non abusive. Il a estimé que le policier n'avait pas agi abusivement en fouillant l'intérieur de la poche avant du chandail de l'appelant après y avoir constaté la présence d'un objet mou. Le juge Twaddle a fait une distinction entre les fouilles effectuées après une arrestation et les fouilles accessoires à une détention, ces dernières se limitant uniquement à la recherche d'armes.

La conclusion du juge Twaddle sur le caractère non abusif de la fouille reposait sur la bonne foi démontrée par les policiers dans l'exécution de la fouille préventive. Le juge a affirmé qu'il n'était pas raisonnable de fouiller l'intérieur de la poche à moins d'avoir d'abord trouvé, pendant la fouille par palpation, un objet constituant une arme ou pouvant en dissimuler une. Toutefois, comme des raisons de sécurité motivent les fouilles par palpation, le juge était réticent à imposer des limites trop strictes à la capacité des policiers de sécuriser les lieux. Il a conclu que les policiers doivent jouir d'une certaine latitude à cet égard, pourvu qu'ils agissent de bonne foi lorsqu'ils procèdent à une fouille dans le but de déceler la présence d'armes. La bonne foi des policiers n'étant pas mise en

this case and that there had been no breach of the appellant's right to be secure against unreasonable search or seizure under s. 8 of the *Charter*.

V. Analysis

A. *Introduction*

As stated earlier, the issues in this case require the Court to balance individual liberty rights and privacy interests with a societal interest in effective policing. Absent a law to the contrary, individuals are free to do as they please. By contrast, the police (and more broadly, the state) may act only to the extent that they are empowered to do so by law. The vibrancy of a democracy is apparent by how wisely it navigates through those critical junctures where state action intersects with, and threatens to impinge upon, individual liberties.

Nowhere do these interests collide more frequently than in the area of criminal investigation. *Charter* rights do not exist in a vacuum; they are animated at virtually every stage of police action. Given their mandate to investigate crime and keep the peace, police officers must be empowered to respond quickly, effectively, and flexibly to the diversity of encounters experienced daily on the front lines of policing. Despite there being no formal consensus about the existence of a police power to detain for investigative purposes, several commentators note its long-standing use in Canadian policing practice: see A. Young, "All Along the Watchtower: Arbitrary Detention and the Police Function" (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 329, at p. 330; and J. Stribopoulos, "A Failed Experiment? Investigative Detention: Ten Years Later" (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 335, at p. 339.

At the same time, this Court must tread softly where complex legal developments are best left

doute, le juge Twaddle a estimé que l'étendue de la fouille était raisonnable en l'espèce et qu'il n'y avait pas eu atteinte au droit de l'appelant à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte*.

V. Analyse

A. *Introduction*

Comme il a été expliqué plus tôt, pour trancher les questions qui sont en litige dans le présent pourvoi, la Cour doit mettre en balance les droits à la liberté individuelle et au respect à la vie privée d'une part, et l'intérêt de la société à disposer de services efficaces de maintien de l'ordre. Sauf règle de droit à l'effet contraire, les gens sont libres d'agir comme ils l'entendent. En revanche, les policiers (et, d'une manière plus générale, l'État) ne peuvent agir que dans la mesure où le droit les autorise à le faire. La vitalité d'une démocratie ressort de la sagesse manifestée par celle-ci lors des moments critiques où l'action de l'État intersecte et menace d'entraver des libertés individuelles.

Le domaine des enquêtes criminelles est incontestablement celui où ces intérêts entrent le plus fréquemment en collision. Les droits garantis par la *Charte* n'existent pas dans l'abstrait; ils entrent en jeu pratiquement à toutes les étapes de l'intervention policière. Comme les policiers ont pour mission de protéger la paix publique et d'enquêter sur les crimes, ils doivent être habilités à réagir avec rapidité, efficacité et souplesse aux diverses situations qu'ils rencontrent quotidiennement aux premières lignes du maintien de l'ordre. Malgré l'absence de consensus formel quant à l'existence du pouvoir des policiers de détenir une personne aux fins d'enquête, plusieurs commentateurs signalent que ce pouvoir est utilisé depuis longtemps au Canada en tant que pratique de maintien de l'ordre : voir A. Young, « All Along the Watchtower : Arbitrary Detention and the Police Function » (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 329, p. 330; et J. Stribopoulos, « A Failed Experiment? Investigative Detention : Ten Years Later » (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 335, p. 339.

Par ailleurs, notre Cour doit agir avec circonspection lorsque l'évolution de questions

15

16

17

to the experience and expertise of legislators. As McLachlin J. (as she then was) noted in *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750, at p. 760, major changes requiring the development of subsidiary rules and procedures relevant to their implementation are better accomplished through legislative deliberation than by judicial decree. It is for that very reason that I do not believe it appropriate for this Court to recognize a general power of detention for investigative purposes. The Court cannot, however, shy away from the task where common law rules are required to be incrementally adapted to reflect societal change. Courts, as its custodians, share responsibility for ensuring that the common law reflects current and emerging societal needs and values: *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at p. 670. Here, our duty is to lay down the common law governing police powers of investigative detention in the particular context of this case.

juridiques complexes requiert l'expérience et l'expertise des législateurs. Comme l'a expliqué la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) aux p. 760-761 de l'arrêt *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750, il est préférable que des modifications substantielles exigeant l'élaboration de règles et de procédures subsidiaires liées à leur mise en œuvre soient apportées par voie de débats parlementaires plutôt que par voie de décisions judiciaires. C'est exactement pour cette raison que j'estime qu'il n'est pas indiqué que la Cour reconnaisse l'existence d'un pouvoir général de détention aux fins d'enquête. Toutefois, la Cour ne peut abdiquer le rôle qui lui incombe de veiller à l'adaptation progressive des règles de common law à l'évolution de la société. En tant que gardiens de ces règles, les tribunaux partagent la responsabilité de faire en sorte que la common law reflète l'état actuel des besoins et des valeurs de la société et leur évolution : *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, p. 670. En l'espèce, notre devoir consiste à énoncer les règles de common law qui régissent, dans le contexte particulier de la présente affaire, les pouvoirs des policiers en matière de détention aux fins d'enquête.

18

Where, as in this case, the relevant common law rule has evolved gradually through jurisprudential treatment, the judiciary is the proper forum for the recognition and ordering of further legal developments, absent legislative intervention. Over time, the common law has moved cautiously to carve out a limited sphere for state intrusions on individual liberties in the context of policing. The recognition of a limited police power of investigative detention marks another step in that measured development. It is, of course, open to Parliament to enact legislation in line with what it deems the best approach to the matter, subject to overarching requirements of constitutional compliance. As well, Parliament may seek to legislate appropriate practice and procedural techniques to ensure that respect for individual liberty is adequately balanced against the interest of officer safety. In the meantime, however, the unregulated use of investigative detentions in policing, their uncertain legal status, and the potential for abuse inherent in such low-visibility exercises of discretionary power are

Lorsque, comme c'est le cas dans le présent pourvoi, la règle de common law pertinente a évolué graduellement au fil de décisions judiciaires, les tribunaux sont le cadre indiqué pour reconnaître et arrêter de nouveaux raffinements juridiques en l'absence d'intervention du législateur. Avec le temps, la common law a su ménager prudemment une sphère restreinte d'immixtions étatiques dans les libertés individuelles aux fins de maintien de l'ordre. Le fait de reconnaître aux policiers un pouvoir limité de détention aux fins d'enquête constitue une autre étape dans cette évolution progressive. Certes, le Parlement est libre d'édicter une loi établissant la démarche qu'il juge la meilleure à cet égard, pourvu qu'il se conforme aux exigences primordiales de la Constitution. De même, il est possible que le Parlement veuille instaurer, par voie législative, des pratiques et procédures propres à établir un juste équilibre entre le respect des libertés individuelles et l'intérêt de la société à assurer la sécurité des policiers. Dans l'intervalle, cependant, l'emploi non réglementé des détentions aux fins d'enquête

all pressing reasons why the Court must exercise its custodial role.

“Detention” has been held to cover, in Canada, a broad range of encounters between police officers and members of the public. Even so, the police cannot be said to “detain”, within the meaning of ss. 9 and 10 of the *Charter*, every suspect they stop for purposes of identification, or even interview. The person who is stopped will in all cases be “detained” in the sense of “delayed”, or “kept waiting”. But the constitutional rights recognized by ss. 9 and 10 of the *Charter* are not engaged by delays that involve no significant physical or psychological restraint. In this case, the trial judge concluded that the appellant was detained by the police when they searched him. We have not been urged to revisit that conclusion and, in the circumstances, I would decline to do so.

A detention for investigative purposes is, like any other detention, subject to *Charter* scrutiny. Section 9 of the *Charter*, for example, provides that everyone has the right “not to be arbitrarily detained”. It is well recognized that a lawful detention is not “arbitrary” within the meaning of that provision. Consequently, an investigative detention that is carried out in accordance with the common law power recognized in this case will not infringe the detainee’s rights under s. 9 of the *Charter*.

Section 10(a) of the *Charter* provides that “[e]veryone has the right on arrest or detention to be informed promptly of the reasons therefor.” At a minimum, individuals who are detained for investigative purposes must therefore be advised, in clear and simple language, of the reasons for the detention.

Section 10(b) of the *Charter* raises more difficult issues. It enshrines the right of detainees “to retain and instruct counsel without delay and to be

en matière de maintien de l’ordre, le statut juridique incertain de ce type de détention et le risque d’abus que comporte intrinsèquement l’exercice difficilement observable de tels pouvoirs discrétionnaires constituent autant de raisons urgentes pour lesquelles la Cour doit exercer son rôle de gardien de la common law.

Au Canada, il a été jugé que le terme « détention » vise un large éventail de contacts entre les policiers et les citoyens. Malgré tout, il est impossible d’affirmer que la police « détient », au sens des art. 9 et 10 de la *Charte*, tout suspect qu’elle intercepte aux fins d’identification ou même d’interrogation. La personne interceptée est dans tous les cas « détenue » en ce sens qu’elle est « retenue » ou « retardée ». Cependant, les droits constitutionnels reconnus par les art. 9 et 10 de la *Charte* n’entrent pas en jeu lorsque le retard n’implique pas l’application de contraintes physiques ou psychologiques appréciables. En l’espèce, le juge du procès a conclu que l’appelant avait été détenu par les policiers lorsqu’ils l’ont fouillé. On ne nous a pas demandé de réexaminer cette conclusion et, dans les circonstances, je m’abstiendrai de le faire.

Comme toute autre détention, les détentions aux fins d’enquête doivent respecter les dispositions de la *Charte*. Par exemple, l’art. 9 de la *Charte* précise que chacun a droit « à la protection contre la détention [. . .] arbitrair[e] ». Il est bien établi qu’une détention légale n’est pas « arbitraire » au sens de cette disposition. Par conséquent, une détention aux fins d’enquête exécutée conformément au pouvoir fondé sur la common law reconnu en l’espèce ne porte pas atteinte aux droits que l’art. 9 de la *Charte* garantit à la personne détenue.

Aux termes de l’al. 10a) de la *Charte*, « [c]hacun a le droit, en cas d’arrestation ou de détention [. . .] d’être informé dans les plus brefs délais des motifs de son arrestation ou de sa détention. » En conséquence, une personne détenue aux fins d’enquête doit au minimum être informée en langage clair et simple des motifs de la détention.

L’alinéa 10b) de la *Charte* soulève des questions plus complexes. Il consacre le droit du détenu « d’avoir recours sans délai à l’assistance d’un

19

20

21

22

informed of that right”. Like every other provision of the *Charter*, s. 10(b) must be purposively interpreted. Mandatory compliance with its requirements cannot be transformed into an excuse for prolonging, unduly and artificially, a detention that, as I later mention, must be of brief duration. Other aspects of s. 10(b), as they arise in the context of investigative detentions, will in my view be left to another day. They should not be considered and settled without the benefit of full consideration in the lower courts, which we do not have in this case.

B. *The Common Law Development of Investigative Detention*

23 A number of cases occurring over the years have culminated in the recognition of a limited power of officers to detain for investigative purposes.

24 The test for whether a police officer has acted within his or her common law powers was first expressed by the English Court of Criminal Appeal in *Waterfield*, *supra*, at pp. 660-61. From the decision emerged a two-pronged analysis where the officer’s conduct is *prima facie* an unlawful interference with an individual’s liberty or property. In those situations, courts must first consider whether the police conduct giving rise to the interference falls within the general scope of any duty imposed on the officer by statute or at common law. If this threshold is met, the analysis continues to consider secondly whether such conduct, albeit within the general scope of such a duty, involved an unjustifiable use of powers associated with the duty.

25 This Court has adopted, refined and incrementally applied the *Waterfield* test in several contexts, including the pre-*Charter* lawfulness of random automobile stops under the Reduced Impaired Driving Everywhere (R.I.D.E.) Program (*Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2); the scope of police power to search incident to lawful arrest (*Cloutier*

avocat et d’être informé de ce droit ». Comme toutes les autres dispositions de la *Charte*, l’al. 10b) doit être interprété téléologiquement. L’observation des conditions prescrites par cette disposition ne saurait être utilisée comme une excuse pour prolonger indûment et artificiellement une détention qui, comme je le précise plus loin, doit être brève. D’autres aspects de l’al. 10b) qui se présentent dans le contexte des détentions aux fins d’enquête seront à mon avis considérés à une autre occasion. Il ne convient pas de les examiner et d’en décider sans le bénéfice d’un examen approfondi devant les juridictions inférieures, avantage dont nous ne disposons pas dans la présente affaire.

B. *L’évolution en common law de la détention aux fins d’enquête*

Un certain nombre de décisions rendues au fil des années ont abouti à la reconnaissance en faveur des policiers d’un pouvoir limité de détention aux fins d’enquête.

Le critère servant à déterminer si un policier a agi conformément aux pouvoirs que lui confère la common law a d’abord été formulé par la Cour d’appel d’Angleterre en matière de juridiction criminelle dans l’arrêt *Waterfield*, précité, p. 660-661. Il s’est dégagé de cet arrêt une analyse à deux volets applicable lorsque la conduite du policier constitue à première vue une atteinte illicite à la liberté ou aux biens d’une personne. En pareil cas, le tribunal se demande d’abord si la conduite du policier à l’origine de l’atteinte entre dans le cadre général d’un devoir imposé à ce dernier par une loi ou par la common law. Si cette condition préliminaire a été satisfaite, le tribunal poursuit l’analyse et se demande si cette conduite, bien qu’elle respecte le cadre général du devoir en question, a donné lieu à un emploi injustifiable de pouvoirs afférents à ce devoir.

Notre Cour a adopté, précisé puis appliqué progressivement le critère de l’arrêt *Waterfield* dans plusieurs contextes, notamment les suivants : la légalité — avant l’entrée en vigueur de la *Charte* — de l’interception au hasard d’automobiles dans le cadre du programme *Reduced Impaired Driving Everywhere* (R.I.D.E.) (*Dedman c. La Reine*, [1985]

v. Langlois, [1990] 1 S.C.R. 158); and the scope of police authority to investigate 911 calls (*R. v. Godoy*, [1999] 1 S.C.R. 311).

At the first stage of the *Waterfield* test, police powers are recognized as deriving from the nature and scope of police duties, including, at common law, “the preservation of the peace, the prevention of crime, and the protection of life and property” (*Dedman*, *supra*, at p. 32). The second stage of the test requires a balance between the competing interests of the police duty and of the liberty interests at stake. This aspect of the test requires a consideration of

whether an invasion of individual rights is necessary in order for the peace officers to perform their duty, and whether such invasion is reasonable in light of the public purposes served by effective control of criminal acts on the one hand and on the other respect for the liberty and fundamental dignity of individuals.

(*Cloutier*, *supra*, at pp. 181-82)

The reasonable necessity or justification of the police conduct in the specific circumstances is highlighted at this stage. Specifically, in *Dedman*, *supra*, at p. 35, Le Dain J. provided that the necessity and reasonableness for the interference with liberty was to be assessed with regard to the nature of the liberty interfered with and the importance of the public purpose served.

The Court of Appeal for Ontario helpfully added a further gloss to this second stage of the *Waterfield* test in *R. v. Simpson* (1993), 12 O.R. (3d) 182, at p. 200, by holding that investigative detentions are only justified at common law “if the detaining officer has some ‘articulable cause’ for the detention”, a concept borrowed from U.S. jurisprudence. Articulable cause was defined by Doherty J.A., at p. 202, as:

2 R.C.S. 2); l’étendue du pouvoir des policiers de procéder à une fouille accessoire à une arrestation légitime (*Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158); l’étendue des pouvoirs des policiers d’enquêter sur les appels au 911 (*R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311).

À la première étape du critère de l’arrêt *Waterfield*, on reconnaît que les pouvoirs des policiers découlent de la nature et de l’étendue de leurs devoirs, y compris, selon la common law, « le maintien de la paix, la prévention du crime et la protection de la vie des personnes et des biens » (*Dedman*, précité, p. 32). À la deuxième étape du critère, il faut établir un juste équilibre entre les intérêts qui s’opposent, à savoir les devoirs des policiers et les droits à la liberté qui sont en jeu. Pour appliquer ce volet du critère, il faut

déterminer si une atteinte aux droits individuels est nécessaire à l’accomplissement du devoir des agents de la paix, et si elle est raisonnable, compte tenu des intérêts d’ordre public servis par, d’un côté, la répression efficace des agissements criminels, et de l’autre, le respect de la liberté et de la dignité fondamentale des individus.

(*Cloutier*, précité, p. 181-182)

À cette étape, le tribunal s’attache à la nécessité ou à la justification raisonnable de la conduite du policier dans les circonstances particulières de l’affaire. De façon plus précise, le juge Le Dain a indiqué, à la p. 35 de l’arrêt *Dedman*, précité, que la nécessité et le caractère raisonnable de l’atteinte à la liberté doivent être évaluées en tenant compte de la nature de la liberté entravée et de l’importance de l’intérêt public servi par cette atteinte.

Dans l’arrêt *R. c. Simpson* (1993), 12 O.R. (3d) 182, la Cour d’appel de l’Ontario a donné des précisions utiles sur ce deuxième volet du critère établi dans l’arrêt *Waterfield*, concluant à la p. 200 que les détentions aux fins d’enquête ne sont justifiées en common law que [TRADUCTION] « dans les cas où l’agent qui procède à la détention a des “motifs concrets” de le faire », concept emprunté à la jurisprudence américaine. Le juge Doherty a défini ainsi la notion de « motifs concrets » à la p. 202 :

26

27

... a constellation of objectively discernible facts which give the detaining officer reasonable cause to suspect that the detainee is criminally implicated in the activity under investigation.

Articulable cause, while clearly a threshold somewhat lower than the reasonable and probable grounds required for lawful arrest (*Simpson, supra*, at p. 203), is likewise both an objective and subjective standard (*R. v. Storrey*, [1990] 1 S.C.R. 241, at p. 250; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13, at para. 29).

28 Doherty J.A. limited the scope of common law investigative detention by explaining that the articulable cause requirement was only an initial step in the ultimate determination of “whether the detention was justified in the totality of the circumstances”, and was thus a lawful exercise of the officer’s common law powers under *Waterfield* (*Simpson, supra*, at p. 203). The court did not, however, set concrete guidelines concerning investigative detentions, leaving the matter to be resolved on a case by case approach to the power.

29 The Court of Appeal of Quebec did not find it necessary to apply the articulable cause doctrine in *R. v. Murray* (1999), 136 C.C.C. (3d) 197. Relying upon the *Waterfield* test, Fish J.A. (as he then was) recognized a narrow police power at common law to set up immediate road blocks along an obvious avenue of escape from the scene of a serious crime. Fish J.A.’s comments on the exercise of this power focus specifically on its reasonable necessity in the totality of the circumstances (p. 205). The road block in *Murray* was set up immediately after the commission of a crime and was limited to an obvious escape route for the sole purpose of apprehending the fleeing perpetrators.

30 In *Simpson, supra*, at p. 202, the Court of Appeal for Ontario held that articulable cause was not

[TRADUCTION] ... un ensemble de faits objectivement discernables donnant à l’agent qui exerce la détention un motif raisonnable de soupçonner que la personne détenue est criminellement impliquée dans l’activité faisant l’objet de l’enquête.

Bien qu’étant un critère clairement moins exigeant que les motifs raisonnables et probables requis pour qu’il y ait une arrestation légale (*Simpson*, précité, p. 203), les motifs concrets constituent eux aussi une norme à la fois objective et subjective (*R. c. Storrey*, [1990] 1 R.C.S. 241, p. 250; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13, par. 29).

Le juge Doherty a limité la portée des détentions aux fins d’enquête reconnues par la common law en expliquant que l’obligation de disposer de motifs concrets n’était qu’une première étape pour décider en définitive [TRADUCTION] « si la détention était justifiée au regard de l’ensemble des circonstances », et qu’elles constituaient ainsi l’exercice légitime des pouvoirs fondés sur la common law reconnus aux policiers dans l’arrêt *Waterfield* (*Simpson*, précité, p. 203). La Cour d’appel n’a cependant pas établi de lignes directrices concrètes à l’égard des détentions aux fins d’enquête, laissant ainsi la question de l’application du pouvoir être tranchée selon les circonstances propres à chaque cas.

La Cour d’appel du Québec n’a pas jugé nécessaire d’appliquer la doctrine des motifs concrets dans l’arrêt *R. c. Murray* (1999), 136 C.C.C. (3d) 197. Se fondant sur le critère établi dans l’arrêt *Waterfield*, le juge Fish a reconnu l’existence en common law d’un pouvoir restreint autorisant les policiers à ériger sans délai des barrages routiers sur une route clairement susceptible d’être empruntée pour fuir les lieux d’un crime grave. Les observations du juge Fish concernant l’exercice de ce pouvoir s’attachent précisément au critère de la nécessité raisonnable eu égard à l’ensemble des circonstances (p. 205). Dans l’arrêt *Murray*, le barrage routier avait été érigé immédiatement après la commission du crime, uniquement sur une route clairement susceptible d’être empruntée, et ce dans le seul but d’appréhender les auteurs du crime.

À la page 202 de l’arrêt *Simpson*, précité, la Cour d’appel de l’Ontario a jugé que les motifs concrets

sustained merely by the officer's hunch based on intuition gained by experience. Indeed, in *R. v. Jacques*, [1996] 3 S.C.R. 312, the majority endorsed the *Simpson* approach to the assessment of evidence, at para. 24, and Major J. in dissent, albeit on another point, acknowledged, at para. 52, that "reasonable grounds" to suspect was equivalent to the articulable cause standard. More recently, this Court endorsed the *Simpson* formulation of the second prong of the *Waterfield* test as providing a broad range of factors to assess justification in the context of criminal law without reference to an investigative detention power: see *Godoy*, *supra*, at para. 18; *R. v. Asante-Mensah*, [2003] 2 S.C.R. 3, 2003 SCC 38, at para. 75.

As mentioned above, the articulable cause standard discussed in *Simpson* has been adopted from American Fourth Amendment jurisprudence, namely the "stop and frisk" doctrine with its genesis in *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968). The doctrine developed as an exception to the Fourth Amendment right to be free from unreasonable search and seizure, where detention is viewed as a "seizure" of the person. The United States Supreme Court held in *Terry* that a police officer may seize an individual reasonably suspected of imminent or on-going criminal activity, ask questions of him or her, and perform a limited frisk search for weapons. Subsequent jurisprudence requires the totality of the circumstances to be taken into account when determining that sufficient reasonable articulable suspicion of criminal activity exists to justify the seizure (see *United States v. Cortez*, 449 U.S. 411 (1981)).

The U.S. case law has evolved significantly since *Terry*. Police authority was expanded in *Adams v. Williams*, 407 U.S. 143 (1972), beyond imminent

ne sauraient reposer sur la seule intuition du policier, basée sur son expérience. De fait, dans l'arrêt *R. c. Jacques*, [1996] 3 R.C.S. 312, les juges majoritaires ont approuvé la méthode d'appréciation de la preuve retenue au par. 24 de l'arrêt *Simpson*, et le juge Major, dissident sur un autre point, a reconnu au par. 52 que l'expression « motifs raisonnables » de soupçonner était équivalente à la norme des motifs concrets (ou motifs précis). Plus récemment, notre Cour a souscrit à la formulation donnée dans l'arrêt *Simpson* du deuxième volet du critère de l'arrêt *Waterfield*, selon laquelle un large éventail de facteurs doivent être pris en considération pour décider si un comportement est justifié en droit criminel, sans toutefois faire état d'aucun pouvoir de détention aux fins d'enquête : voir *Godoy*, précité, par. 18; *R. c. Asante-Mensah*, [2003] 2 R.C.S. 3, 2003 CSC 38, par. 75.

Comme il a été mentionné précédemment, la norme des motifs concrets examinée dans l'arrêt *Simpson* a été empruntée à la jurisprudence américaine sur le Quatrième amendement, en l'occurrence la doctrine de [TRADUCTION] « l'interpellation et de la fouille sommaire », qui tire son origine de l'arrêt *Terry c. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968). Cette doctrine a été élaborée en tant qu'exception au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives que garantit le Quatrième amendement, où la détention est considérée comme une « saisie » de la personne. Dans l'arrêt *Terry*, la Cour suprême des États-Unis a jugé qu'un policier peut ainsi se saisir d'un individu lorsqu'il a des motifs raisonnables de soupçonner que ce dernier est soit sur le point de se livrer à une activité criminelle soit en train de le faire, il peut lui poser des questions et il peut procéder à une fouille par palpation sommaire de cet individu pour vérifier s'il a des armes sur lui. Il ressort de la jurisprudence subséquente que les tribunaux doivent tenir compte de l'ensemble des circonstances pour décider s'il y a suffisamment de soupçons précis et raisonnables de l'existence d'une activité criminelle pour justifier la saisie (voir *United States c. Cortez*, 449 U.S. 411 (1981)).

La jurisprudence américaine a évolué de façon considérable depuis l'arrêt *Terry*. Dans *Adams c. Williams*, 407 U.S. 143 (1972), la cour a élargi le

violent offences to possessory offences reported by reliable informants. In 1980, *United States v. Mendenhall*, 446 U.S. 544 (1980), the U.S. Supreme Court developed a no-seizure rule permitting brief detentions of individuals where reasonable suspicion is lacking. Five years later, in *United States v. Hensley*, 469 U.S. 221 (1985), the U.S. Supreme Court extended *Terry* and *Adams* to permit detention and questioning of persons suspected of involvement in completed felonies, where the suspicion was grounded in specific and articulable facts, on the basis of a public interest in investigating crime and safeguarding the public.

pouvoir des policiers, le rendant applicable non plus seulement aux infractions de violence imminentes mais également aux infractions de possession signalées par des indicateurs fiables. En 1980, dans l'arrêt *United States c. Mendenhall*, 446 U.S. 544 (1980), la Cour suprême des États-Unis a élaboré une règle fondée sur l'absence de saisie qui permet de détenir brièvement des personnes qui ne font par ailleurs pas l'objet de soupçons raisonnables. Cinq ans plus tard, dans l'arrêt *United States c. Hensley*, 469 U.S. 221 (1985), la Cour suprême des États-Unis a élargi la portée des arrêts *Terry* et *Adams*, afin de permettre la détention et l'interrogatoire des personnes soupçonnées d'être impliquées dans des infractions majeures complétées, lorsque les soupçons reposent sur des faits précis et concrets, au motif qu'il est dans l'intérêt général que la police enquête sur les crimes et veille à la protection du public.

33 With respect to terminology, I prefer to use the term “reasonable grounds to detain” rather than the U.S. phrase “articulable cause” since Canadian jurisprudence has employed reasonable grounds in analogous circumstances and has provided useful guidance to decide the issues in question. As I discuss below, the reasonable grounds are related to the police action involved, namely, detention, search or arrest.

Pour ce qui est de la terminologie, je préfère l'emploi des termes « motifs raisonnables de détention » à l'expression américaine « motifs concrets », puisque la jurisprudence canadienne a employé la notion de motifs raisonnables dans des situations analogues et fourni des lignes directrices utiles pour décider des questions pertinentes. Comme je vais l'expliquer, les motifs raisonnables se rattachent à l'action policière en cause, à savoir la détention, la fouille ou l'arrestation.

34 The case law raises several guiding principles governing the use of a police power to detain for investigative purposes. The evolution of the *Waterfield* test, along with the *Simpson* articulable cause requirement, calls for investigative detentions to be premised upon reasonable grounds. The detention must be viewed as reasonably necessary on an objective view of the totality of the circumstances, informing the officer's suspicion that there is a clear nexus between the individual to be detained and a recent or on-going criminal offence. Reasonable grounds figures at the front-end of such an assessment, underlying the officer's reasonable suspicion that the particular individual is implicated in the criminal activity under investigation. The overall reasonableness of the decision to detain, however, must further be assessed against all of the circumstances, most notably the extent to which the

Il ressort de la jurisprudence plusieurs principes directeurs régissant l'utilisation du pouvoir des policiers en matière de détention aux fins d'enquête. L'évolution du critère formulé dans l'arrêt *Waterfield*, de même que l'obligation des policiers de disposer de motifs concrets établie dans l'arrêt *Simpson*, requiert que les détentions aux fins d'enquête reposent sur des motifs raisonnables. La détention doit être jugée raisonnablement nécessaire suivant une considération objective de l'ensemble des circonstances qui sont à la base de la conviction du policier qu'il existe un lien clair entre l'individu qui sera détenu et une infraction criminelle récente ou en cours. La question des motifs raisonnables intervient dès le départ dans cette détermination, car ces motifs sont à la base des soupçons raisonnables du policier que l'individu en cause est impliqué dans l'activité criminelle visée par l'enquête. Toutefois,

interference with individual liberty is necessary to perform the officer's duty, the liberty interfered with, and the nature and extent of that interference, in order to meet the second prong of the *Waterfield* test.

Police powers and police duties are not necessarily correlative. While the police have a common law duty to investigate crime, they are not empowered to undertake any and all action in the exercise of that duty. Individual liberty interests are fundamental to the Canadian constitutional order. Consequently, any intrusion upon them must not be taken lightly and, as a result, police officers do not have *carte blanche* to detain. The power to detain cannot be exercised on the basis of a hunch, nor can it become a *de facto* arrest.

C. Search Powers Incident to Investigative Detention

Any search incidental to the limited police power of investigative detention described above is necessarily a warrantless search. Such searches are presumed to be unreasonable unless they can be justified, and hence found reasonable, pursuant to the test established in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265. Under *Collins*, warrantless searches are deemed reasonable if (a) they are authorized by law, (b) the law itself is reasonable, and (c) the manner in which the search was carried out was also reasonable (p. 278). The Crown bears the burden of demonstrating, on the balance of probabilities, that the warrantless search was authorized by a reasonable law and carried out in a reasonable manner: *R. v. Buhay*, [2003] 1 S.C.R. 631, 2003 SCC 30, at para. 32.

pour satisfaire au deuxième volet du critère établi dans l'arrêt *Waterfield*, le caractère globalement non abusif de la décision de détenir une personne doit également être apprécié au regard de l'ensemble des circonstances, principalement la mesure dans laquelle il est nécessaire au policier de porter atteinte à une liberté individuelle afin d'accomplir son devoir, la liberté à laquelle il est porté atteinte, ainsi que la nature et l'étendue de cette atteinte.

Il n'y a pas nécessairement correspondance entre les pouvoirs dont disposent les policiers et les devoirs qui leur incombent. Bien que, suivant la common law, les policiers aient l'obligation d'enquêter sur les crimes, ils ne sont pas pour autant habilités à prendre n'importe quelle mesure pour s'acquitter de cette obligation. Les droits relatifs à la liberté individuelle constituent un élément fondamental de l'ordre constitutionnel canadien. Il ne faut donc pas prendre les atteintes à ces droits à la légère et, en conséquence, les policiers n'ont pas carte blanche en matière de détention. Le pouvoir de détention ne saurait être exercé sur la foi d'une intuition ni donner lieu dans les faits à une arrestation.

C. Pouvoirs de fouille accessoires à une détention aux fins d'enquête

Toute fouille accomplie accessoirement dans l'exercice du pouvoir limité des policiers de détenir une personne aux fins d'enquête — qui a été décrit précédemment — constitue nécessairement une fouille sans mandat. De telles fouilles sont présumées abusives à moins qu'elles puissent être justifiées et, partant, jugées non abusives conformément au critère établi dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265. D'après cet arrêt, une fouille sans mandat est réputée non abusive lorsque les conditions suivantes sont réunies : a) elle est autorisée par la loi; b) la loi elle-même n'a rien d'abusif; c) la fouille n'a pas non plus été effectuée de manière abusive (p. 278). Il incombe au ministère public d'établir, selon la prépondérance des probabilités, que la fouille effectuée sans mandat était autorisée par une loi non abusive et qu'elle n'a pas été effectuée de manière abusive : *R. c. Buhay*, [2003] 1 R.C.S. 631, 2003 CSC 30, par. 32.

35

36

37 This appeal marks the first opportunity for the Court to discuss whether a search incident to an investigative detention is authorized by law. Underlying this discussion is the need to balance the competing interests of an individual's reasonable expectation of privacy with the interests of police officer safety. In the context of an arrest, this Court has held that, in the absence of a warrant, police officers are empowered to search for weapons or to preserve evidence: *R. v. Golden*, [2001] 3 S.C.R. 679, 2001 SCC 83, at para. 95. In the reasons following, I consider whether and to what extent a power to search incidental to investigative detention exists at common law. I note at the outset the importance of maintaining a distinction between search incidental to arrest and search incidental to an investigative detention. The latter does not give license to officers to reap the seeds of a warrantless search without the need to effect a lawful arrest based on reasonable and probable grounds, nor does it erode the obligation to obtain search warrants where possible.

38 I rely upon the *Waterfield* test discussed above to recognize that a power of search incidental to investigative detention does exist at common law. Under the first prong of the *Waterfield* test, the interference clearly falls within the general scope of a duty imposed by statute or recognized at common law. The duty at issue here is the protection of life and property, which was also at issue in *Dedman*, *supra*, at p. 32.

39 To continue in the *Waterfield* analysis, the conduct giving rise to the interference must involve a justified use of a police power associated with a general duty to search in relation to the protection of life and property. Put differently, the search must be reasonably necessary. The relevant

Dans le présent pourvoi, notre Cour est appelée pour la première fois à examiner la question de savoir si une fouille effectuée accessoirement à une détention aux fins d'enquête est autorisée par la loi. À la base de cet examen est le besoin de mettre en balance des intérêts opposés, les attentes raisonnables d'une personne en matière de respect de sa vie privée d'une part, et la sécurité des policiers d'autre part. Dans le contexte d'une arrestation, notre Cour a conclu que les policiers peuvent procéder sans mandat à des fouilles pour chercher des armes ou pour préserver des éléments de preuve : *R. c. Golden*, [2001] 3 R.C.S. 679, 2001 CSC 83, par. 95. Dans les motifs qui suivent, je vais m'interroger sur l'existence en common law d'un pouvoir de fouille accessoire à une détention aux fins d'enquête, et le cas échéant sur l'étendue de ce pouvoir. D'entrée de jeu, je souligne l'importance de maintenir une distinction entre les fouilles accessoires à une arrestation et les fouilles accessoires à une détention aux fins d'enquête. Ces dernières ne sauraient être utilisées par les policiers pour récolter les fruits d'une fouille sans mandat sans devoir effectuer une arrestation légale fondée sur des motifs raisonnables et probables, et elles ne diminuent d'aucune façon l'obligation des policiers d'obtenir un mandat de perquisition lorsque cela est possible.

Je m'appuie sur le critère établi dans *Waterfield*, examiné précédemment, pour reconnaître qu'il existe en common law un pouvoir de fouille accessoire à une détention aux fins d'enquête. L'application du premier volet du critère établi dans l'arrêt *Waterfield* révèle que l'atteinte se rattache clairement à un devoir entrant dans le cadre général des devoirs imposés par une loi ou reconnus par la common law. Le devoir en question est la protection de la vie et des biens, qui était également en cause dans l'arrêt *Dedman*, précité, p. 32.

L'analyse fondée sur l'arrêt *Waterfield* requiert ensuite que la conduite à l'origine de l'atteinte découle de l'emploi justifié d'un pouvoir policier relié au devoir général de procéder à une fouille pour protéger la vie et les biens. En d'autres termes, la fouille doit être raisonnablement

considerations here include the duty being performed, the extent to which some interference with individual liberty is necessary in the performance of that duty, the importance of the performance of the duty to the public good, the nature of the liberty being interfered with, and the nature and extent of the interference: *Dedman, supra*, at pp. 35-36.

The general duty of officers to protect life may, in some circumstances, give rise to the power to conduct a pat-down search incident to an investigative detention. Such a search power does not exist as a matter of course; the officer must believe on reasonable grounds that his or her own safety, or the safety of others, is at risk. I disagree with the suggestion that the power to detain for investigative searches endorses an incidental search in all circumstances: see S. Coughlan, “Search Based on Articulate Cause: Proceed with Caution or Full Stop?” (2002), 2 C.R. (6th) 49, at p. 63. The officer’s decision to search must also be reasonably necessary in light of the totality of the circumstances. It cannot be justified on the basis of a vague or non-existent concern for safety, nor can the search be premised upon hunches or mere intuition.

The determination as to when a protective search may be merited has been addressed in the United States through several decades of jurisprudence. In *Terry, supra*, at p. 27, the United States Supreme Court carefully circumscribed the search power, by holding that:

... there must be a narrowly drawn authority to permit a reasonable search for weapons for the protection of the police officer, where he has reason to believe that he is dealing with an armed and dangerous individual, regardless of whether he has probable cause to arrest the individual for a crime.

In exercising this authority, the officer must not be acting solely on a hunch, but rather is required

nécessaire. Les facteurs qui doivent être pris en compte ici sont notamment le devoir dont s’acquitte le policier, la mesure dans laquelle l’atteinte à la liberté individuelle est nécessaire à l’accomplissement de ce devoir, l’importance que présente l’accomplissement de ce devoir pour l’intérêt public, la nature de la liberté à laquelle on porte atteinte, ainsi que la nature et l’étendue de l’atteinte : *Dedman, précité*, p. 35-36.

Le devoir général des policiers de protéger la vie peut, dans certaines circonstances, faire naître le pouvoir de procéder à une fouille par palpation accessoire à une détention aux fins d’enquête. Un tel pouvoir de fouille n’existe pas de manière autonome; le policier doit croire, pour des motifs raisonnables, que sa propre sécurité ou celle d’autrui est menacée. Je rejette la suggestion voulant que le pouvoir de détention aux fins d’enquête justifie une fouille accessoire en toutes circonstances : voir S. Coughlan, « Search Based on Articulate Cause : Proceed with Caution or Full Stop? » (2002), 2 C.R. (6th) 49, p. 63. La décision du policier de procéder à une fouille doit également être raisonnablement nécessaire eu égard à l’ensemble des circonstances. Des inquiétudes — vagues ou inexistantes — en matière de sécurité ne sauraient justifier une telle décision, et la fouille ne peut reposer sur l’instinct ou une simple intuition.

Aux États-Unis, plusieurs décennies de jurisprudence ont permis de déterminer les circonstances susceptibles de justifier une fouille préventive. Dans l’arrêt *Terry*, précité, p. 27, la Cour suprême des États-Unis a soigneusement limité ce pouvoir de fouille, tirant à cet égard la conclusion suivante :

[TRADUCTION] ... il convient de reconnaître aux policiers un pouvoir étroitement circonscrit d’assurer leur protection en procédant à une fouille non abusive pour vérifier la présence d’armes, lorsqu’ils ont des raisons de croire qu’ils sont en présence d’un individu armé et dangereux, peu importe qu’ils possèdent ou non des motifs probables d’arrêter l’individu relativement à la commission d’un crime.

Le policier ne doit pas exercer ce pouvoir uniquement en suivant son intuition, mais il doit

40

41

to act on reasonable and specific inferences drawn from the known facts of the situation. The search must also be confined in scope to an intrusion reasonably designed to locate weapons (p. 29).

42

A similar situation to the one at bar was considered by the United States Supreme Court in *Minnesota v. Dickerson*, 508 U.S. 366 (1993). In that case, the officer pursued and frisked an individual who had recently exited a notorious crack house, having changed direction upon noticing the officer. A small lump was felt in the individual's jacket pocket, which the officer surmised was likely crack cocaine. The officer reached into the pocket and his suspicions were confirmed. The U.S. Supreme Court refused to allow the crack cocaine to be used as evidence, stating that the scope of the search exceeded its protective justification. The protective nature of the search was affirmed more recently by the U.S. Second Circuit Court of Appeals in *U.S. v. Casado*, 303 F.3d 440 (2002), where contraband evidence was deemed inadmissible because the officer did not undertake a less-intrusive pat-down search prior to reaching into the detainee's pocket (p. 449).

43

The importance of ensuring officer safety has been recognized in *obiter* by this Court in *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615. Police officers face any number of risks everyday in the carrying out of their policing function, and are entitled to go about their work secure in the knowledge that risks are minimized to the greatest extent possible. As noted by L'Heureux-Dubé J. in *Cloutier*, *supra*, at p. 185, a frisk search is a "relatively non-intrusive procedure", the duration of which is "only a few seconds". Where an officer has reasonable grounds to believe that his or her safety is at risk, the officer may engage in a protective pat-down search of the detained individual. The search must be grounded in objectively discernible facts to prevent "fishing

plutôt agir à partir d'inférences raisonnables et précises fondées sur les faits connus se rapportant à la situation. De plus, la fouille ne doit pas être plus envahissante que ce qui est raisonnablement requis pour découvrir la présence d'armes (p. 29).

Dans l'arrêt *Minnesota c. Dickerson*, 508 U.S. 366 (1993), la Cour suprême des États-Unis était saisie d'une affaire similaire à celle qui nous intéresse. Dans cet arrêt, un individu qui venait de sortir d'une fumerie de crack bien connue et avait changé de direction en apercevant un policier a été poursuivi par ce policier puis soumis à une fouille par palpation. Le policier a senti une petite masse dans la poche du veston de l'individu et a supposé qu'il s'agissait probablement de crack. Il a glissé sa main à l'intérieur de la poche et constaté que ses soupçons étaient fondés. La Cour suprême des États-Unis a refusé que le crack soit utilisé en preuve, affirmant que l'étendue de la fouille avait excédé le but préventif de celle-ci. La nature préventive de ces fouilles a été confirmée plus récemment par la U.S. Second Circuit Court of Appeals dans *U.S. c. Casado*, 303 F.3d 440 (2002), où la preuve de la contrebande a été jugée inadmissible parce que le policier n'avait pas effectué une première fouille par palpation moins envahissante avant de mettre sa main à l'intérieur de la poche du veston du détenu (p. 449).

L'importance des mesures visant à assurer la sécurité du policier a été reconnue dans des remarques incidentes formulées par notre Cour dans *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615. Les policiers s'exposent quotidiennement à de nombreux risques dans le cours de leurs fonctions de maintien de l'ordre, et ils ont droit d'accomplir leur travail en sachant que ces risques sont, dans toute la mesure du possible, réduits au minimum. Comme l'a souligné la juge L'Heureux-Dubé à la p. 185 de l'arrêt *Cloutier*, précité, la fouille par palpation constitue un « mécanisme relativement peu intrusif » qui ne dure « que quelques secondes ». Lorsqu'un policier a des motifs raisonnables de croire que sa sécurité est menacée, il peut soumettre le détenu à une fouille par palpation préventive.

expeditions” on the basis of irrelevant or discriminatory factors.

A finding that a limited power of protective search exists at common law does not obviate the need to apply the *Collins* test for determining whether a warrantless search passes constitutional muster under s. 8 of the *Charter*. To recall, the search must be authorized by a reasonable law, and be carried out in a reasonable manner. The reasonableness of the search necessarily overlaps the second-prong of the *Waterfield* test, with the third factor under *Collins*. The officer must have reasonable grounds to search before the overall reasonableness of the search is considered on the totality of the circumstances.

To summarize, as discussed above, police officers may detain an individual for investigative purposes if there are reasonable grounds to suspect in all the circumstances that the individual is connected to a particular crime and that such a detention is necessary. In addition, where a police officer has reasonable grounds to believe that his or her safety or that of others is at risk, the officer may engage in a protective pat-down search of the detained individual. Both the detention and the pat-down search must be conducted in a reasonable manner. In this connection, I note that the investigative detention should be brief in duration and does not impose an obligation on the detained individual to answer questions posed by the police. The investigative detention and protective search power are to be distinguished from an arrest and the incidental power to search on arrest, which do not arise in this case.

VI. Application to the Facts

Having set out the relevant considerations above, I turn to whether the detention and search

La fouille doit être fondée sur des faits objectivement discernables afin d’éviter une « recherche à l’aveuglette » motivée par des facteurs discriminatoires et non pertinents.

La conclusion qu’il existe en common law un pouvoir limité de procéder à une fouille préventive n’écarte pas la nécessité d’appliquer le critère établi dans l’arrêt *Collins* pour déterminer si la fouille sans mandat est constitutionnellement valide au regard de l’art. 8 de la *Charte*. Rappelons ce critère : la fouille doit être autorisée par une loi non abusive et ne doit pas avoir été effectuée de manière abusive. En raison de la condition relative au caractère non abusif de la fouille, le deuxième volet du critère établi dans l’arrêt *Waterfield* recoupe nécessairement le troisième facteur énoncé dans l’arrêt *Collins*. Il faut que le policier ait eu des motifs raisonnables de procéder à la fouille avant que l’on puisse s’interroger sur le caractère globalement non abusif de la fouille eu égard à l’ensemble des circonstances.

En résumé, comme il a été expliqué plus tôt, les policiers peuvent détenir une personne aux fins d’enquête s’ils ont des motifs raisonnables de soupçonner, à la lumière de toutes les circonstances, que cette personne est impliquée dans un crime donné et qu’il est nécessaire de la détenir. En outre, le policier qui possède des motifs raisonnables de croire que sa sécurité ou celle d’autrui est menacée peut soumettre la personne qu’il détient à une fouille par palpation préventive. Tant la détention que la fouille par palpation doivent être effectuées de manière non abusive. À cet égard, je souligne que les détentions effectuées aux fins d’enquête doivent être brèves et que les personnes détenues n’ont pas l’obligation de répondre aux questions du policier. Il convient de distinguer les détentions aux fins d’enquête ainsi que le pouvoir de fouille préventive y afférent des arrestations et du pouvoir de fouille y afférent, situation qui ne se présente pas en l’espèce.

VI. Application aux faits de l’espèce

Après avoir énoncé les considérations pertinentes, je vais maintenant me demander si la détention

44

45

46

of the appellant in this case has met the applicable standards.

47 The officers had reasonable grounds to detain the appellant. He closely matched the description of the suspect given by radio dispatch, and was only two or three blocks from the scene of the reported crime. These factors led the officers to reasonably suspect that the appellant was involved in recent criminal activity, and at the very least ought to be investigated further. The presence of an individual in a so-called high crime area is relevant only so far as it reflects his or her proximity to a particular crime. The high crime nature of a neighbourhood is not by itself a basis for detaining individuals.

48 Furthermore, there were reasonable grounds for a protective search of the appellant. There was a logical possibility that the appellant, suspected on reasonable grounds of having recently committed a break-and-enter, was in possession of break-and-enter tools, which could be used as weapons. The encounter also occurred just after midnight and there were no other people in the area. On balance, the officer was justified in conducting a pat-down search for protective purposes.

49 The officer's decision to go beyond this initial pat-down and reach into the appellant's pocket after feeling an admittedly soft object therein is problematic. The trial judge found that the officer had no reasonable basis for reaching into the pocket. This more intrusive part of the search was an unreasonable violation of the appellant's reasonable expectation of privacy in the contents of his pockets. The trial judge found as a fact that "there [was] nothing from which [he could] infer that it was reasonable to proceed beyond a pat down search for security reasons". The Court of Appeal did not give due deference to this important finding, which was largely based on the credibility of witnesses, an area strictly in the domain of the trial judge absent palpable and overriding

et la fouille de l'appelant ont satisfait en l'espèce aux normes applicables.

Les policiers avaient des motifs raisonnables de détenir l'appelant. Il correspondait étroitement à la description du suspect transmise par le répartiteur radio et il se trouvait à seulement deux ou trois pâtés de maisons de la scène du crime. Ces facteurs ont amené les policiers à soupçonner raisonnablement que l'appelant avait été impliqué dans des activités criminelles récentes et qu'il devait à tout le moins faire l'objet d'une enquête plus approfondie. La présence d'une personne dans un quartier dit à criminalité élevée n'est pertinente qu'en ce qu'elle témoigne du fait que cette personne se trouvait à proximité du lieu du crime. Le fait qu'un quartier possède un taux de criminalité élevé ne constitue pas en soi une raison de détenir quelqu'un.

En outre, il existait des motifs raisonnables justifiant de soumettre l'appelant à une fouille préventive. Il était logiquement possible que l'appelant, qui était soupçonné d'avoir tout juste commis une introduction par effraction, fut en possession d'outils utilisés pour commettre l'infraction et pouvant servir d'armes. De plus, la rencontre est survenue peu de temps après minuit et il n'y avait personne d'autre aux alentours. Dans l'ensemble, le policier était fondé à procéder à une fouille par palpation préventive.

Pose problème la décision du policier de ne pas se limiter à la fouille par palpation initiale, mais de glisser sa main à l'intérieur de la poche du vêtement de l'appelant après y avoir senti la présence d'un objet qui, reconnaît-on, était mou. Le juge du procès a conclu que le policier n'avait aucun motif raisonnable le justifiant de glisser sa main dans la poche du vêtement. Cet aspect plus envahissant de la fouille constitue une violation abusive des attentes raisonnables de l'appelant en matière de respect de sa vie privée à l'égard du contenu de ses poches. Le juge du procès a tiré la conclusion de fait suivante : [TRADUCTION] « rien ne [permettait au policier] d'inférer qu'il était raisonnable, pour des raisons de sécurité, de ne pas se limiter à la fouille par palpation ». La Cour d'appel n'a pas

error: *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33. Moreover, the Crown has not discharged its burden to show on the balance of probabilities that the third aspect of the *Collins* test has been satisfied, namely that the search was carried out in a reasonable manner.

The seizure of the marijuana from the appellant was unlawful in this case. The admissibility of the evidence must accordingly be considered under s. 24(2) of the *Charter*.

VII. The Admissibility of the Evidence

This Court has recently reviewed the three-step inquiry to determine whether the admission of evidence will bring the administration of justice into disrepute under s. 24(2) in *Buhay*, *supra*.

This inquiry begins with a consideration of the fairness of the trial. As explained by this Court in *R. v. Law*, [2002] 1 S.C.R. 227, 2002 SCC 10, at para. 34, the key consideration under this head of analysis is the “nature of the evidence obtained and the nature of the right violated”. The trial judge erred in law in his consideration of the effect of the inclusion on trial fairness. The marijuana was non-conscriptive. The appellant was not “forced or conscripted to provide evidence in the form of statements or bodily samples for the benefit of the state”: *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, at para. 73; *Buhay*, *supra*, at para. 49.

At the second stage of the inquiry, the seriousness of the breach is considered. A number of factors are engaged under this head of analysis, including whether the breach was committed in good or bad faith, the obtrusiveness of the search, the individual’s expectation of privacy in the area searched and the existence of reasonable grounds. In my opinion,

témoigné toute la déférence requise à l’égard de cette importante conclusion, qui reposait dans une large mesure sur la crédibilité des témoins, aspect qui relève strictement du juge du procès en l’absence d’erreur manifeste et dominante : *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33. Qui plus est, le ministère public ne s’est pas acquitté du fardeau qui lui incombait de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, qu’il avait été satisfait au troisième volet du critère établi dans l’arrêt *Collins*, à savoir que la fouille n’avait pas été effectuée de manière abusive.

La saisie de la marijuana se trouvant sur l’appellant était illégale en l’espèce. Il faut donc se demander, conformément au par. 24(2) de la *Charte*, si cet élément de preuve peut être utilisé.

VII. L’utilisation de la preuve

Récemment, dans l’arrêt *Buhay*, précité, notre Cour a réexaminé l’analyse en trois temps qui permet de décider si l’utilisation d’un élément de preuve est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice au sens du par. 24(2).

Dans cette analyse, le tribunal s’attache d’abord à l’équité du procès. Comme l’a expliqué notre Cour au par. 34 de l’arrêt *R. c. Law*, [2002] 1 R.C.S. 227, 2002 CSC 10, le facteur clé dans cette partie de l’analyse est « la nature de la preuve obtenue et celle du droit violé ». Le juge du procès a commis une erreur de droit dans son appréciation de l’effet de l’utilisation de l’élément de preuve sur l’équité du procès. La marijuana n’a pas été obtenue en mobilisant l’appellant contre lui-même. Ce dernier n’a pas été « mobilisé contre lui-même ou forcé de fournir, au profit de l’État, des éléments de preuve sous forme de déclarations ou de substances corporelles » : *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, par. 73; *Buhay*, précité, par. 49.

Dans la deuxième étape de l’analyse, le tribunal examine la gravité de l’atteinte. De nombreux facteurs sont pris en compte dans ce volet de l’analyse, notamment la question de savoir si l’atteinte a été commise de bonne foi ou de mauvaise foi, le caractère envahissant de la fouille, les attentes de l’intéressé en matière de respect de sa vie privée à l’égard

50

51

52

53

these facts sustain an unacceptably serious disregard for the appellant's s. 8 rights.

54 The trial judge found that the officer went beyond a protective search when he reached into the appellant's pocket. At that point, the purpose of the search shifted from safety to the detection and collection of evidence, and thus became a search for evidence absent reasonable and probable grounds. The trial judge's reasons for the exclusion of evidence are brief, but instructive:

In my view, the peace officer had to have some reason to go beyond the pat down search, something where he could indicate a reason for going into the pocket of Mr. Mann, whether it was curiosity when he said I wondered what it was, he described it as soft. There is nothing from which I can infer that it was reasonable to proceed beyond a pat down search for security reasons.

55 The Court of Appeal admitted the evidence based on its conclusions that the officer found the evidence in good faith. However, this Court has stated that "good faith cannot be claimed if a *Charter* violation is committed on the basis of a police officer's unreasonable error or ignorance as to the scope of his or her authority" (*Buhay, supra*, at para. 59, citing J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at p. 450). I conclude that the Court of Appeal erred in admitting the evidence based on the good faith of the officer. Good faith is but one factor in the analysis and must be considered alongside other factors which speak to the seriousness of the breach.

56 While a frisk search is a minimally intrusive search, as noted by this Court in *Cloutier, supra*, at p. 185, the search of the appellant's inner pocket must be weighed against the absence of any reasonable basis for justification. Individuals have a reasonable expectation of privacy in their pockets. The search here went beyond what was required to

de l'endroit fouillé et l'existence ou non de motifs raisonnables. À mon avis, l'examen de ces facteurs révèle un mépris intolérablement grave des droits garantis à l'appelant par l'art. 8.

Le juge du procès a conclu que le policier ne s'était pas limité à une fouille préventive lorsqu'il a glissé sa main à l'intérieur de la poche du vêtement de l'appelant. Dès ce moment, la fouille a changé d'objet. Elle a cessé d'être axée sur des considérations de sécurité pour viser plutôt la détection et la cueillette d'éléments de preuve, devenant ainsi une fouille effectuée en vue de trouver des preuves, et ce en l'absence de motifs raisonnables et probables. Les motifs exposés par le juge du procès pour exclure la preuve sont brefs mais révélateurs :

[TRADUCTION] À mon avis, il fallait que le policier ait une raison de ne pas se limiter à la fouille par palpation, un indice qu'il aurait pu donner pour justifier le fait d'avoir glissé sa main dans la poche du vêtement de M. Mann, fut-ce la curiosité lorsqu'il a dit s'être demandé de quoi il s'agissait, cette chose qu'il a décrite comme étant un objet mou. Rien ne me permet d'inférer qu'il était raisonnable, pour des raisons de sécurité, de ne pas se limiter à la fouille par palpation.

La Cour d'appel a admis les éléments de preuve après avoir conclu que le policier les avait recueillis en agissant de bonne foi. Cependant, notre Cour a indiqué que « la bonne foi ne peut être invoquée lorsqu'une atteinte à la *Charte* découle d'une erreur déraisonnable d'un agent de police ou de la méconnaissance de l'étendue de son pouvoir » (*Buhay, précité*, par. 59, citant J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2^e éd. 1999), p. 450). J'estime que la Cour d'appel a commis une erreur en admettant les éléments de preuve sur la base de la bonne foi du policier. La bonne foi n'est qu'un des facteurs de l'analyse et elle doit être examinée en corrélation avec d'autres facteurs touchant à la gravité de l'atteinte.

Bien que, comme l'a fait remarquer notre Cour dans l'arrêt *Cloutier, précité*, p. 185, une fouille par palpation soit une procédure peu envahissante, la fouille de la poche intérieure du vêtement de l'appelant doit être mise en balance avec l'absence de tout motif raisonnable la justifiant. Les gens ont, quant aux poches de leurs vêtements, une attente

mitigate concerns about officer safety and reflects a serious breach of the appellant's protection against unreasonable search and seizure.

The final consideration is whether the exclusion of the evidence would adversely affect the administration of justice. In this case, there is little doubt that the seized marijuana is the crux of the Crown's case against the appellant. Exclusion of the evidence would substantially diminish, if not eliminate altogether, the Crown's case against the appellant. Possession of marijuana for the purpose of trafficking remains a serious offence despite continuing debate about the extent of the harm associated with marijuana use: *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74, at paras. 60 and 153. Regardless, evidence which is non-conscriptive and essential to the Crown's case needs not necessarily be admitted: *Buhay*, *supra*, at para. 71. Just as there is no automatic exclusionary rule, there can be no automatic inclusion of the evidence either. The focus of the inquiry under this head of analysis is to balance the interests of truth with the integrity of the justice system. The nature of the fundamental rights at issue, and the lack of a reasonable foundation for the search suggest that the inclusion of the evidence would adversely affect the administration of justice.

The exercise under s. 24(2) has been summarized by this Court in *Buhay*, *supra*, at para. 72:

An appellate court must determine if, all factors considered, the trial judge's conclusion to exclude the evidence, based on her or his finding that its admission would bring the administration of justice into disrepute, was reasonable.

The standard of review applicable to a trial judge's decision about whether or not evidence ought to be excluded under s. 24(2) was also discussed in *Buhay*, *supra*, at paras. 42-47. The trial judge's appreciation of whether the admission of

raisonnable en matière de respect de leur vie privée. En l'espèce, la fouille a excédé ce qui était nécessaire pour atténuer les inquiétudes relatives à la sécurité du policier et révèle une atteinte grave au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garanti à l'appelant.

Le dernier facteur consiste à se demander si l'exclusion de la preuve déconsidérerait l'administration de la justice. Dans la présente affaire, il fait peu de doute que la marijuana saisie constitue l'essentiel de la preuve de la Couronne contre l'appelant. L'exclusion de cet élément affaiblirait considérablement la preuve à charge, voire la réduirait à néant. La possession de marijuana en vue d'en faire le trafic demeure une infraction grave, malgré la poursuite des débats sur l'étendue du préjudice associé à la consommation de cette substance : *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74, par. 60 et 153. Quoi qu'il en soit, un élément de preuve qui n'a pas été obtenu en mobilisant l'accusé contre lui-même et qui est essentiel à la poursuite ne doit pas nécessairement être admis : *Buhay*, précité, par. 71. Tout comme il n'existe pas de règle d'exclusion automatique, il n'y a pas non plus de règle d'inclusion automatique. Dans cette partie de l'analyse, il faut s'attacher à mettre en balance l'intérêt de l'État à découvrir la vérité d'une part et l'intégrité du système judiciaire d'autre part. La nature des droits fondamentaux en cause et l'absence de fondement raisonnable justifiant la fouille tendent à indiquer que l'inclusion de la preuve déconsidérerait l'administration de la justice.

L'analyse fondée sur le par. 24(2) a été résumée ainsi par notre Cour dans l'arrêt *Buhay*, précité, par. 72 :

La cour d'appel doit décider si, compte tenu de tous les facteurs, la décision du juge du procès d'exclure la preuve, après avoir conclu que son utilisation aurait pour effet de déconsidérer l'administration de la justice, était raisonnable.

La norme de contrôle applicable à la décision du juge du procès d'écarter ou non un élément de preuve en application du par. 24(2) a également été examinée dans l'arrêt *Buhay*, précité, par. 42-47. La décision du juge du procès sur la question de savoir

57

58

59

evidence would bring the administration of justice into disrepute is entitled to deference, as it is made on the basis of factors established through testimony. This Court has affirmed the importance of deferring to the findings of lower courts in the context of s. 24(2) on numerous occasions: see *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93, at p. 98; *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755, at p. 783; *R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341, at para. 35; *Buhay*, *supra*, at para. 44. The decision to exclude evidence must be reasonable. Reviewing courts will not interfere with the trial judge's conclusions on s. 24(2) "absent an 'apparent error as to the applicable principles or rules of law' or an 'unreasonable finding'" (*Law*, *supra*, at para. 32).

60 The trial judge ruled the evidence inadmissible on the basis of trial unfairness. In this respect, he erred. However, his conclusion to exclude the evidence was correct.

VIII. Conclusion

61 For the foregoing reasons, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Manitoba Court of Appeal, and restore the acquittal.

The reasons of Bastarache and Deschamps JJ. were delivered by

DESCHAMPS J. (dissenting) —

I. Introduction

62 I have had the advantage of reading the reasons of my colleague Iacobucci J. I concur in principle with his analysis on the issue of the existence of a power to detain at common law. However, I express certain reservations as regards the terminology which he adopts in setting out the conditions necessary to give rise to that power and the precise scope of the search which is incidental to it. In addition, while I conclude, as he does, that the search of the appellant violated s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, I cannot accept that the violation is such that the

si l'utilisation d'un élément de la preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice appelle à la déférence, puisqu'elle est fondée sur des facteurs qui ressortent des témoignages. Notre Cour a à maintes reprises réitéré l'importance de témoigner de la déférence envers les décisions rendues par les juridictions inférieures dans le contexte du par. 24(2) : voir *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93, p. 98; *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755, p. 783; *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341, par. 35; *Buhay*, précité, par. 44. La décision d'écarter un élément de preuve doit être raisonnable. La cour de révision ne modifiera pas la conclusion du juge du procès sur l'application du par. 24(2) « en l'absence d'une "erreur manifeste quant aux principes ou aux règles de droit applicables" ou d'une "conclusion déraisonnable" » (*Law*, précité, par. 32).

Le juge du procès a déclaré que la preuve était inadmissible pour le motif que son utilisation compromettrait l'équité du procès. Il a commis une erreur en invoquant ce motif. Toutefois, sa décision d'écarter cette preuve était fondée.

VIII. Conclusion

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba et de rétablir l'acquittal.

Version française des motifs des juges Bastarache et Deschamps rendus par

LA JUGE DESCHAMPS (dissidente) —

I. Introduction

J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Iacobucci et je souscris en principe à son analyse sur la question de l'existence d'un pouvoir de détention en common law. J'ai toutefois des réserves quant à la terminologie qu'il adopte pour formuler les conditions nécessaires pour donner naissance à ce pouvoir et à l'étendue de la fouille accessoire à ce pouvoir. Par ailleurs, bien que, à l'instar de mon collègue, je conclue que la fouille de l'appellant était contraire à l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, je ne puis accepter qu'il s'agit d'une atteinte telle que l'utilisation des

admission of the evidence which was obtained by the police in the present case would “bring the administration of justice into disrepute”. As such, I cannot agree with his disposition in the present appeal.

II. Articulable Cause and Reasonable Grounds to Detain

Iacobucci J. is of the view that in formulating the standard which must be met in order to give rise to the common law power to detain, the term “reasonable grounds to detain” is preferable to the term “articulable cause” (para. 33). I disagree. “Articulable cause” is a criterion which Canadian courts are familiar with and which they have had little difficulty applying. In the years since *R. v. Simpson* (1993), 12 O.R. (3d) 182, was decided by the Ontario Court of Appeal, it has been adopted by many lower courts across the country, including the courts of appeal of three provinces besides Ontario (see *R. v. Davis* (2004), 346 A.R. 141, 2004 ABCA 33; *R. v. Campbell* (2003), 175 C.C.C. (3d) 452, 2003 MBCA 76; *R. v. Bernard*, [2003] Q.J. No. 5394 (QL)). Furthermore, as my colleague points out, it has been in use in the United States for nearly 40 years (see *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968)), a fact which lends further support to the view that it is a useful and workable standard.

More important, however, than the merits of the phrase “articulable cause” are the problems associated with the alternative which the majority has adopted. “Reasonable grounds” has traditionally been employed to describe the standard which must be met in order to give rise to the power to arrest a suspect (see, e.g., ss. 494, 495 and 504 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46). Using this term in the present context could lead to the erroneous conclusion that the same degree of justification is required for a detention as is required in order to carry out an arrest. This cannot be the case. It would undermine the very purpose of the common law power to detain, which is to provide police with a less extensive and intrusive means of carrying out their duties where they do not have sufficient

éléments de preuve obtenus par le policier en l’espèce est « susceptible de déconsidérer l’administration de la justice ». Pour ces motifs, je ne peux souscrire à la conclusion à laquelle en vient mon collègue.

II. Motifs concrets et motifs raisonnables justifiant de détenir une personne

Le juge Iacobucci est d’avis que, dans la formulation de la norme qui doit être respectée pour que naisse le pouvoir de détention reconnu par la common law, il faut préférer l’expression « motifs raisonnables de détention » à l’expression « motifs concrets » (par. 33). Je ne partage pas cette opinion. La notion de « motifs concrets » (ou « motifs précis ») est un critère avec lequel les tribunaux canadiens sont familiers et qu’ils éprouvent peu de difficulté à appliquer. Depuis l’arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario *R. c. Simpson* (1993), 12 O.R. (3d) 182, ce critère a été adopté par de nombreuses juridictions inférieures dans l’ensemble du Canada, y compris les cours d’appel de trois autres provinces en plus de l’Ontario (voir *R. c. Davis* (2004), 346 A.R. 141, 2004 ABCA 33; *R. c. Campbell* (2003), 175 C.C.C. (3d) 452, 2003 MBCA 76; *R. c. Bernard*, [2003] J.Q. n° 5394 (QL)). En outre, comme le souligne mon collègue, ce critère est utilisé aux États-Unis depuis près de 40 ans (voir *Terry c. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968)), fait qui renforce mon opinion selon laquelle il constitue une norme utile et pratique.

De plus, les problèmes associés à la solution retenue par les juges majoritaires se révèlent plus importants que les désavantages de l’expression « motifs concrets ». L’expression « motifs raisonnables » a traditionnellement été utilisée pour décrire la norme qui doit être satisfaite pour faire naître le pouvoir d’arrêter un suspect (voir, par exemple, les art. 494, 495 et 504 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46). L’emploi de cette expression dans le présent contexte pourrait amener à conclure erronément que le degré de justification requis à l’égard d’une détention est le même qu’à l’égard d’une arrestation. Il ne saurait en être ainsi. Cette situation contrecarrerait l’objectif même du pouvoir de détention reconnu par la common law, à savoir doter les policiers de pouvoirs plus limités et moins envahissants pour

63

64

grounds for arrest, i.e. where there are no 'reasonable grounds'.

III. The Scope of the Power of Search Incidental to Detention

65 I agree with the majority that there is a power to search incidental to detention at common law, stemming from the test set out in *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659 (C.C.A.). I wish to add, however, that I do not believe that such a search must always be restricted to concerns for the safety of a police officer. In the case at bar, security was the only ground raised by the respondent. However, other circumstances may justify resorting to a search incidental to detention.

66 A good example of a lawful search incidental to detention which was not motivated by safety concerns is provided by the decision of the Quebec Court of Appeal in *R. v. Murray* (1999), 136 C.C.C. (3d) 197. In that case, a robbery had been committed by three individuals. The police had set up a road block on a bridge which would have been a likely avenue of flight from the scene of the crime, and were stopping all vehicles which could hide three people. One of the individuals stopped and questioned was the respondent, who was driving a pickup truck. A taut piece of canvass blocked the view of the vehicle's cargo area. Thinking that the suspects in the robbery could be hiding beneath the canvass, a police officer removed it and discovered smuggled cigarettes. Fish J.A. (as he then was) applied the *Waterfield* test and concluded that the search was a valid exercise of the common law power of search incidental to detention. He wrote (at p. 212):

A search incident to detention is a valid exercise of police powers at common law only if the detention is itself lawful.

The search must be for a valid purpose that is rationally connected to the purposes of the initial detention.

s'acquitter de leur tâche dans les cas où ils ne possèdent pas de motifs suffisants pour effectuer une arrestation, c'est-à-dire en l'absence de « motifs raisonnables ».

III. L'étendue du pouvoir de fouille accessoire à une détention

Je partage l'opinion des juges majoritaires selon laquelle il existe en common law un pouvoir de fouille accessoire à une détention, pouvoir dont l'applicabilité est déterminée au moyen du critère énoncé dans l'arrêt *R. c. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659 (C.C.A.). Je tiens toutefois à ajouter que je ne crois pas qu'une telle fouille doive toujours être liée à des considérations touchant à la sécurité du policier. En l'espèce, la sécurité était le seul motif soulevé par l'intimée. D'autres circonstances peuvent cependant justifier le recours à une fouille accessoire à une détention.

L'arrêt *R. c. Murray* (1999), 36 C.C.C. (3d) 197, de la Cour d'appel du Québec constitue un bon exemple d'une fouille accessoire à une détention qui n'était pas motivée par des préoccupations de sécurité et qui a été jugée valide. Dans cette affaire, trois individus avaient commis un vol qualifié. Les policiers, qui avaient érigé un barrage routier sur un pont susceptible d'être emprunté par les suspects pour fuir les lieux du crime, arrêtaient tous les véhicules pouvant cacher trois personnes. L'intimé, qui conduisait une camionnette, a été l'une des personnes interceptées et interrogées. Une bâche de camion tendue couvrait l'espace de chargement du véhicule. Croyant que les personnes soupçonnées d'avoir commis le vol pouvaient être cachées sous la bâche, le policier l'a retirée et a découvert des cigarettes de contrebande. Appliquant le critère énoncé dans l'arrêt *Waterfield*, le juge Fish (maintenant juge de notre Cour) a conclu que le policier avait valablement exercé le pouvoir de fouille accessoire à une détention reconnu par la common law. Il dit ceci, à la p. 212 :

[TRADUCTION] Une fouille accessoire à la détention constitue un exercice valide des pouvoirs reconnus aux policiers par la common law.

La fouille doit viser un objectif valable, comportant un lien logique avec les buts visés par la détention

It must also be reasonably necessary: (1) to secure non-conscriptive evidence of a crime; (2) to protect the police or any member of the public from imminent danger; or (3) to discover and secure anything that could endanger the police, the person detained or any member of the public, or facilitate escape.

I agree with these statements. In my view, any search incidental to detention would have to be both rationally connected to the purpose of the initial detention and reasonably necessary to ensure the security of police officers or the public, to preserve evidence or to prevent the escape of an offender. I do not rule out the possibility that other goals might be permissible, under appropriate circumstances.

That being said, I wish to reiterate the view I have espoused above, that given the lower threshold for justifying a detention as opposed to an arrest, the power of search in the former case is less extensive than in the latter. Thus, for example, the objective of discovering (as opposed to preserving) evidence of a crime could not be used to justify a search incidental to investigative detention. Such searches may only be conducted with a warrant, or pursuant to the common law power of search incidental to arrest (see *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158, at p. 182; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, at para. 27; and *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51, at para. 15). In addition, as I mentioned above, searches incidental to detention must be reasonably necessary to the investigation, and not just rationally connected to it (as is the norm for searches incidental to arrest: *Caslake*, *supra*, at para. 19). Finally, it bears mentioning that a degree of intrusiveness which may be permitted in the context of an arrest may be disproportionate in the context of detention.

The respondent has not demonstrated that the search conducted in the present case was motivated by a need to ensure the safety of the police or the public, to preserve evidence or to prevent the appellant from escaping. Rather, Conner Prov. Ct. J. seems to have been of the view that the search of the

initiale. Elle doit en outre être raisonnablement nécessaire (1) pour recueillir une preuve non conscrite, (2) pour protéger les policiers ou le public d'un danger imminent, ou (3) pour chercher et saisir toute chose qui pourrait mettre en danger les policiers, le détenu ou le public, ou qui pourrait faciliter une évasion.

Je souscris à ces propos. À mon avis, toute fouille accessoire à une détention doit comporter un lien logique avec l'objectif de la détention initiale et être raisonnablement nécessaire pour assurer la sécurité des policiers ou du public, pour préserver des éléments de preuve ou pour empêcher l'évasion d'un prévenu. Je n'écarte pas la possibilité que d'autres objectifs puissent être acceptables selon les circonstances.

Cela dit, je tiens à réitérer l'opinion que j'ai exprimée précédemment : comme le critère applicable pour justifier une détention est moins exigeant que celui applicable à une arrestation, le pouvoir de fouille est moins étendu dans le premier cas que dans le second. Par conséquent, la découverte d'éléments de preuve (par opposition à la préservation de tels éléments) ne pourrait être invoquée comme objectif pour justifier une fouille accessoire à une détention aux fins d'enquête. De telles fouilles ne peuvent être effectuées qu'avec un mandat ou en vertu du pouvoir de fouille accessoire à une arrestation reconnu par la common law (voir *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158, p. 182; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, par. 27; et *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51, par. 15). En outre, comme je l'ai mentionné plus tôt, les fouilles accessoires à une détention doivent être raisonnablement nécessaires à l'enquête et non pas seulement y être liées rationnellement (comme c'est la norme pour les fouilles accessoires à une arrestation : *Caslake*, précité, par. 19). Enfin, il importe de mentionner qu'une fouille ayant un caractère envahissant peut être acceptable dans le contexte d'une arrestation mais s'avérer inacceptable dans le contexte d'une détention.

L'intimée n'a pas établi que la fouille effectuée dans la présente affaire avait été motivée par le besoin d'assurer la sécurité des policiers ou du public, de préserver des éléments de preuve ou d'empêcher l'appelant de s'enfuir. Le juge Conner de la Cour provinciale semble plutôt avoir estimé

67

68

69

appellant's pocket was the result of mere "curiosity". As such, I have no problem concluding, as the majority does, that the search of the appellant in the present case was illegal.

IV. Section 24(2) of the Charter

70

As this Court recently affirmed in *R. v. Buhay*, [2003] 1 S.C.R. 631, 2003 SCC 30, at para. 41, and *R. v. Law*, [2002] 1 S.C.R. 227, 2002 SCC 10, at para. 33, the following three factors are taken into consideration in determining whether or not evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*: (1) the effect of admitting the evidence on the fairness of the subsequent trial, (2) the seriousness of the police conduct, and (3) the effects of excluding the evidence on the administration of justice. Like the majority, I am of the view that the evidence in the present case was not conscriptive. As such, its admission would not compromise the fairness of the trial. I disagree, however, with the majority's conclusion that the second and third considerations justify excluding the evidence nonetheless, in addition to its overall approach to the issue of deference to a trial judge's conclusions regarding the application of s. 24(2).

71

In *Buhay*, *supra*, at para. 52, Arbour J. wrote, for the Court, that among the factors which must be taken into consideration under the second branch of a s. 24(2) inquiry (the seriousness of the violation) are the good faith of the officers, whether the violation was motivated by a situation of urgency or necessity, whether the police officer could have obtained the evidence by other means, thus rendering her or his disregard for the *Charter* gratuitous and blatant, the intrusiveness of the search, the individual's expectation of privacy in the area searched, and the existence of reasonable and probable grounds.

72

This list was not intended to be exhaustive. Nevertheless, I find that many of the factors set out above support the conclusion that the violation which is in issue here was not serious. I also have

que la fouille de la poche du vêtement de l'appelant était uniquement le fruit de la « curiosité ». En conséquence, à l'instar des juges majoritaires, je n'ai aucune difficulté à conclure que la fouille à laquelle a été soumis l'appelant en l'espèce était illégale.

IV. Le paragraphe 24(2) de la Charte

Comme l'a récemment affirmé notre Cour dans les arrêts *R. c. Buhay*, [2003] 1 R.C.S. 631, 2003 CSC 30, par. 41, et *R. c. Law*, [2002] 1 R.C.S. 227, 2002 CSC 10, par. 33, le tribunal doit prendre en considération les trois facteurs suivants pour décider s'il y a lieu d'exclure des éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte* : (1) l'effet de l'utilisation de la preuve sur l'équité du procès à venir; (2) la gravité de la conduite de la police; (3) l'effet de l'exclusion de la preuve sur l'administration de la justice. Tout comme les juges majoritaires, j'estime que la preuve dont il est question en l'espèce n'a pas été recueillie en mobilisant l'accusé contre lui-même. En conséquence, l'utilisation de cette preuve n'était pas susceptible de compromettre l'équité du procès. Toutefois, je ne peux me rallier à la conclusion des juges majoritaires selon laquelle les deuxième et troisième facteurs justifient néanmoins d'écarter la preuve, ni à leur démarche générale relativement à la déférence requise à l'égard des constatations du juge du procès sur l'application du par. 24(2).

S'exprimant pour la Cour dans l'arrêt *Buhay*, précité, par. 52, la juge Arbour a indiqué que les facteurs qui doivent être pris en compte dans la deuxième partie de l'analyse fondée sur le par. 24(2) (la gravité de la violation) sont notamment : la bonne foi des policiers, l'urgence ou la nécessité d'intervenir, la possibilité d'obtenir la preuve par d'autres moyens, auquel cas l'inobservation de la *Charte* serait flagrante et injustifiée, le caractère envahissant de la fouille, les attentes de la personne en matière de respect de sa vie privée à l'égard du lieu où s'effectue la fouille et l'existence de motifs raisonnables et probables.

Cette liste ne se voulait pas exhaustive. Néanmoins, je considère que bon nombre des facteurs énumérés précédemment étayaient la conclusion que nous ne sommes pas en présence d'une

some comments about how some of them should be approached by courts conducting a s. 24(2) analysis.

The officer who conducted the search in the present case did not act in bad faith. There is no evidence that he knew he was acting outside the scope of his powers. Nor is it fair to characterise his error, as the majority does (at para. 55), as unreasonable. Mere “curiosity”, as Conner *Prov. Ct. J.* termed it, does not necessarily amount to bad faith.

Moreover, it is difficult to see how the existence of “alternative means of obtaining the evidence” can be an applicable criterion in a case such as this one, where the police, in the course of a search, came upon evidence which they never sought or expected to obtain. In any event, even if it could be applied here, I cannot think of any lawful alternative which was available to the police officer in the present case which would have rendered his conduct gratuitous or blatant.

With respect to obtrusiveness, I would like to clarify that it is not the intrusiveness of the search in the abstract which must be taken into consideration. Instead, what is to be measured is the degree of intrusion relative to or over and above what would have been permissible under the circumstances. This flows from the fact that what is being determined at this stage of the analysis is the seriousness of the *Charter* violation, not the seriousness of the search *per se*. If it was lawful in the present case for the officers to conduct a pat-down search, I find it difficult to see how taking the small additional step of unthinkingly giving in to curiosity, and slipping a hand into the appellant’s kangaroo pouch can be regarded as sufficient to put the violation which occurred in the present case on the “serious” end of the spectrum. The legal part of the search which involved the touching of the body was much more intrusive than the illegal part, which saw the search extended into the appellant’s open pocket.

violation grave. Je tiens également à formuler quelques commentaires sur la manière dont certains de ces facteurs devraient être appliqués par les tribunaux dans l’analyse fondée sur le par. 24(2).

Le policier qui a procédé à la fouille en l’espèce n’a pas agi de mauvaise foi. Aucune preuve n’indique qu’il savait qu’il outrepassait ses pouvoirs. Il n’est pas approprié de qualifier l’erreur du policier de déraisonnable, comme le font les juges majoritaires (par. 55). La simple « curiosité », pour reprendre le terme utilisé par le juge Conner pour décrire la situation, n’est pas nécessairement assimilable à de la mauvaise foi.

De plus, il est difficile de comprendre comment le critère de l’existence d’autres moyens d’obtenir la preuve peut s’appliquer dans un cas comme l’espèce où les policiers ont trouvé, au cours d’une fouille, des éléments de preuve qu’ils ne cherchaient pas et qu’ils ne s’attendaient pas à découvrir. Quoi qu’il en soit, même si ce facteur s’appliquait ici, je ne peux imaginer d’autre moyen licite que le policier aurait pu utiliser pour obtenir la preuve et dont l’inutilisation en l’espèce aurait rendu sa conduite flagrante et injustifiable.

Pour ce qui est du caractère envahissant, je tiens à préciser que la fouille ne doit pas être appréciée dans l’abstrait, mais plutôt par comparaison à ce qui aurait été acceptable dans les circonstances. Cette conclusion découle du fait que, à cette étape de l’analyse, le tribunal détermine la gravité de la violation de la *Charte* et non la gravité de la fouille elle-même. Si le policier était légalement justifié de procéder à une fouille par palpation en l’espèce, je vois mal comment le petit geste additionnel qu’il a posé en cédant inconsciemment à la curiosité et en glissant sa main à l’intérieur de la poche kangourou du chandail de l’appellant peut suffire à déplacer la violation survenue dans la présente affaire à l’extrémité du spectre où l’on trouve les atteintes « graves ». La partie licite de la fouille, c’est-à-dire lorsque le policier a touché la personne de l’appellant, était beaucoup plus envahissante que la partie illicite de la fouille, à savoir l’introduction de la main à l’intérieur de la poche ouverte du chandail de l’appellant.

73

74

75

76 Turning to the amount of privacy the appellant was reasonably entitled to expect at the time the incident in question occurred, I find it necessary to have regard to the fact that the search occurred late at night (approximately midnight) and in a “high-crime area”, approximately two blocks from the scene of a break-in. Individuals should expect a lesser amount of privacy in public areas frequently patrolled by police than they do in their homes or offices, for example.

77 Finally, while the situation may not have been “urgent”, and while the officers might not have had “reasonable and probable grounds”, the application of all of the other criteria set out above does not, in my view, point to the conclusion that the violation which occurred in the present case was very serious.

78 With respect to the third step of the s. 24(2) inquiry, I disagree with the majority’s conclusion that the inclusion of the evidence in the present case would adversely affect the administration of justice. With respect, I believe it is exclusion which would lead to this result. As this Court affirmed in *Law, supra*, and *Buhay, supra*, the third stage of s. 24(2) analysis turns essentially on the importance for the evidence to the case for the Crown and the gravity of the offence. As Iacobucci J. points out, at para. 57, “there is little doubt that the seized marijuana is the crux of the Crown’s case against the appellant”. The marijuana and “baggies” seized by the officers in the present case constitute the Crown’s only evidence to the effect that the accused possessed the drug and intended to sell it at some point in the near future. In addition, the jurisprudence of this Court strongly supports the view that possession of marijuana for the purposes of trafficking (as opposed to mere possession) is a “serious” offence for the purposes of s. 24(2) of the *Charter* (see *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3, at p. 34; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, at p. 295; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223, at pp. 241 and 261; and *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8, at para. 31). As recently as in *Buhay, supra*, a case involving a charge of possessing a bag of marijuana (as

Quant au degré de respect de sa vie privée auquel l’appelant était raisonnablement justifié de s’attendre lors de l’événement en question, j’estime qu’il faut tenir compte du fait que la fouille a eu lieu tard le soir (vers minuit) et dans un [TRADUCTION] « quartier où le taux de criminalité est élevé », à environ deux pâtés de maisons de l’endroit où l’introduction par effraction a été commise. L’attente en matière de respect de la vie privée dans des endroits publics fréquemment patrouillés par des policiers est moindre qu’à la maison ou au travail, par exemple.

Enfin, bien que la situation n’ait peut-être pas été « urgente », et bien que les policiers n’aient peut-être pas disposé de « motifs raisonnables et probables », l’application de tous les autres facteurs susmentionnés ne permet pas, à mon avis, de conclure que nous sommes en présence d’une violation très grave.

En ce qui concerne la troisième étape de l’analyse fondée sur le par. 24(2), je suis en désaccord avec la conclusion des juges majoritaires selon laquelle l’inclusion de la preuve en l’espèce déconsidérerait l’administration de la justice. En toute déférence, je crois que c’est plutôt l’exclusion de cette preuve qui mènerait à ce résultat. Comme l’a affirmé notre Cour dans les arrêts *Law* et *Buhay*, précités, la troisième étape de l’analyse fondée sur le par. 24(2) porte essentiellement sur l’importance de l’élément de preuve litigieux pour la preuve de la Couronne et sur la gravité de l’infraction. Comme le souligne le juge Iacobucci au par. 57, « il fait peu de doute que la marijuana saisie constitue l’essentiel de la preuve de la Couronne contre l’appelant ». La marijuana et les « sachets » saisis par les policiers dans la présente affaire constituent la seule preuve indiquant que l’accusé avait la drogue en sa possession et entendait la vendre dans un proche avenir. En outre, la jurisprudence de notre Cour étaye solidement l’opinion selon laquelle la possession de marijuana en vue d’en faire le trafic (par opposition à la simple possession) constitue une infraction « grave » pour l’application du par. 24(2) de la *Charte* (voir *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3, p. 34; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, p. 295; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223, p. 241 et 261; *R. c.*

in the present case) for the purposes of trafficking, Arbour J. wrote, for the Court (at para. 68):

In this case, the conviction turned on the admissibility of the evidence. It was thus essential to the Crown's case. As for the seriousness of the offence, in *Kokesch, supra*, at p. 34, Sopinka J. said:

The offences with which the appellant is charged are serious offences, though narcotics offences involving marijuana are generally regarded as less serious than those involving "hard" drugs such as cocaine and heroin.

These factors favour admitting the evidence. [Emphasis added.]

On a final note, I disagree with the majority's view that deference to the findings of a trial judge concerning the application of s. 24(2) favours the result which they have reached in the present case. Conner Prov. Ct. J.'s conclusion on the s. 24(2) issue was based entirely upon the fact that he believed that the evidence in the present case was "conscriptive", with the result that its admission would have interfered "with the fairness of the trial" under the first branch of the test set out above. Given that the majority explicitly, and correctly, in my view, rejects this conclusion as an error of law, and conducts an analysis centred on the application of the second and third branches of the s. 24(2) test (not dealt with at all by Conner Prov. Ct. J., incidentally), I find it difficult to see how it amounts to an exercise of deference to the findings of a trial judge.

V. Conclusion

The present case raises important questions which have not been directly considered by this Court. Subject to the reservations I have expressed above, I agree with the majority's conclusions regarding the existence of a common law power to detain and search those whom the police have an articulable cause to believe have been or will be

Evans, [1996] 1 R.C.S. 8, par. 31). Tout récemment dans l'arrêt *Buhay*, précité, affaire portant (comme en l'espèce) sur une accusation de possession d'un sac contenant de la marijuana en vue d'en faire le trafic, la juge Arbour a écrit ceci au nom de la Cour, au par. 68 :

En l'espèce, la déclaration de culpabilité dépendait de la recevabilité de la preuve. Celle-ci était donc essentielle à la poursuite. Dans *Kokesch*, précité, p. 34, le juge Sopinka dit ceci au sujet de la gravité de l'infraction :

Les infractions dont l'appellant est inculpé sont graves, bien que les infractions relatives aux stupéfiants tels que le chanvre indien soient généralement considérées comme moins sérieuses que celles qui concernent des drogues « dures » comme la cocaïne et l'héroïne.

Ces facteurs militent en faveur de l'utilisation de la preuve. [Je souligne.]

En terminant, je ne partage pas l'opinion des juges majoritaires selon laquelle la déférence que commandent les conclusions du juge du procès sur l'application du par. 24(2) soutient le résultat auquel ils arrivent en l'espèce. La conclusion tirée par le juge Conner de la Cour provinciale au sujet du par. 24(2) reposait entièrement sur le fait que, à son avis, les éléments de preuve litigieux [TRADUCTION] « ont été obtenus en mobilisant l'accusé contre lui-même », de telle sorte que leur utilisation aurait compromis « l'équité du procès » suivant le premier volet du critère décrit plus tôt. Les juges majoritaires rejettent explicitement, avec raison selon moi, cette conclusion au motif qu'il s'agit d'une erreur de droit. Comme leur analyse est axée sur l'application des deuxième et troisième volets de l'examen fondé sur le par. 24(2) (que n'a par ailleurs aucunement abordés le juge Conner), il m'est difficile de voir en quoi ils témoignent de la déférence envers les conclusions du juge du procès.

V. Conclusion

Le présent pourvoi soulève d'importantes questions que notre Cour n'avait pas examinées directement. À l'exception des réserves que j'ai exprimées précédemment, je souscris aux conclusions des juges majoritaires quant à l'existence en common law d'un pouvoir autorisant les policiers à détenir et à fouiller une personne lorsqu'ils ont des motifs

involved in the commission of a criminal offense. With respect to the application of s. 24(2) to the evidence obtained by the police, not only was the evidence not conscriptive, but it was also found during a search which, even if illegal, was so closely related to a legal search that it amounted to a minuscule departure from what would have been permissible. Given these findings, together with the importance of the evidence to the Crown's case on a serious charge, I am not convinced that the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. As such, I would dismiss the present appeal.

Appeal allowed, BASTARACHE and DESCHAMPS JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Legal Aid Manitoba, Winnipeg; Phillips, Aiello, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Vancouver.

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

Solicitor for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police: Edmonton Police Service, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Borden Ladner Gervais LLP, Toronto.

concrets de croire que celle-ci a participé ou participera à la perpétration d'une infraction criminelle. Pour ce qui est de l'application du par. 24(2) aux éléments de preuve recueillis par les policiers, non seulement ces éléments n'ont-ils pas été obtenus en mobilisant l'accusé contre lui-même, mais les policiers les ont trouvés au cours d'une fouille qui, même si elle était illégale, était par ailleurs si intimement liée à une fouille légale qu'elle n'a constitué qu'une violation minime. Vu ces conclusions et l'importance des éléments pour la preuve de la Couronne relativement à une grave accusation, je ne suis pas convaincue que leur utilisation serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Par conséquent, je rejetterais le présent pourvoi.

Pourvoi accueilli, les juges BASTARACHE et DESCHAMPS sont dissidents.

Procureurs de l'appelant : Legal Aid Manitoba, Winnipeg; Phillips, Aiello, Winnipeg.

Procureur de l'intimée : Procureur général du Canada, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Ministère du Procureur général, Toronto.

Procureur de l'intervenante l'Association canadienne des chefs de police : Edmonton Police Service, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Borden Ladner Gervais LLP, Toronto.