

Mohammad Hassan Mian *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Alberta *Intervener*

INDEXED AS: R. v. MIAN

2014 SCC 54

File No.: 35132.

2014: April 15; 2014: September 12.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Appeals — Powers of Court of Appeal — Accused charged with possession of cocaine and possession of currency obtained by crime — Court of Appeal raising new issues on appeal — Whether appeal court erred in ordering new trial on basis of improper cross-examination — Whether appeal court erred in raising new issue on appeal.

Constitutional law — Charter of Rights — Right to be informed of reasons for arrest — Right to counsel — Accused charged with possession of cocaine and possession of currency obtained by crime — Police delaying in advising accused of reasons for arrest and of his rights to retain and instruct counsel — Whether trial judge erred in law in concluding that police infringed accused's right to be informed of reasons for arrest and his right to counsel — Whether trial judge erred in law in excluding evidence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10, 24(2).

The accused was charged with possession of cocaine for the purpose of trafficking and possession of currency obtained by the commission of an offence. The trial judge determined that the accused's rights under s. 10(a) and (b) of the *Charter* were breached because the constables waited 22 minutes to inform him of the reasons

Mohammad Hassan Mian *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général de l'Alberta *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : R. c. MIAN

2014 CSC 54

N° du greffe : 35132.

2014 : 15 avril; 2014 : 12 septembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

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

Droit criminel — Appels — Pouvoirs de la Cour d'appel — Inculpé accusé de possession de cocaïne et de possession d'argent obtenu par la perpétration d'une infraction — Nouvelles questions soulevées en appel par la Cour d'appel — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en ordonnant la tenue d'un nouveau procès sur le fondement de la question d'un contre-interrogatoire inapproprié? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en soulevant une nouvelle question en appel?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit d'être informé des motifs de son arrestation — Droit à l'assistance d'un avocat — Inculpé accusé de possession de cocaïne et de possession d'argent obtenu par la perpétration d'une infraction — Délai avant que la police informe l'accusé des motifs de son arrestation et de son droit à l'assistance d'un avocat — Le juge du procès a-t-il commis une erreur de droit en concluant que la police a porté atteinte au droit de l'accusé d'être informé des motifs de son arrestation et à son droit à l'assistance d'un avocat? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur de droit en excluant des éléments de preuve? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10, 24(2).

L'inculpé a été accusé de possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic et de possession d'argent obtenu par la perpétration d'une infraction. Le juge du procès a conclu qu'il avait été porté atteinte aux droits garantis à l'accusé par les al. 10a) et b) de la *Charte* parce que les policiers ont attendu 22 minutes avant de l'informer des

for his arrest and an extra 2 to 5 minutes to inform him of his right to retain and instruct counsel. The trial judge noted that defence counsel cross-examined the detective who instructed constables to arrest and search the accused. During this cross-examination, defence counsel confronted the detective about the testimony of another Crown witness, which differed from the detective's concerning the grounds to arrest and search the accused. Ultimately, all evidence was excluded and the accused was acquitted. The Crown appealed. After the Crown and defence counsel filed their written submissions, the Court of Appeal provided the parties with a list of cases and called their attention to two issues for comment during oral argument: (1) what is a question of law on an appeal from an acquittal; and (2) the limits of cross-examination and consequences of exceeding the limits. During the oral hearing, both counsel made submissions on whether the defence had conducted an improper examination of the detective by asking him to comment on the veracity of another officer's testimony. The Court of Appeal allowed the appeal on the basis that the trial judge erred in law by relying on the impermissible cross-examination of the police detective. The acquittals were set aside and a new trial ordered.

Held: The appeal should be allowed and the acquittals restored.

An appellate court has the jurisdiction to raise new issues and invite submissions on an issue neither party has raised. An issue is new when it raises a new basis for potentially finding error in the decision under appeal beyond the grounds of appeal as framed by the parties. Issues that are rooted in or are components of an existing issue are not new issues nor are issues that form the backdrop of appellate litigation. Furthermore, not all questions asked by an appeal court will constitute a new issue. Questions raised during the oral hearing may properly touch on a broad range of issues, which may be components of the grounds of appeal put forward by the parties, or may go outside of those grounds in an aim to understand the context, statutory background or larger implications. Absent any concerns about bias, questions raised during the oral hearing, whether linked directly or by extension to the grounds of appeal or not, are not improper.

motifs de son arrestation et 2 à 5 minutes supplémentaires avant de l'informer de son droit à l'assistance d'un avocat. Le juge du procès a souligné que l'avocat de la défense avait contre-interrogé le détective qui avait ordonné au policier d'arrêter et de fouiller l'accusé. Durant ce contre-interrogatoire, l'avocat de la défense a questionné le détective relativement au témoignage d'un autre témoin du ministère public qui différerait de celui du détective quant aux motifs de l'arrestation et de la fouille de l'accusé. En définitive, tous les éléments de preuve ont été exclus et l'accusé a été acquitté. Le ministère public a interjeté appel. Après que le ministère public et l'avocat de la défense eurent déposé leurs observations écrites, la Cour d'appel a fourni aux parties une liste de décisions et elle leur a soumis deux questions pour commentaire à l'audience : (1) Qu'est-ce qu'une question de droit en appel d'un acquittement? (2) Quelles sont les limites du contre-interrogatoire et quelles sont les conséquences lorsque ces limites sont outrepassées? À l'audience, les deux avocats ont présenté des observations sur la question de savoir si la défense avait soumis le détective à un contre-interrogatoire inapproprié en lui demandant de se prononcer sur la véracité du témoignage de l'autre agent. La Cour d'appel a accueilli l'appel au motif que le juge du procès avait commis une erreur de droit en s'appuyant sur le contre-interrogatoire inacceptable du policier détective. Les acquittements ont été annulés et la tenue d'un nouveau procès ordonnée.

Arrêt : L'appel est accueilli et les acquittements rétablis.

Une cour d'appel a compétence pour soulever de nouvelles questions et pour inviter les parties à présenter des observations sur une question que ni l'une ni l'autre n'a soulevée. Une question est nouvelle lorsqu'elle constitue un nouveau fondement sur lequel on pourrait s'appuyer — autre que les moyens d'appel formulés par les parties — pour conclure que la décision frappée d'appel est erronée. Les questions qui reposent sur une question existante ou qui en sont des éléments ne sont pas de nouvelles questions, tout comme celles qui forment la toile de fond de l'instance d'appel n'en sont pas non plus. En outre, ce ne sont pas toutes les questions posées par une cour d'appel qui sont de nouvelles questions. Celles soulevées à l'audience peuvent valablement porter sur une gamme étendue de sujets, qui peuvent être des éléments des moyens d'appel mis de l'avant par les parties, ou aller au-delà de ces moyens dans le but de comprendre le contexte factuel ou législatif, ou les implications plus larges du débat. Pourvu que l'impartialité ne soit pas mise en cause, les questions soulevées à l'audience, qu'elles soient ou non liées directement ou par extension aux moyens d'appel, ne sont pas inappropriées.

While appellate courts have the discretion to raise a new issue, this discretion should be exercised only in rare circumstances. An appellate court should only raise a new issue when failing to do so would risk an injustice. At all times the discretion is limited by the requirement that raising the new issue cannot suggest bias or partiality on the part of the court. Courts cannot be seen to go in search of a wrong to right. Where there is good reason to believe that the result would realistically have differed had the error not been made, this risk of injustice warrants the court of appeal's intervention. The standard of "good reason to believe" that a failure to raise a new issue "would risk an injustice" is a significant threshold which is necessary in this context in order to strike an appropriate balance between the role of appellate courts as independent and impartial arbiters with the need to ensure that justice is done. In order to raise a new issue, the court should also consider whether it has the jurisdiction to consider the issue, whether there is a sufficient record on which to raise the issue and whether raising the issue would result in procedural prejudice to any party.

When an appellate court raises a new issue, there must be notification and opportunity to respond. The court of appeal must make the parties aware that it has discerned a potential issue and ensure that they are sufficiently informed so they may prepare and respond. Requiring that strict procedural standards be followed would fail to recognize that the issue may arise in different circumstances in different cases. The court should raise the issue as soon as is practically possible after the issue crystallizes so as to avoid any undue delay in the proceedings. However, notification of the new issue may occur before the oral hearing, or the issue may be raised during the oral hearing. The notification should not contain too much detail, or indicate that the court of appeal has already formed an opinion, however it must contain enough information to allow the parties to respond to the new issue. The requirements for the response will depend on the particular issue raised by the court. Counsel may wish to simply address the issue orally, file further written argument, or both. The underlying concern should be ensuring that the court receives full submissions on the issue. If a party asks to file written submissions before or after the oral hearing, there should be a presumption in favour of granting the request. Recusal of a judge or panel should be rare and should be governed by the overriding consideration of

Même si une cour d'appel dispose du pouvoir discrétionnaire de soulever une nouvelle question, elle ne doit l'exercer que dans de rares situations. En effet, elle ne doit soulever une telle question que si son omission de le faire risquerait d'entraîner une injustice. Ce pouvoir discrétionnaire est limité en toutes circonstances par l'exigence suivant laquelle, en soulevant la nouvelle question, la cour ne doit pas donner l'impression qu'elle a un parti pris ou qu'elle fait preuve de partialité. Il ne faut pas que les tribunaux soient vus comme étant en quête d'un tort à rectifier. Lorsqu'il existe une bonne raison de croire que le résultat aurait réalistement été différent si l'erreur n'avait pas été commise, ce risque d'injustice justifie l'intervention de la cour d'appel. La norme de la « bonne raison de croire » que l'omission de soulever une nouvelle question « risquerait d'entraîner une injustice » est un seuil élevé et nécessaire dans ce contexte afin d'établir un équilibre approprié entre le rôle des cours d'appel en tant qu'arbitres indépendants et impartiaux et le besoin de veiller à ce que justice soit rendue. Pour soulever une nouvelle question, la cour doit aussi se demander si elle a compétence pour l'examiner, s'il y a suffisamment d'éléments au dossier pour la trancher et si l'une ou l'autre des parties subirait un préjudice d'ordre procédural advenant le cas où la cour en question soulevait une nouvelle question.

Lorsqu'une cour d'appel soulève une nouvelle question, les parties doivent en être notifiées et avoir l'occasion d'y répondre. La cour d'appel doit aviser les parties qu'elle a cerné une question susceptible de se poser et veiller à ce que les parties en soient suffisamment informées pour qu'elles puissent se préparer et y répondre. Prescrire des normes de procédure rigoureuses ferait abstraction du fait que la question peut se présenter dans diverses situations selon les dossiers. La cour doit soulever la question dès qu'il est pratiquement possible de le faire après que la question se cristallise afin d'éviter tout retard indu dans le déroulement de l'instance. Toutefois, la notification de la nouvelle question peut se faire avant l'audience, ou la question être soulevée à l'audience. La notification ne doit pas renfermer trop de détails ou indiquer que la cour d'appel s'est déjà formé une opinion. Toutefois, elle doit renfermer assez d'information pour permettre aux parties de répondre à la nouvelle question. Les exigences relatives à la réponse dépendront de la question particulière soulevée par la cour. Les procureurs voudront peut-être simplement présenter des observations orales sur le sujet, plutôt déposer d'autres arguments écrits ou faire les deux. L'enjeu sous-jacent est de faire en sorte que la cour reçoive des observations complètes sur la nouvelle question. Si une partie demande à présenter des observations écrites avant ou après l'audience, il

whether the new issue or the way in which it was raised could lead to a reasonable apprehension of bias.

In this case, the Court of Appeal erred in raising the new issue of improper cross-examination. The impugned question on cross-examination did not impact the trial judge's decision. The error was not material and the result would not have been different had the trial judge not allowed the impugned cross-examination. Even if the trial judge had relied on the impugned question, it had no material bearing on the outcome so as to raise a realistic risk of an injustice. It is also significant that the improper question was put to a Crown witness, rather than the accused. Furthermore, the Crown neither objected to the impermissible question nor raised it as an issue on appeal which suggests that the question did not have a serious effect on the outcome of the *voir dire*. As not raising the issue of the impugned cross-examination would not have risked an injustice, it follows that the Court of Appeal erred in raising the issue.

There is also no basis to overturn the trial judge's conclusion that the accused's s. 10 *Charter* rights were breached. The trial judge found as a fact that there was insufficient evidence to support the assertion that immediate compliance with s. 10 of the *Charter* would have compromised the ongoing investigation. As Crown appeals from acquittals are restricted to questions of law, findings of fact can only be undermined in limited situations, not applicable in this case. There were no exceptional circumstances to justify the delay by the police in complying with their s. 10 informational duties and therefore no reason to disturb the trial judge's conclusion that s. 10(a) and (b) of the *Charter* were infringed. Furthermore, in view of the deferential standard of review on appeal and because the Crown's arguments with respect to the trial judge's s. 24(2) findings amount to an attack on the trial judge's findings of fact, the trial judge's order to exclude the evidence under s. 24(2) of the *Charter* should also not be interfered with.

doit y avoir une présomption en faveur de l'acceptation de la demande. La récusation devrait être rare et elle doit être régie par la considération prépondérante de savoir si la nouvelle question ou la façon dont elle a été soulevée pourrait susciter une crainte raisonnable de partialité.

En l'espèce, la Cour d'appel a eu tort de soulever la nouvelle question du caractère inapproprié du contre-interrogatoire. La question contestée du contre-interrogatoire n'a pas influé sur la décision du juge du procès. L'erreur n'était pas substantielle et le résultat n'aurait pas été différent si le juge du procès n'avait pas autorisé le contre-interrogatoire contesté. Même si le juge du procès s'était effectivement appuyé sur la question contestée, cela n'aurait pas eu une incidence significative sur le résultat, au point de soulever un risque réaliste d'injustice. Fait également important, la question inappropriée a été posée à un témoin du ministère public, plutôt qu'à l'accusé. En outre, le fait que le ministère public n'ait pas contesté la question inacceptable et qu'il ne l'ait pas soulevée non plus comme moyen d'appel laisse entendre que la question n'avait pas eu d'incidence grave sur l'issue du voir-dire. Puisque le fait de ne pas soulever la question du contre-interrogatoire contesté n'aurait pas risqué d'entraîner une injustice, il s'ensuit que la Cour d'appel a eu tort de soulever la question.

Rien ne permet par ailleurs d'infirmer la conclusion du juge du procès selon laquelle les droits que garantit l'art. 10 de la *Charte* à l'accusé ont été violés. Selon le juge du procès, la preuve était insuffisante pour étayer l'assertion selon laquelle l'enquête plus large aurait été compromise s'il avait été immédiatement satisfait aux obligations découlant de l'art. 10 de la *Charte*. Puisque les appels d'acquittements interjetés par le ministère public se limitent aux questions de droit, les conclusions de fait ne peuvent être remises en cause que dans des situations limitées qui ne se présentent pas en l'espèce. Il n'existait aucune circonstance exceptionnelle qui justifiait le retard des policiers à se conformer aux obligations d'information prescrites par l'art. 10. Il n'y a donc aucune raison de modifier la conclusion du juge du procès selon laquelle les al. 10a) et b) de la *Charte* ont été violés. De plus, compte tenu de la norme de contrôle qui commande la déférence en appel et parce que les arguments du ministère public à l'égard des conclusions du juge du procès en application du par. 24(2) équivalent à une contestation des conclusions de fait du juge du procès, la Cour ne peut intervenir dans la décision du juge du procès fondée sur le par. 24(2) de la *Charte* d'exclure des éléments de preuve.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *Quan v. Cusson*, 2009 SCC 62, [2009] 3 S.C.R. 712; *R. v. W. (G.)*, [1999] 3 S.C.R. 597; *Greenlaw v. United States*, 554 U.S. 237 (2008); *Brouillard v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 39; *R. v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256; *Jones v. National Coal Board*, [1957] 2 All E.R. 155; *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *R. v. Phillips*, 2003 ABCA 4, 320 A.R. 172, aff'd 2003 SCC 57, [2003] 2 S.C.R. 623; *R. v. Taubler* (1987), 20 O.A.C. 64; *R. v. E.M.W.*, 2011 SCC 31, [2011] 2 S.C.R. 542; *Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53; *Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 SCC 19, [2002] 1 S.C.R. 678; *R. v. Kociuk*, 2011 MBCA 85, 270 Man. R. (2d) 170; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat*, 2014 SCC 37, [2014] 2 S.C.R. 33; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3; *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233; *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980; *R. v. J.M.H.*, 2011 SCC 45, [2011] 3 S.C.R. 197; *R. v. Côté*, 2011 SCC 46, [2011] 3 S.C.R. 215.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 9, 10(a), (b), 24(2).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 676(1)(a), 686(4).

Authors Cited

Black's Law Dictionary, 9th ed. St. Paul, Minn.: West, 2009, "adversary system".

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Côté and O'Brien JJ.A. and Belzil J. (*ad hoc*)), 2012 ABCA 302, 536 A.R. 308, 559 W.A.C. 308, 78 Alta. L.R. (5th) 249, 292 C.C.C. (3d) 346, 98 C.R. (6th) 311, [2012] A.J. No. 1044 (QL), 2012 CarswellAlta 1744, setting aside the accused's acquittals and ordering a new trial. Appeal allowed.

Daniel J. Song, Darin D. Sprake and Anna M. Konye, for the appellant.

David Schermbrucker and Ronald C. Reimer, for the respondent.

Jolaine Antonio, for the intervener.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *Quan c. Cusson*, 2009 CSC 62, [2009] 3 R.C.S. 712; *R. c. W. (G.)*, [1999] 3 R.C.S. 597; *Greenlaw c. United States*, 554 U.S. 237 (2008); *Brouillard c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 39; *R. c. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256; *Jones c. National Coal Board*, [1957] 2 All E.R. 155; *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *R. c. Phillips*, 2003 ABCA 4, 320 A.R. 172, conf. par 2003 CSC 57, [2003] 2 R.C.S. 623; *R. c. Taubler* (1987), 20 O.A.C. 64; *R. c. E.M.W.*, 2011 CSC 31, [2011] 2 R.C.S. 542; *Kourtessis c. M.N.R.*, [1993] 2 R.C.S. 53; *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 CSC 19, [2002] 1 R.C.S. 678; *R. c. Kociuk*, 2011 MBCA 85, 270 Man. R. (2d) 170; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*, 2014 CSC 37, [2014] 2 R.C.S. 33; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3; *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233; *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980; *R. c. J.M.H.*, 2011 CSC 45, [2011] 3 R.C.S. 197; *R. c. Côté*, 2011 CSC 46, [2011] 3 R.C.S. 215.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 9, 10a), b), 24(2).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 676(1)a), 686(4).

Doctrine et autres documents cités

Black's Law Dictionary, 9th ed. St. Paul, Minn. : West, 2009, « *adversary system* ».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Côté et O'Brien et le juge Belzil (*ad hoc*)), 2012 ABCA 302, 536 A.R. 308, 559 W.A.C. 308, 78 Alta. L.R. (5th) 249, 292 C.C.C. (3d) 346, 98 C.R. (6th) 311, [2012] A.J. No. 1044 (QL), 2012 CarswellAlta 1744, qui a annulé les verdicts d'acquiescement de l'accusé et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

Daniel J. Song, Darin D. Sprake et Anna M. Konye, pour l'appellant.

David Schermbrucker et Ronald C. Reimer, pour l'intimé.

Jolaine Antonio, pour l'intervenant.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu par

ROTHSTEIN J. —

LE JUGE ROTHSTEIN —

I. Overview

I. Vue d'ensemble

[1] The primary question on this appeal centres on the issue of an appellate court's ability to raise new grounds of appeal and the considerations which should guide the court in doing so. At the heart of this appeal are two potentially competing tensions: (1) the adversarial system, which relies on the parties to frame the issues on appeal, and reserves the role of neutral arbiter for the courts; and (2) the need for an appellate court to intervene in order to prevent an injustice. The question on this appeal is at what point can an appellate court disrupt the adversarial system and raise a ground of appeal of its own?

[1] La principale question du présent pourvoi porte sur la faculté qu'a une cour d'appel de soulever de nouveaux moyens d'appel et sur les considérations qui devraient la guider pour ce faire. Deux réalités susceptibles de s'opposer sont au cœur du présent pourvoi : (1) le système accusatoire, qui réserve aux parties le soin de formuler les questions soulevées en appel et aux tribunaux le rôle d'arbitre neutre; et (2) la nécessité qu'une cour d'appel intervienne pour éviter une injustice. En l'espèce, il s'agit de déterminer à quel point une cour d'appel peut intervenir dans le système accusatoire et soulever un moyen d'appel de son propre chef.

[2] This appeal arose in the context of a *voir dire* to exclude evidence. The secondary issue therefore concerns the trial judge's findings with respect to infringements under s. 10(a) and (b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the exclusion of evidence under s. 24(2).

[2] Le présent pourvoi tire son origine d'un voir-dire portant sur l'exclusion d'éléments de preuve. La question secondaire sur laquelle nous devons nous pencher concerne donc les conclusions du juge du procès à l'égard de violations des al. 10a) et b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et l'exclusion d'éléments de preuve en application du par. 24(2).

II. Facts

II. Les faits

A. *The Chelmick Investigation*

A. *L'enquête visant M. Chelmick*

[3] This case began with an investigation by the Edmonton Police Service into a number of homicides and attempted homicides in the city of Edmonton. Under the leadership of Detective Werth (then Constable Werth), the investigation team obtained a wiretap authorization allowing them to intercept the private communications of one of their principal targets, Robin Flynn Chelmick.

[3] La présente affaire a pris naissance avec une enquête menée par le service de police d'Edmonton sur une série d'homicides et de tentatives d'homicide dans la ville d'Edmonton. Sous la direction du détective Werth (qui était policier à l'époque), l'équipe d'enquêteurs avait obtenu une autorisation d'écoute électronique lui permettant d'intercepter les communications privées d'une de leurs principales cibles, Robin Flynn Chelmick.

[4] Between the night of January 5, 2009 and the afternoon of January 6, 2009, the police intercepted calls from Chelmick's line related to a drug transaction for the purchase of a half a kilogram of

[4] Entre le soir du 5 janvier 2009 et l'après-midi du 6 janvier 2009, les policiers ont intercepté des appels de la ligne de M. Chelmick en lien avec une transaction de drogue, c'est-à-dire

cocaine. Chelmick was acting as the middle man for an unidentified supplier for a transaction scheduled to occur at 4:30 p.m. at Duke's Bar and Grill.

[5] Visual surveillance of Chelmick on January 6, 2009 revealed interactions between Chelmick and the driver of a rented grey Chevrolet Malibu in the parking lot of Duke's Bar. The driver of the Malibu was believed by Detective Werth to be the supplier of the cocaine. The driver was later identified as the appellant, Mohammad Mian.

[6] Three separate meetings took place between Chelmick and the driver of the Malibu. Intercepted communications revealed that the buyer of the cocaine was dissatisfied with the quality of the first delivery of cocaine. After the third meeting which took place in the parking lot of Duke's Bar, the Malibu drove away and headed south.

B. *The Arrest and Search*

[7] While the surveillance of Chelmick was ongoing, Detective Werth contacted two officers not connected with the homicide investigation, Constables McGill and Dalziel. At a meeting at police headquarters, Detective Werth advised Constables McGill and Dalziel that surveillance was in place with respect to an individual involved in a drug transaction who was believed to have drugs in his vehicle. Constables McGill and Dalziel were provided with a surveillance radio so that they could listen to surveillance reports and Detective Werth advised that at some point he would instruct them to stop the target vehicle, the grey Chevrolet Malibu.

[8] Constables McGill and Dalziel were instructed by Detective Werth to make a routine traffic stop of the Malibu. Detective Werth instructed Constables McGill and Dalziel that, once they were instructed to stop the vehicle, they were to use every effort to find appropriate grounds to search the Malibu without having to rely on the information provided by Detective Werth so that the ongoing

l'achat de 0,5 kg de cocaïne. M. Chelmick agissait comme intermédiaire pour un fournisseur non identifié relativement à une transaction qui devait avoir lieu à 16 h 30 au Duke's Bar and Grill.

[5] Une surveillance visuelle de M. Chelmick le 6 janvier 2009 a révélé qu'il a interagi avec le conducteur d'une Chevrolet Malibu grise de location, dans le stationnement du Duke's Bar. Selon le détective Werth, le conducteur de la Malibu était le fournisseur de la cocaïne et a été identifié plus tard comme étant l'appelant, Mohammad Mian.

[6] Trois rencontres distinctes ont eu lieu entre M. Chelmick et le conducteur de la Malibu. Les communications interceptées ont révélé que l'acheteur de la cocaïne était insatisfait de la qualité de la première livraison de drogue. Après la troisième rencontre, qui s'est déroulée dans le stationnement du Duke's Bar, la Malibu est partie en direction sud.

B. *L'arrestation et la fouille*

[7] Pendant que la surveillance de M. Chelmick suivait son cours, le détective Werth a communiqué avec deux policiers qui n'étaient pas liés à l'enquête sur les homicides, les agents McGill et Dalziel. Lors d'une réunion tenue au quartier général de la police, le détective Werth a informé ces agents qu'une surveillance était en cours relativement à un individu impliqué dans une transaction de drogue et qui, croyait-on, avait de la drogue dans son véhicule. On a fourni aux agents McGill et Dalziel une radio de surveillance pour qu'ils puissent écouter les rapports de surveillance et le détective Werth les a informés que, à un moment donné, il leur demanderait d'intercepter le véhicule cible, la Chevrolet Malibu grise.

[8] Le détective Werth a donné l'ordre aux agents McGill et Dalziel de faire un simple contrôle routier de la Malibu. Il a ensuite précisé, à leur intention, que lorsqu'ils recevraient l'ordre d'intercepter le véhicule, ils devaient prendre toutes les mesures possibles pour trouver des motifs appropriés de fouiller le véhicule sans avoir à s'appuyer sur les renseignements qu'il leur avait fournis, afin de ne

homicide investigation would not be compromised. Nonetheless, the constables were told that there were already grounds to arrest the driver which could be relied upon if other grounds could not be found.

[9] After the meeting with Detective Werth, Constables McGill and Dalziel went to the area of Duke's Bar. As the Malibu left Duke's, it was followed by a surveillance vehicle, with Constables McGill and Dalziel following behind in a police vehicle. At Detective Werth's instructions, at approximately 7:40 p.m. the overhead lights of the police vehicle were activated and the Malibu was pulled over to the side of the road with the police vehicle stopped about 40 feet behind. When the constables approached the Malibu, Constable McGill recognized the driver as Mohammad Mian from prior dealings with the police.

[10] As the pretence of the routine traffic stop was underway, Detective Werth listened to reports from Constable Drynan, a member of the surveillance team, who reported his observations that the driver of the Malibu was reaching over the front passenger seat area and doing something with his hands. At the *voir dire*, Constable McGill testified that he also noticed Mr. Mian reaching in this way and that he had officer safety concerns when he saw this. After hearing the reports from Constable Drynan, Detective Werth then telephoned Constable Dalziel and informed Constable Dalziel that Mr. Mian was reaching under the seats of the vehicle and that the officers should go to the vehicle, remove Mr. Mian and arrest him.

[11] Constables McGill and Dalziel removed Mr. Mian from the vehicle. Mr. Mian had a cell phone in his hand, which Constable McGill removed. A pat-down search of Mr. Mian revealed \$2,710 in cash on his person. After Mr. Mian was placed in the back of the police vehicle, searches of the Malibu led to the discovery of a large amount

pas compromettre l'enquête en cours sur les homicides. Les policiers ont néanmoins été informés qu'il existait déjà des motifs d'arrêter le conducteur sur lesquels on pouvait s'appuyer s'il n'était pas possible d'établir d'autres motifs pour ce faire.

[9] Après la réunion avec le détective Werth, les agents McGill et Dalziel se sont rendus non loin du Duke's Bar. Alors que la Malibu quittait les lieux, elle a été suivie par un véhicule de surveillance, lui-même suivi par les policiers McGill et Dalziel qui étaient à bord d'un véhicule de police. Sur l'ordre du détective Werth donné vers 19 h 40, les gyrophares de la voiture de police ont été activés, la Malibu s'est rangée sur le bord de la route et la voiture de police s'est immobilisée environ 40 pieds derrière. Lorsqu'il s'est approché de la Malibu en compagnie de son collègue, le policier McGill a reconnu le conducteur, Mohammad Mian, parce que ce dernier avait déjà eu des démêlés avec la police.

[10] Pendant que se déroulait le prétendu simple contrôle routier, le détective Werth a écouté les comptes-rendus du policier Drynan, un membre de l'équipe de surveillance, qui disait avoir aperçu le conducteur de la Malibu tendre le bras au-dessus du siège avant du côté passager et faire quelque chose avec les mains. Durant le voir-dire, le policier McGill a témoigné qu'il avait lui aussi remarqué que M. Mian tendait le bras de cette façon et qu'il avait des préoccupations liées à la sécurité des agents en voyant cela. Après avoir entendu les comptes-rendus du policier Drynan, le détective Werth a téléphoné à l'agent Dalziel, l'informant que M. Mian tendait le bras sous les sièges du véhicule et lui disant que, en compagnie de son collègue McGill, il devait se rendre jusqu'au véhicule, en faire sortir M. Mian et arrêter ce dernier.

[11] Les policiers McGill et Dalziel ont fait sortir M. Mian du véhicule. Ce dernier tenait un téléphone cellulaire que l'agent McGill lui a enlevé. Une fouille par palpation de M. Mian a révélé que celui-ci avait sur lui 2 710 \$ en argent comptant. Après que M. Mian a été placé à l'arrière de la voiture de police, la Malibu a été fouillée, ce qui

of cocaine and a smaller baggie of cocaine, an additional \$1,340 in cash, another cell phone and Mr. Mian's wallet. Following the searches, a call was made for a tow truck to attend and seize the Malibu.

[12] Twenty-two minutes passed between the time when the officers pulled over the Malibu and when Mr. Mian was advised that he was being arrested for the possession of cocaine for the purposes of trafficking. A further two to five minutes passed before Mr. Mian was advised of his *Charter* rights to retain and instruct counsel.

[13] Mr. Mian was charged with possession of cocaine for the purpose of trafficking and possession of currency obtained by the commission of an offence. He applied to exclude all evidence on the basis that he was arbitrarily detained and arrested by the police contrary to s. 9 of the *Charter*, that the police performed an unreasonable search and seizure contrary to s. 8, and that the police failed to advise Mr. Mian of the reason for his detention and his right to counsel contrary to s. 10(a) and (b). Mr. Mian asserted that the admission of the evidence seized would bring the administration of justice into disrepute and should therefore be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

III. Judicial History

A. *Alberta Court of Queen's Bench, 2011 ABQB 290, 516 A.R. 368*

[14] In his decision on the *Charter voir dire* to exclude the evidence, Macklin J. found Constable Drynan to be a credible witness and accepted his evidence that he did not indicate a concern about officer safety, but simply reported his observations to the investigative team.

a mené à la découverte d'une quantité importante de cocaïne et d'un sachet plus petit de cette drogue, d'une somme additionnelle de 1 340 \$ en argent comptant, d'un autre téléphone cellulaire et du portefeuille de M. Mian. Après les fouilles, on a fait venir une remorqueuse pour saisir la Malibu.

[12] Il s'est écoulé 22 minutes entre le moment où la Malibu a été interceptée par les policiers et le moment où M. Mian a été informé qu'on l'arrêtait pour possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic. Deux à cinq minutes de plus se sont écoulées avant qu'on informe M. Mian du droit que lui garantit la *Charte* d'avoir recours à l'assistance d'un avocat.

[13] M. Mian a été accusé de possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic et de possession d'argent obtenu par la perpétration d'une infraction. Il a demandé l'exclusion de tous les éléments de preuve au motif qu'il avait été détenu et arrêté arbitrairement par les policiers contrairement à l'art. 9 de la *Charte*, que ces derniers avaient effectué une fouille et une saisie abusives contrairement à l'art. 8 de la *Charte*, et qu'ils avaient omis de l'informer de la raison de sa détention et de son droit à l'assistance d'un avocat, contrairement aux al. 10(a) et b). M. Mian a fait valoir que l'admission des éléments de preuve saisis était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice et qu'ils devaient donc être exclus en application du par. 24(2) de la *Charte*.

III. Historique judiciaire

A. *Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, 2011 ABQB 290, 516 A.R. 368*

[14] Dans sa décision sur le voir-dire relatif à l'exclusion d'éléments de preuve sur le fondement de la *Charte*, le juge Macklin a conclu que l'agent Drynan était un témoin digne de foi et il a accepté le témoignage de ce policier qui avait affirmé ne pas avoir exprimé de préoccupation liée à la sécurité des agents, mais avait simplement fait part de ses observations à l'équipe d'enquêteurs.

[15] Macklin J. did not accept the evidence of either Detective Werth or Constable McGill that there was a concern for officer safety in the context of the search, detention or arrest caused by Mr. Mian reaching under the seat of the Malibu. He found that Detective Werth gave his evidence in a “very cavalier fashion and in a manner intended to justify a direction he gave for the purpose of providing McGill and Dalziel with grounds to search the Malibu while disguising the true purpose for stopping and searching the vehicle in the first place” (para. 68). Macklin J. held that Detective Werth was “intentionally misleading the Court with a view to justifying his instructions to Dalziel” (para. 68). Macklin J. noted that when defence counsel confronted Detective Werth about Constable Drynan’s testimony with respect to Mr. Mian’s movements in the vehicle, Detective Werth responded that he did not care what Constable Drynan said and that Constable Drynan was mistaken.

[16] However, although Macklin J. did not accept that officer safety concerns could be relied on as grounds for Mr. Mian’s search and arrest, he did find that there were other valid grounds based on Detective Werth’s belief that the Malibu contained a significant quantity of cocaine.

[17] After determining that Mr. Mian’s ss. 8 and 9 *Charter* rights had not been breached in the course of the search and arrest, Macklin J. turned to whether Mr. Mian’s s. 10(a) *Charter* right on detention to be informed promptly of the reasons therefor and s. 10(b) right on arrest or detention to be informed of his right to retain and instruct counsel without delay had been breached. Macklin J. noted that there must be exceptional circumstances to justify suspending the rights protected under s. 10(a) and (b). There was no satisfactory reason for not advising Mr. Mian of these rights immediately upon arrest. Macklin J. held that, in waiting 22 minutes to inform Mr. Mian of the reason for his arrest and

[15] Le juge Macklin n’a pas ajouté foi aux témoignages du détective Werth ou du policier McGill selon lesquels il existait une préoccupation liée à la sécurité des agents, dans le contexte de la fouille, de la détention ou de l’arrestation, et causée par le fait que M. Mian avait tendu le bras sous le siège de la Malibu. Le juge a conclu que le détective Werth avait livré son témoignage [TRADUCTION] « de façon très cavalière et d’une manière qui visait à justifier un ordre qu’il avait donné dans le but de fournir aux agents McGill et Dalziel un motif de fouiller la Malibu tout en dissimulant le véritable but de l’interception et de la fouille du véhicule au départ » (par. 68). Le juge Macklin a statué que le détective Werth « avait sciemment induit la Cour en erreur dans le but de justifier les directives qu’il avait données à l’agent Dalziel » (par. 68). Il a noté, en outre, que lorsque l’avocat de la défense avait fait part au détective Werth du témoignage du policier Drynan relativement aux mouvements de M. Mian dans le véhicule, le détective Werth avait répliqué qu’il ne se souciait pas de ce qu’avait dit le policier Drynan et que ce dernier se trompait.

[16] Cela dit, même si le juge Macklin a rejeté la thèse selon laquelle les préoccupations liées à la sécurité des agents pouvaient servir de motifs justifiant la fouille et l’arrestation de M. Mian, il a néanmoins conclu qu’il existait d’autres motifs valables, fondés sur la croyance du détective Werth selon laquelle la Malibu renfermait une quantité importante de cocaïne.

[17] Après avoir conclu que les droits garantis à M. Mian par les art. 8 et 9 de la *Charte* n’avaient pas été violés dans le cours de la fouille et de l’arrestation, le juge Macklin a examiné la question de savoir s’il y avait eu atteinte aux droits que les al. 10(a) et b) de la *Charte* garantissent à M. Mian en cas de détention, c’est-à-dire les droits respectivement d’être informé dans les plus brefs délais des motifs de sa détention et d’avoir recours sans délai à l’assistance d’un avocat. Le juge Macklin a noté qu’il doit exister des circonstances exceptionnelles pour justifier la suspension des droits protégés par les al. 10(a) et b). Or, en l’espèce, selon lui, il n’existait aucune raison valable de ne pas informer

his right to retain and instruct counsel, Constables Dalziel and McGill breached Mr. Mian's rights under s. 10(a) and (b).

[18] Macklin J. then went on to consider whether the evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter* pursuant to the analysis as set out by this Court in *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353. Under the first *Grant* factor, Macklin J. found that the breaches were serious and deliberate, and thereby egregious. This factor weighed in favour of excluding the evidence. Under the second factor, Macklin J. held that there was a lack of causal connection between the *Charter* breaches and the obtaining of the evidence. As such, the breaches did not have a significant impact on Mr. Mian's privacy interests, which weighed in favour of inclusion of the evidence. Finally, under the third *Grant* factor, Macklin J. determined that, while the offence was serious and the evidence highly reliable and probative, the *Charter* breaches were also serious. In addition, Detective Werth's and Constable McGill's continued reliance on alleged officer safety concerns was an attempt to undermine the truth-seeking function of the criminal trial process. Constable McGill's questioning of Mr. Mian in the back of the police vehicle prior to Mr. Mian being advised of the reason for his detention and arrest was a further aggravating factor. Macklin J. concluded that this factor favoured excluding the evidence.

[19] Ultimately, Macklin J. held that, on balance, the *Grant* factors favoured exclusion of the evidence.

[20] Mr. Mian was acquitted.

M. Mian de ces droits dès son arrestation. Le juge Macklin a statué que, parce qu'ils avaient attendu 22 minutes avant d'informer M. Mian des motifs de son arrestation et de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, les agents Dalziel et McGill avaient violé les droits de M. Mian protégés pour les al. 10(a) et b).

[18] Le juge Macklin s'est ensuite penché sur la question de savoir si, selon le cadre d'analyse énoncé par la Cour dans *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, les éléments de preuve devaient être exclus en application du par. 24(2) de la *Charte*. Au regard du premier facteur énoncé dans *Grant*, le juge Macklin a conclu que les violations étaient graves et délibérées, donc inacceptables. Ce facteur militait en faveur de l'exclusion des éléments de preuve. Au regard du deuxième facteur, le juge Macklin a statué qu'il n'y avait pas de lien de causalité entre les violations de la *Charte* et l'obtention des éléments de preuve. Par conséquent, les violations n'avaient pas eu d'incidence grave sur les intérêts de M. Mian en matière de vie privée, ce qui militait en faveur de l'inclusion des éléments de preuve. Enfin, suivant le troisième critère/facteur de l'arrêt *Grant*, le juge Macklin a déterminé que, même si l'infraction était grave et que les éléments de preuve étaient très fiables et probants, les violations de la *Charte* étaient graves elles aussi. En outre, en continuant d'invoquer les présumées préoccupations liées à la sécurité des agents, le détective Werth et le policier McGill tentaient de compromettre la fonction de recherche de la vérité du système de justice. L'interrogatoire de M. Mian par le policier McGill à l'arrière de la voiture de police avant que M. Mian ait été informé du motif de sa détention et de son arrestation constituait un autre facteur aggravant. Le juge Macklin a conclu que ce facteur favorisait l'exclusion des éléments de preuve.

[19] En définitive, le juge Macklin a statué que, tout compte fait, l'analyse des facteurs énoncés dans *Grant* favorisait l'exclusion des éléments de preuve.

[20] Monsieur Mian a été acquitté.

B. *Alberta Court of Appeal, 2012 ABCA 302, 536 A.R. 308*

[21] The Crown appealed Mr. Mian’s acquittal, advancing two grounds of appeal: (1) that “[t]he trial judge erred in law by failing to find [that] exceptional circumstances justified the suspension of [Mr. Mian’s] s. 10 *Charter* rights”; and (2) that “[t]he trial judge erred in law by excluding ‘essential and reliable evidence on account of *Charter* violations that had no causal connection with the discovery of the evidence, were not otherwise egregious, and had no significant impact on Mr. Mian’s *Charter*-protected interests’” (C.A. reasons, para. 27).

[22] After the Crown and defence counsel filed their written submissions, the Court of Appeal provided the parties with a list of cases and called their attention to two issues for comment during oral argument: (1) what is a question of law on an appeal from an acquittal; and (2) the limits of cross-examination and consequences of exceeding the limits.

[23] During the oral hearing, both counsel made submissions on whether the defence had conducted an improper cross-examination of Detective Werth by asking him to comment on the veracity of Constable Drynan’s testimony. Following the hearing, defence counsel asked to file further written submissions on the improper cross-examination issue. The Court of Appeal allowed this request, and both parties submitted supplemental written submissions in accordance with the timelines set out by the court. Defence counsel was required to file written submissions before the Crown.

[24] The Court of Appeal held that a review of a trial judge’s decision under s. 24(2) of the *Charter* requires deference and is generally subject to a

B. *Cour d’appel de l’Alberta, 2012 ABCA 302, 536 A.R. 308*

[21] Le ministère public a interjeté appel de l’acquittal de M. Mian, faisant valoir deux moyens d’appel : (1) que [TRADUCTION] « [l]e juge du procès avait commis une erreur de droit en omettant de conclure que des circonstances exceptionnelles justifiaient la suspension des droits que l’art. 10 de la *Charte* garantit à M. Mian »; et (2) que « [l]e juge du procès avait commis une erreur de droit en excluant “des éléments de preuve, sur le fondement de violations de la *Charte* qui n’avaient aucun lien de causalité avec la découverte des éléments de preuve, qui n’étaient pas flagrantes par ailleurs et qui n’avaient aucune incidence grave sur les droits de M. Mian protégés par la *Charte*” » (motifs de la C.A., par. 27).

[22] Après que le ministère public et l’avocat de la défense eurent déposé leurs observations écrites, la Cour d’appel a fourni aux parties une liste de décisions et elle leur a soumis deux questions pour commentaire à l’audience : (1) Qu’est-ce qu’une question de droit en appel d’un acquittal? (2) Quelles sont les limites du contre-interrogatoire et quelles sont les conséquences lorsque ces limites sont outrepassées?

[23] À l’audience, les deux avocats ont présenté des observations sur la question de savoir si la défense avait soumis le détective Werth à un contre-interrogatoire inapproprié en lui demandant de se prononcer sur la véracité du témoignage de l’agent Drynan. Après l’audience, l’avocat de la défense a demandé l’autorisation de déposer des observations écrites additionnelles sur la question du contre-interrogatoire en cause. La Cour d’appel a accueilli cette demande, et les deux parties ont présenté des observations écrites supplémentaires conformément aux échéanciers fixés par la cour. L’avocat de la défense devait déposer ses observations écrites avant le ministère public.

[24] La Cour d’appel a statué qu’il fallait faire preuve de retenue lors du contrôle de la décision d’un juge du procès fondée sur le par. 24(2) de la

standard of palpable and overriding error. However, the Court of Appeal was satisfied that the appeal should be allowed “on the basis that the trial judge erred in law by relying on the impermissible cross-examination of Detective Werth” (para. 32).

[25] The impugned cross-examination occurred when Detective Werth was questioned about the veracity of evidence given by Constable Drynan:

Q. All right. Now, I know you set out - - I’m going to use your words, I don’t care what Drynan said about - - about the vehicle. I’m going to tell you now what Drynan said. Okay? Under oath in these proceedings. Is that he never - - never communication to anyone, anyone, to go and arrest the subject of the roadside stop as a result of those observations that - - that is, the reaching under the seat. I’m going to tell you he took it further, and he said under oath that he never told or communicated to anyone to go and extract the person from the motor vehicle at the roadside. He never told anyone to do anything as a result of his observations.

A. I don’t agree with that. You just suggested to me that he didn’t tell me. My evidence is that he did tell me, and I will not change that. I don’t care what he said. I know what happened.

Q. So Drynan is . . . is he wrong, or is he lying?

A. I think possibly he forgot.

Q. So you don’t care what he says. He called you.

A. I’ll go back to my evidence, because I remember it quite clearly. I said one of the members of surveillance - - and I still believe that it was Drynan. I still believe that. If he can’t remember it, that’s fair. But you can tell me what he said and what I said, but don’t tell me he didn’t say it because you weren’t there.

(C.A. reasons, at para. 33, quoting from trial transcript (emphasis added by Court of Appeal).)

Charte et que, généralement, ce contrôle était soumis à la norme de l’erreur manifeste et dominante. Toutefois, la Cour d’appel s’est dite convaincue que l’appel devait être accueilli [TRADUCTION] « au motif que le juge du procès avait commis une erreur de droit en s’appuyant sur le contre-interrogatoire inacceptable du détective Werth » (par. 32).

[25] Le contre-interrogatoire contesté a eu lieu lorsque le détective Werth a été questionné sur la véracité du témoignage de l’agent Drynan :

[TRADUCTION]

Q. D’accord. Maintenant, je sais que vous vouliez - - je vais rapporter vos paroles, je me fiche de ce que Drynan a dit au sujet de - - au sujet du véhicule. Je vais vous dire maintenant ce que Drynan a dit. D’accord? Sous serment à l’audience. C’est qu’il n’a jamais - - jamais dit à personne, personne, d’aller arrêter le sujet du contrôle routier en raison de ces observations que - - c’est-à-dire, le fait de tendre le bras sous le siège. Je vais vous dire qu’il est allé plus loin, et il a dit sous serment qu’il n’avait jamais dit ou communiqué à personne d’aller et de sortir l’individu de la voiture arrêtée sur le bord du chemin. Il n’a jamais dit à personne de faire quoi que ce soit à la suite de ses observations.

R. Je ne suis pas d’accord avec ça. Vous venez de laisser entendre qu’il ne me l’a pas dit. Moi, ce que j’ai à vous dire c’est qu’il me l’a dit, et je ne changerai pas ça. Je me fiche de ce qu’il a dit. Je sais ce qui s’est passé.

Q. Donc, l’agent Drynan a . . . a-t-il tort, ou est-ce qu’il ment?

R. Je pense qu’il a peut-être oublié.

Q. Alors vous ne vous souciez pas de ce qu’il dit. Il vous a appelé.

R. Je reviens à mon témoignage, parce que je m’en souviens clairement. J’ai dit qu’un des membres de la surveillance - - et je crois toujours qu’il s’agissait de Drynan. Je le crois encore. S’il ne s’en souvient pas, ça se peut. Mais vous pouvez me dire ce qu’il a dit et ce que j’ai dit, mais ne me dites pas qu’il ne l’a pas dit, parce que vous n’étiez pas là.

(Motifs de la C.A., par. 33, citant la transcription du procès (soulignement ajouté par la Cour d’appel).)

[26] On appeal, defence counsel conceded that this questioning was impermissible and offended the rule against cross-examining on the veracity of another witness. The Court of Appeal found that the trial judge erred in law by admitting and considering irrelevant and inadmissible evidence. In particular, the Court of Appeal held that, in rejecting Detective Werth's testimony, the trial judge appeared to have relied upon the impugned cross-examination. This resulted in a failure by the trial judge to give due consideration to all the evidence relevant to the s. 24(2) issue. The Court of Appeal concluded that the trial judge's mistake was material and that the verdict would not necessarily have been the same if the trial judge had not allowed the impugned cross-examination and admitted the evidence. The Court of Appeal ordered a new trial on this basis. The Court of Appeal did not analyze the grounds of appeal advanced by the Crown.

IV. Issues

[27] This appeal raises the following issues:

- (1) Did the Alberta Court of Appeal err in raising a new ground of appeal?
- (2) Did the Alberta Court of Appeal err in ordering a new trial on the basis of the improper cross-examination issue?
- (3) Did the trial judge err in law in concluding that the police infringed the rights of the accused under s. 10(a) and (b) of the *Charter*?
- (4) Did the trial judge err in law in excluding the evidence under s. 24(2) of the *Charter*?

[26] En appel, l'avocat de la défense a reconnu que cette série de questions était inacceptable et qu'elle violait la règle qui interdit le contre-interrogatoire sur la véracité du témoignage d'un autre témoin. La Cour d'appel a conclu que le juge du procès avait commis une erreur de droit en admettant et en prenant en compte des éléments de preuve non pertinents et inadmissibles. Plus particulièrement, la Cour d'appel a statué que le juge du procès, lorsqu'il a rejeté le témoignage du détective Werth, a semblé s'appuyer sur le contre-interrogatoire contesté. Par conséquent, le juge du procès a omis de prendre dûment en compte tous les éléments de preuve pertinents à l'égard de la question fondée sur le par. 24(2). La Cour d'appel a conclu que l'erreur du juge du procès était substantielle et que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si ce juge n'avait pas autorisé le contre-interrogatoire contesté et admis la preuve. La Cour d'appel a ordonné la tenue d'un nouveau procès pour ce motif. Elle n'a pas analysé les moyens d'appel soulevés par le ministère public.

IV. Questions en litige

[27] Le pourvoi soulève les questions suivantes :

- (1) La Cour d'appel de l'Alberta a-t-elle soulevé à tort un nouveau moyen d'appel?
- (2) La Cour d'appel de l'Alberta a-t-elle ordonné à tort la tenue d'un nouveau procès sur le fondement de la question du contre-interrogatoire inapproprié?
- (3) Le juge du procès a-t-il commis une erreur de droit en concluant que les policiers avaient violé les droits que les al. 10a) et b) de la *Charte* garantissent à l'accusé?
- (4) Le juge du procès a-t-il commis une erreur de droit en excluant des éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*?

V. Analysis

A. *When Can an Appellate Court Raise a New Issue?*

[28] It is not disputed that an appellate court has the jurisdiction to invite submissions on an issue neither party has raised. This appeal raises the questions of how broad this jurisdiction is, when it should be exercised, and what procedures should be followed when it is invoked.

(1) What Is a “New Issue”?

[29] This case turns on whether and how an appellate court can raise a new issue on appeal. It is therefore important to first define what a “new issue” is.

[30] An issue is new when it raises a new basis for potentially finding error in the decision under appeal beyond the grounds of appeal as framed by the parties. Genuinely new issues are legally and factually distinct from the grounds of appeal raised by the parties (see *Quan v. Cusson*, 2009 SCC 62, [2009] 3 S.C.R. 712, at para. 39) and cannot reasonably be said to stem from the issues as framed by the parties. It follows from this definition that a new issue will require notifying the parties in advance so that they are able to address it adequately.

[31] In defining what a new issue is, it is important to recognize what will not constitute a new issue raised on appeal. First, not all questions asked by an appeal court will constitute a new issue. The jurisdiction of appellate courts to ask questions during the oral hearing is well established. This jurisdiction is broad and is limited only by the requirement that questions not be “raised in a manner which suggests bias or partiality on the part of the appeal court” (*R. v. W. (G.)*, [1999] 3 S.C.R. 597,

V. Analyse

A. *Dans quelles situations une cour d’appel peut-elle soulever une nouvelle question?*

[28] Nul ne conteste qu’une cour d’appel a compétence pour inviter les parties à présenter des observations sur une question que ni l’une ni l’autre n’a soulevée. Le présent pourvoi soulève plutôt les questions de l’étendue de cette compétence, des situations dans lesquelles elle devrait être exercée et de la procédure à suivre lorsqu’elle est invoquée.

(1) Qu’est-ce qu’une « nouvelle question »?

[29] Pour trancher le présent pourvoi, il faut se demander si une cour d’appel peut soulever une nouvelle question en appel et comment elle peut le faire, le cas échéant. Il est donc important de définir dans un premier temps ce qu’est une « nouvelle question ».

[30] Une question est nouvelle lorsqu’elle constitue un nouveau fondement sur lequel on pourrait s’appuyer — autre que les moyens d’appel formulés par les parties — pour conclure que la décision frappée d’appel est erronée. Les questions véritablement nouvelles sont différentes, sur les plans juridique et factuel, des moyens d’appel soulevés par les parties (voir *Quan c. Cusson*, 2009 CSC 62, [2009] 3 R.C.S. 712, par. 39) et on ne peut pas raisonnablement prétendre qu’elles découlent des questions formulées par les parties. Vu cette définition, dans le cas de nouvelles questions, il faudra aviser les parties à l’avance pour qu’elles puissent en traiter adéquatement.

[31] Pour définir ce qu’est une nouvelle question en appel, il est important de reconnaître ce qui n’en est pas une. Premièrement, ce ne sont pas toutes les questions posées par une cour d’appel qui sont de nouvelles questions. La compétence des cours d’appel pour poser des questions à l’audience est bien établie. Cette compétence est large et n’est limitée que par l’exigence selon laquelle les questions ne doivent pas être « soulevée[s] d’une manière qui donne à penser que la cour d’appel

at para. 17, *per* Lamer C.J.). Nothing in these reasons should be construed as limiting the ability of appellate judges to ask any question in the course of the oral hearing.

[32] Questions raised during the oral hearing may properly touch on a broad range of issues, which may be components of the grounds of appeal put forward by the parties, or may go outside of those grounds in an aim to understand the context, statutory background or larger implications. For example, an appellate court may pose questions as to the practical workings of a statutory regime. Absent any concerns about bias, questions raised during the oral hearing, whether linked directly or by extension to the grounds of appeal or not, are not improper (see *W. (G.)*, at para. 17). Such questions may be necessary for the court to gain a more complete understanding of the issues at hand.

[33] Second, issues that are rooted in or are components of an existing issue are also not “new issues”. Appellate courts may draw counsel’s attention to issues that must be addressed in order to properly analyze the issues raised by the parties. For example, in a case involving a claim of self-defence, the parties may argue exclusively over whether the accused’s belief that his life was in danger was reasonable, but it may be necessary for the court to first analyze the issue of whether the accused subjectively believed that he was at risk of death. This is not a “new issue”, but a component of the overall analysis of the grounds as raised by the parties. However, where appropriate, the court may have to be prepared to grant even a brief adjournment to allow the parties to consider and canvass the issue.

[34] Finally, issues that form the backdrop of appellate litigation, such as jurisdiction, whether a given error requires a remedy and what the appropriate remedy is, or as discussed below, the standard

n’est pas impartiale » (*R. c. W. (G.)*, [1999] 3 R.C.S. 597, par. 17, le juge en chef Lamer). Les présents motifs n’ont pas pour effet de limiter la faculté des juges d’appel de poser quelque question que ce soit à l’audience.

[32] Les questions soulevées à l’audience peuvent valablement porter sur une gamme étendue de sujets, qui peuvent être des éléments des moyens d’appel mis de l’avant par les parties, ou aller au-delà de ces moyens dans le but de comprendre le contexte factuel ou législatif, ou les implications plus larges du débat. Par exemple, une cour d’appel peut poser des questions sur les rouages d’un régime législatif. Pourvu que l’impartialité ne soit pas mise en cause, les questions soulevées à l’audience, qu’elles soient ou non liées directement ou par extension aux moyens d’appel, ne sont pas inappropriées (voir *W. (G.)*, par. 17). Elles peuvent d’ailleurs être nécessaires pour que la cour ait une meilleure compréhension des questions en litige.

[33] Deuxièmement, les questions qui reposent sur une question existante ou qui en sont des éléments ne sont pas non plus de « nouvelles questions ». Les cours d’appel peuvent attirer l’attention des avocats sur des questions qui doivent être traitées afin d’analyser comme il se doit les questions soulevées par les parties. Par exemple, dans une affaire intéressant la légitime défense, les parties peuvent débattre exclusivement de la question de savoir si la croyance qu’avait l’accusé que sa vie était en danger était raisonnable, mais il sera peut-être nécessaire que la cour analyse d’abord la question de savoir si l’accusé croyait subjectivement qu’il était en danger de mort. Il ne s’agit pas là d’une « nouvelle question », mais d’un élément de l’analyse globale des moyens soulevés par les parties. Toutefois, dans les cas appropriés, la cour doit être disposée à accorder ne serait-ce qu’un bref ajournement pour permettre aux parties de réfléchir à la question et de l’étudier.

[34] Enfin, les questions qui forment la toile de fond de l’instance d’appel, par exemple la compétence, la question de savoir si une erreur donnée doit donner lieu à une réparation et celle de la

of review, are not new issues and parties should not require notice to address them.

[35] In summary, an appellate court will be found to have raised a new issue when the issue was not raised by the parties, cannot reasonably be said to stem from the issues as framed by the parties, and therefore would require that the parties be given notice of the issue in order to make informed submissions. Issues that form the backdrop of appellate litigation will typically not be “new issues” under this definition. Exercising the jurisdiction to ask questions during the oral hearing will not constitute raising a new issue, unless, in doing so, the appellate court provides a new basis for reviewing the decision under appeal for error.

(2) What Considerations Should Guide an Appellate Court in Determining Whether to Raise a New Issue on Appeal?

[36] The parties do not dispute that appellate courts have the jurisdiction to raise new issues. Indeed, this jurisdiction is an extension of the power of appellate courts to ask questions of the parties (see *W. (G.)*, at para. 17). The issue on this appeal is not whether appellate courts can raise new issues, but when and in what circumstances will it be appropriate for an appellate court to do so.

[37] There are two potentially competing considerations at the heart of the issue in this case. First, the adversarial system, which is a fundamental tenet of our legal system. Second, the role of the courts to ensure that justice is done.

[38] Our adversarial system of determining legal disputes is a procedural system “involving active and unhindered parties contesting with each other to put forth a case before an independent decision-maker” (*Black’s Law Dictionary* (9th ed. 2009), *sub*

réparation appropriée, ou, comme je l’explique plus loin, la norme de contrôle, ne constituent pas de nouvelles questions et les parties n’ont pas besoin d’en être avisées pour en traiter.

[35] En résumé, on conclura qu’une question soulevée par une cour d’appel est nouvelle lorsqu’elle n’a pas été posée par les parties et lorsqu’on ne peut raisonnablement affirmer qu’elle découle des questions formulées par ces dernières, si bien que celles-ci devront en être informées afin qu’elles puissent présenter des observations éclairées. Les questions qui forment la toile de fond de l’instance d’appel ne seront généralement pas de « nouvelles questions » au regard de cette définition. La cour d’appel qui exerce sa compétence de poser des questions à l’audience ne se trouve pas à soulever une nouvelle question, sauf si, ce faisant, elle donne un nouveau fondement au contrôle de la décision frappée d’appel pour cause d’erreur.

(2) Quelles considérations devraient guider une cour d’appel dans sa décision de soulever ou non une nouvelle question en appel?

[36] Les parties ne contestent pas que les cours d’appel ont compétence pour soulever de nouvelles questions. En effet, cette compétence découle de leur pouvoir de poser des questions aux parties (voir *W. (G.)*, par. 17). Ainsi, la question en litige dans le présent pourvoi n’est pas celle de savoir si les cours d’appel peuvent soulever de nouvelles questions, mais celle de savoir quand et dans quelles circonstances il est approprié qu’elles le fassent.

[37] Au cœur de la question qui se pose en l’espèce, deux considérations sont susceptibles de s’opposer. Premièrement, le système accusatoire qui revêt une importance fondamentale dans notre système juridique. Deuxièmement, le rôle des tribunaux qui doivent veiller à ce que justice soit rendue.

[38] Le système accusatoire qui est le nôtre et dont nous nous servons pour trancher les différends de droit est un système procédural [TRADUCTION] « dans le cadre duquel des parties actives et sans entrave s’opposent pour faire valoir leur

verbo “adversary system”). An important component of this system is the principle of party presentation, under which courts “rely on the parties to frame the issues for decision and assign to courts the role of neutral arbiter of matters the parties present” (*Greenlaw v. United States*, 554 U.S. 237 (2008), at p. 243, *per* Ginsburg J.).

[39] A fundamental reason for maintaining this system is to ensure that judicial decision-makers remain independent and impartial and are seen to remain independent and impartial. When a judge or appellate panel of judges intervenes in a case and departs from the principle of party presentation, the risk is that the intervention could create an apprehension of bias. This kind of departure from the usual conduct of an appeal could lead the court to be seen to be intervening on behalf of one of the parties, thus impugning the impartiality of the court. As this Court has said, “[it] is of fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done” (*Brouillard v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 39, at p. 43, citing *R. v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256, at p. 259). It is for this reason that an important tenet of our appellate system is for the court to respect the strategic choices made by parties in framing the issues (see *W. (G.)*, at paras. 17-18).

[40] On the other hand, courts also have the role of ensuring that justice is done. As Lord Denning explained in the context of trial judges in the United Kingdom: “. . . a judge is not a mere umpire to answer the question ‘How’s that?’ His object above all is to find out the truth, and to do justice according to law . . .” (*Jones v. National Coal Board*, [1957] 2 All E.R. 155 (C.A.), at p. 159 (emphasis added)). This proposition is no less true of appellate judges. Meaningful appellate review assesses the correctness of a lower court decision, both on errors of law and palpable overriding errors of fact (see *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869,

cause devant un décideur indépendant » (*Black’s Law Dictionary* (9^e éd. 2009), sous la rubrique « *adversary system* »). Un élément important de ce système est le principe de la présentation par les parties, suivant lequel les tribunaux [TRADUCTION] « s’appuient sur [ces dernières] pour formuler les questions qui doivent être tranchées et [. . .] se voient attribuer le rôle d’arbitre neutre sur les questions que présentent les parties » (*Greenlaw c. United States*, 554 U.S. 237 (2008), p. 243, le juge Ginsburg).

[39] Une des raisons fondamentales pour maintenir ce système est d’assurer que les décideurs judiciaires demeurent indépendants et impartiaux et qu’ils soient vus comme demeurant ainsi. Lorsqu’un juge ou une formation de juges en appel intervient dans une affaire et déroge au principe de la présentation par les parties, cette intervention risque de susciter une crainte de partialité. Une telle dérogation à la manière habituelle d’instruire un appel peut donner l’impression que la cour intervient pour le compte d’une des parties et porter atteinte à son impartialité. Comme la Cour l’a affirmé, « [il] est tout à fait primordial que non seulement justice soit rendue, mais que justice paraisse manifestement et indubitablement être rendue » (*Brouillard c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 39, p. 43, citant *R. c. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256, p. 259). C’est pour cette raison qu’un principe important de notre système d’appel veut que la cour respecte les choix stratégiques que font les parties en formulant les questions (voir *W. (G.)*, par. 17-18).

[40] Par ailleurs, les tribunaux ont également pour rôle de veiller à ce que justice soit rendue. Comme lord Denning l’a expliqué relativement aux juges de première instance au Royaume-Uni : [TRADUCTION] “. . . le juge n’est pas simplement un arbitre ayant pour tâche de déterminer “le pourquoi” d’une affaire. Il lui incombe d’abord et avant tout d’établir la vérité et de rendre justice conformément à la loi . . . » (*Jones c. National Coal Board*, [1957] 2 All E.R. 155 (C.A.), p. 159 (je souligne)). Cette proposition est tout aussi vraie en ce qui concerne les juges d’appel. Un examen valable en appel a pour objet d’évaluer la justesse de la décision de la

at paras. 25 and 28; and *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paras. 1 and 4). I accept the submission of the intervener the Attorney General of Alberta that “for ‘justice in fact to be done,’ judges must sometimes ‘intervene in the adversarial debate’” (I.F., at para. 16, citing *Brouillard*, at p. 44).

[41] The question then is how to strike the appropriate balance between these competing principles. Appellate courts should have the discretion to raise a new issue, but this discretion should be exercised only in rare circumstances. An appellate court should only raise a new issue when failing to do so would risk an injustice. The court should also consider whether there is a sufficient record on which to raise the issue and whether raising the issue would result in procedural prejudice to any party. This test is sufficiently flexible while also providing for an appropriate level of restraint to address the tensions inherent in the role of an appellate court.

[42] At all times this discretion is limited by the requirement that raising the new issue cannot suggest bias or partiality on the part of the court. Of essence here is that courts cannot be seen to go in search of a wrong to right. This jurisdiction should be exercised with caution. Appellate courts have the discretion to raise a new issue where justice requires it, but this discretion is restrained in order to maintain the impartiality of the decision-maker as required by our adversarial system.

(a) *Whether Failing to Raise the Issue Would Risk an Injustice*

[43] The fundamental consideration for an appellate court in determining whether to raise a new issue is whether the failure to do so would risk an injustice.

juridiction inférieure, à la fois pour ce qui est des erreurs de droit et pour ce qui est des erreurs de fait manifestes et dominantes (voir *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869, par. 25 et 28; et *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 1 et 4). Je conviens avec le procureur général de l’Alberta que [TRADUCTION] « pour que “justice soit effectivement rendue”, les juges doivent parfois “intervenir dans le débat adversaire” » (m.i., par. 16, citant *Brouillard*, p. 44).

[41] La question qui se pose alors est celle de savoir comment établir un juste équilibre entre ces principes opposés. Une cour d’appel doit avoir le pouvoir discrétionnaire de soulever une nouvelle question, mais ce pouvoir ne doit être exercé que dans de rares situations. En effet, elle ne doit soulever une telle question que si son omission de le faire risquerait d’entraîner une injustice. La cour doit aussi se demander si suffisamment d’éléments au dossier justifient de soulever la question et si, le faisant, elle causerait un préjudice d’ordre procédural à l’une ou l’autre des parties. Ce test est suffisamment souple, tout en offrant un degré approprié de retenue pour régler les tensions inhérentes au rôle d’une cour d’appel.

[42] Ce pouvoir discrétionnaire est limité en toutes circonstances par l’exigence suivant laquelle, en soulevant la nouvelle question, la cour ne doit pas donner l’impression qu’elle a un parti pris ou qu’elle fait preuve de partialité. Essentiellement, il ne faut pas que les tribunaux soient vus comme étant en quête d’un tort à rectifier. Ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé avec prudence. Il permet à une cour d’appel de soulever une nouvelle question si la justice l’exige, mais il est limité, afin de maintenir l’impartialité du décideur comme l’exige notre système accusatoire.

a) *Le fait de ne pas soulever la question risquerait-il d’entraîner une injustice?*

[43] En cherchant à déterminer s’il y a lieu ou non de soulever une nouvelle question, une cour d’appel doit se demander si le fait de ne pas le faire risquerait d’entraîner une injustice.

[44] There are some situations where the potential for injustice will be more self-evident. As Mr. Song, counsel for Mr. Mian submits, there are a number of situations where it will be appropriate for an appellate court to raise an issue in order to prevent or rectify an injustice. Indeed, the parties to this appeal agree that appellate courts can intervene to assist self-represented litigants to ensure that the proceedings are fair (see *W. (G.)*, at para. 18), although this assistance has neutrality-based limits and a judge “must exercise great care not to descend from the bench and become a spectre at the accused’s counsel table, placing himself ‘in the impossible position of being both advocate and impartial arbiter’” (*R. v. Phillips*, 2003 ABCA 4, 320 A.R. 172, at para. 24, *per* Fruman J.A., aff’d 2003 SCC 57, [2003] 2 S.C.R. 623, citing *R. v. Taubler* (1987), 20 O.A.C. 64, at para. 30). In the criminal context, other examples may include where a miscarriage of justice may have occurred (see *R. v. E.M.W.*, 2011 SCC 31, [2011] 2 S.C.R. 542, at paras. 4-5) or where a verdict or sentence appears to be clearly unreasonable (see *W. (G.)*, at para. 19). It should be noted, however, that while these examples generally apply, they are inapplicable to this case, which was a Crown appeal from an acquittal.

[45] However, attempting to precisely define the situations which “would risk an injustice” would unduly limit the ability of appellate courts to intervene to ensure that justice is in fact done. Where there is good reason to believe that the result would realistically have differed had the error not been made, this risk of injustice warrants the court of appeal’s intervention.

[46] The determination of whether there is good reason to believe that a failure to raise a new issue “would risk an injustice” requires performing a preliminary assessment of the issue. The standard of “good reason to believe” that a failure to raise a new issue “would risk an injustice” is a significant threshold which is necessary in this context in order to strike an appropriate balance between the role

[44] Dans certaines situations, la possibilité que survienne une injustice sera plus évidente. Comme l’affirme M^e Song, l’avocat de M. Mian, il existe un bon nombre de situations où il sera approprié qu’une cour d’appel soulève une question pour empêcher ou pour corriger une injustice. En effet, les parties au pourvoi conviennent que les cours d’appel peuvent intervenir pour aider les plaignants non représentés par un avocat afin d’assurer l’équité de l’instance (voir *W. (G.)*, par. 18), bien que cette aide comporte des limites fondées sur le principe de neutralité et qu’un juge [TRADUCTION] « doi[ve] prendre garde de ne pas abdiquer son rôle de juge pour devenir le procureur virtuel de l’accusé, se plaçant “dans le rôle impossible d’être à la fois avocat et arbitre impartial” » (*R. c. Phillips*, 2003 ABCA 4, 320 A.R. 172, par. 24, le juge Fruman, conf. par 2003 CSC 57, [2003] 2 R.C.S. 623, citant *R. c. Taubler* (1987), 20 O.A.C. 64, par. 30). Dans le contexte du droit criminel, on trouve d’autres exemples où une erreur judiciaire a pu se produire (voir *R. c. E.M.W.*, 2011 CSC 31, [2011] 2 R.C.S. 542, par. 4-5) ou encore lorsqu’un verdict ou une peine paraît être manifestement déraisonnable (voir *W. (G.)*, par. 19). Il convient toutefois de noter que même si ces exemples peuvent généralement s’appliquer, ils sont inapplicables en l’espèce, où le ministère public interjetait appel d’un acquittement.

[45] Cela dit, tenter de définir précisément les situations qui « risqueraient d’entraîner une injustice » limiterait indûment la faculté des cours d’appel d’intervenir pour veiller à ce que justice soit effectivement rendue. Lorsqu’il existe une bonne raison de croire que le résultat aurait réalistement été différent si l’erreur n’avait pas été commise, ce risque d’injustice justifie l’intervention de la cour d’appel.

[46] Pour déterminer s’il existe une bonne raison de croire que l’omission de soulever une nouvelle question « risquerait d’entraîner une injustice », la cour d’appel doit faire une évaluation préliminaire de la question en litige. La norme de la « bonne raison de croire » que l’omission de soulever une nouvelle question « risquerait d’entraîner une injustice » est un seuil élevé et nécessaire dans

of appellate courts as independent and impartial arbiters with the need to ensure that justice is done.

[47] At this stage, the merits of the issue will not yet have been argued or decided. As such, the assessment of the issue is not a “full-fledged review”, but rather is preliminary (*W. (G.)*, at para. 20). In all cases where an appellate court is considering whether to raise a new issue, it would be inappropriate for the court to engage in any in-depth assessment of the merits of an issue at a stage where the parties remain ignorant of the issue. However, a court’s failure to raise a new issue will not risk an injustice in the absence of a preliminary indication that there is good reason to believe that an identified potential error would have affected the result.

[48] It is likely that issues identified by appellate courts will often fail to meet this “risk an injustice” factor. This will particularly be so where both parties are represented by counsel. It will only be in rare cases that counsel on both sides will have failed to identify an issue that would realistically have affected the result.

(b) *Other Considerations*

[49] Although consideration of whether the failure to raise a new issue in a given case would risk an injustice is left to the discretion of appellate courts, this discretion is not unlimited.

[50] First, it should go without saying that an appellate court cannot raise a new issue unless the court has the jurisdiction to consider the issue. Courts of appeal are statutory bodies and there is no inherent jurisdiction in any appeal court (see *Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53, at p. 69, *per* La Forest J.; and *W. (G.)*, at para. 8). For example, an appellate court’s jurisdiction on Crown appeals from acquittals is restricted to consideration of questions of law (*Criminal Code*, R.S.C.

ce contexte afin d’établir un équilibre approprié entre le rôle des cours d’appel en tant qu’arbitres indépendants et impartiaux et le besoin de veiller à ce que justice soit rendue.

[47] À cette étape, le bien-fondé de la question n’aura pas encore été débattu ou tranché. Par conséquent, l’évaluation de la question n’est pas une « révision complète »; elle revêt plutôt un caractère préliminaire (*W. (G.)*, par. 20). Dans tous les cas où une cour d’appel se demande s’il y a lieu de soulever une nouvelle question, il serait inapproprié qu’elle entreprenne une évaluation approfondie de son bien-fondé à une étape où les parties ignorent encore qu’elle pourrait être soulevée. Toutefois, l’omission par la cour de soulever une nouvelle question ne risquera pas d’entraîner une injustice en l’absence d’indication préliminaire comme quoi il y a une bonne raison de croire qu’une erreur éventuelle identifiée aurait influé sur le résultat.

[48] Il est probable que, dans bien des cas, les questions identifiées par les cours d’appel ne satisferront pas au critère du « risque d’injustice ». Il en sera notamment ainsi lorsque les deux parties sont représentées par des avocats. En effet, rares seront les cas où les avocats des deux parties auront omis d’identifier une question qui aurait réaliste-ment influé sur le résultat.

b) *Autres considérations*

[49] Déterminer si l’omission de soulever une nouvelle question dans une affaire donnée risquerait d’entraîner une injustice relève certes du pouvoir discrétionnaire des cours d’appel; ce pouvoir n’est pas illimité pour autant.

[50] Premièrement, il va sans dire qu’une cour d’appel ne peut soulever une nouvelle question que si elle a compétence pour l’examiner. Une cour d’appel est un organisme créé par la loi et elle ne possède pas de compétence inhérente (voir *Kourtessis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53, p. 69, le juge La Forest; et *W. (G.)*, par. 8). Par exemple, la compétence de la cour d’appel lorsque le ministre public fait appel d’un acquittement se limite à l’examen de questions de droit (*Code criminel*,

1985, c. C-46, ss. 676(1)(a) and 686(4)). If an appellate court would not have the jurisdiction to consider an issue raised by one of the parties, then the court cannot raise the issue as a new issue on appeal.

[51] Second, in order to raise a new issue, an appellate court must be satisfied that there is a sufficient basis in the record on which to resolve the issue. “[T]here is always the very real danger that the appellate record will not contain all of the relevant facts, or the trial judge’s view on some critical factual issue, or that an explanation that might have been offered in testimony by a party or one or more of its witnesses was never elicited” (*Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 SCC 19, [2002] 1 S.C.R. 678, at para. 32). The new issue must be “manageable on the evidentiary record” (para. 33).

[52] Finally, an appellate court should consider whether there would be any procedural prejudice to either party. The procedures which should be followed when an appellate court exercises its discretion to raise a new issue are detailed further below. At this stage, it suffices to say that it will often be possible for appellate courts to ensure procedural fairness by adjusting the course of the appellate process, including granting an adjournment when an issue is identified at or in advance of a hearing or providing an opportunity for the parties to file written submissions. However, if the issue is raised in a way or at a stage that could result in procedural prejudice to either party, and such prejudice cannot be addressed through adjustments to the process, the appellate court cannot raise the issue.

(3) What Procedures Should Be Followed When an Appellate Court Exercises Its Discretion to Raise a New Issue?

[53] The risk of appellate courts appearing biased or partial will be reduced by the cautious exercise of

L.R.C. 1985, ch. C-46, al. 676(1)(a) et par. 686(4)). Si une cour d’appel n’a pas compétence pour examiner une question soulevée par une des parties, elle ne peut la soulever en tant que nouvelle question en appel.

[51] Deuxièmement, pour soulever une nouvelle question, une cour d’appel doit être convaincue qu’il y a suffisamment d’éléments au dossier pour la trancher. « [I]l y a toujours un risque très réel que le dossier d’appel ne comporte pas tous les faits pertinents ou l’opinion du juge de première instance sur quelque question de fait cruciale, ou encore que n’ait jamais été obtenue une explication qui aurait pu être donnée par une partie ou par un ou plusieurs de ses témoins en déposant » (*Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 CSC 19, [2002] 1 R.C.S. 678, par. 32). La nouvelle question doit « [pouvoir] être examinée[e] à la lumière de la preuve au dossier » (par. 33).

[52] Enfin, la cour d’appel doit se demander si l’une ou l’autre des parties subirait un préjudice d’ordre procédural advenant le cas où cette cour soulevait une nouvelle question. La procédure qui doit être suivie lorsqu’une cour d’appel exerce son pouvoir discrétionnaire de soulever une nouvelle question est précisée plus loin dans les présents motifs. À la présente étape, il suffit de dire qu’il lui sera souvent possible d’assurer l’équité procédurale en ajustant le cours du processus d’appel, notamment en accordant un ajournement lorsqu’une question est soulevée à l’audience ou avant celle-ci, ou en donnant aux parties l’occasion de déposer des observations par écrit. Toutefois, si la question est soulevée d’une façon — ou à une étape — susceptible de causer un préjudice d’ordre procédural à l’une ou l’autre des parties, et qu’un tel préjudice ne peut être écarté en modulant le processus, la cour d’appel ne peut soulever la question.

(3) Quelle procédure doit être suivie lorsqu’une cour d’appel exerce son pouvoir discrétionnaire de soulever une nouvelle question?

[53] Le risque qu’une cour d’appel paraisse avoir des préjugés ou un parti pris sera réduit par

the discretion to raise new issues, particularly when coupled with appropriate procedural safeguards. Requiring such safeguards ensures that there is no unfairness to the parties and no appearance of judicial partiality.

[54] The Crown submits that when an appellate court raises a new issue, there must be notification and opportunity to respond. I agree. With respect to notification, the court of appeal must make the parties aware that it has discerned a potential issue and ensure that they are sufficiently informed so they may prepare and respond. It goes without saying that all parties should be provided with proper notice. With respect to the response, there is no single model. As the Crown submitted, “the nature of the judicial issue and its relationship to the issues raised by the parties will determine whether counsel wishes to file further written argument, address the issue orally, or both” (R.F., para. 60).

[55] This approach is practical and recognizes that the appropriate procedure will vary depending on the context and the circumstances in a given case. For example, appellate courts may become aware of potential new issues at different points in time throughout the appeal process, including before, during or after the oral hearing. Requiring that strict procedural standards be followed would fail to recognize that the issue may arise in different circumstances in different cases.

[56] In my view, the following guidelines should be used to assist an appellate court in determining what the appropriate procedure should be on a case-by-case basis.

[57] First, notification of the new issue may occur before the oral hearing, or the issue may be raised during the oral hearing. If the issue is raised during the oral hearing, it may be necessary to grant an adjournment to ensure a full and fair hearing (*E.M.W.*, at para. 4). If the issue is raised prior

l’exercice prudent du pouvoir discrétionnaire de soulever de nouvelles questions, particulièrement lorsqu’y sont combinées des garanties procédurales appropriées. En exigeant de telles garanties, on fait en sorte que les parties ne subiront aucune inéquité et qu’il n’y aura aucune apparence de partialité judiciaire.

[54] Le ministère public plaide que lorsqu’une cour d’appel soulève une nouvelle question, les parties doivent en être notifiées et avoir l’occasion d’y répondre. Je suis d’accord. En ce qui concerne la notification, la cour d’appel doit aviser les parties qu’elle a identifié une question susceptible de se poser et veiller à ce que les parties en soient suffisamment informées pour qu’elles puissent se préparer et y répondre. Il va sans dire que toutes les parties doivent être dûment notifiées. Pour ce qui est de la réponse, il n’existe pas de modèle unique. Comme l’a plaidé le ministère public, [TRADUCTION] « la nature de la question posée par la cour et sa relation avec les questions soulevées par les parties détermineront si les procureurs souhaiteront déposer d’autres arguments écrits, traiter de la question oralement, ou faire les deux » (m.i., par. 60).

[55] Cette approche est pratique et tient compte du fait que la procédure appropriée variera en fonction du contexte et des circonstances d’une affaire donnée. Par exemple, la cour d’appel peut prendre connaissance d’éventuelles nouvelles questions à différentes étapes du processus d’appel, que ce soit avant, pendant ou après l’audience. Prescrire des normes de procédure rigoureuses ferait abstraction du fait que la question peut se présenter dans diverses situations selon les dossiers.

[56] À mon avis, les lignes directrices suivantes devraient aider les cours d’appel à décider de la procédure appropriée dans une affaire donnée.

[57] Premièrement, la notification de la nouvelle question peut se faire avant l’audience, ou la question être soulevée à l’audience. Dans ce dernier cas, il peut être nécessaire d’accorder un ajournement afin d’assurer une audition complète et équitable de la cause (*E.M.W.*, par. 4). Si la question est

to the oral hearing, the parties may request an adjournment of the hearing and an extension of the filing deadlines for further written argument. At all times, the court should raise the issue as soon as is practically possible after the issue crystallizes so as to avoid any undue delay in the proceedings.

[58] Second, I agree with the submission of the Crown that the notification should not contain too much detail, or indicate that the court of appeal has already formed an opinion; however, it must contain enough information to allow the parties to respond to the new issue. Ultimately, the adequate content of notice will have to be determined on a case-by-case basis. It will be dependent on a number of factors, including the complexity of the issue and the obviousness of the issue on the face of the record.

[59] Finally, I agree with the submission of the Crown that the requirements for the response will depend on the particular issue raised by the court. Counsel may wish to simply address the issue orally, file further written argument, or both. As the Crown in this case says, this determination is properly in the hands of both the court and the parties. In my view, the underlying concern should be ensuring that the court receives full submissions on the new issue. If a party asks to file written submissions before or after the oral hearing, in my view, there should be a presumption in favour of granting the request. The overriding consideration is that natural justice and the rule of *audi alteram partem* will have to be preserved. Both sides will have to have their responses considered.

[60] The intervener the Attorney General of Alberta argues that, where a new issue is raised, the judge or panel that raised the new issue should recuse itself and the panel should be reconstituted as necessary. I cannot agree. Requiring recusal in all cases would be an onerous procedural requirement that would result in significant delay and would not be economical for the parties or the courts. Recusal is not necessary in every case and the need for a

soulevée avant l'audience, les parties peuvent demander le report de l'audience et une prorogation des délais de dépôt d'arguments écrits supplémentaires. Dans tous les cas, la cour doit soulever la question dès qu'il est pratiquement possible de le faire après que la question se cristallise afin d'éviter tout retard indu dans le déroulement de l'instance.

[58] Deuxièmement, je pense, comme le ministère public, que la notification ne doit pas renfermer trop de détails ou indiquer que la cour d'appel s'est déjà formé une opinion. Toutefois, elle doit renfermer assez d'information pour permettre aux parties de répondre à la nouvelle question. En définitive, c'est au cas par cas qu'il faudra juger du contenu adéquat de l'avis; et cette décision dépendra de nombreux facteurs, notamment de la complexité de la question et de son caractère évident au regard du dossier.

[59] Enfin, je souscris à la prétention du ministère public selon laquelle les exigences relatives à la réponse dépendront de la question particulière soulevée par la cour. Les procureurs voudront peut-être simplement présenter des observations orales sur le sujet, ou plutôt déposer d'autres arguments écrits ou faire les deux. Comme l'affirme le ministère public en l'espèce, il appartient à la cour et aux parties de décider de ces questions. À mon avis, l'enjeu sous-jacent est de faire en sorte que la cour reçoive des observations complètes sur la nouvelle question. Si une partie demande à présenter des observations écrites avant ou après l'audience, j'estime qu'il doit y avoir une présomption en faveur de l'acceptation de la demande. Il importe avant tout de respecter la justice naturelle et la règle *audi alteram partem*. Il faudra prendre en compte les réponses des deux parties.

[60] Le procureur général de l'Alberta, intervenant, plaide que lorsqu'une nouvelle question est soulevée, le juge ou la formation qui l'a soulevée doit se récuser et que la formation doit être reconstituée au besoin. Je ne saurais être d'accord. Obliger un juge ou une formation à se récuser dans tous les cas serait une exigence procédurale onéreuse qui entraînerait des retards importants et qui ne serait économique ni pour les parties ni pour les

new judge or reconstituted panel should be determined on a case-by-case basis. Recusal should be rare and should be governed by the overriding consideration of whether the new issue or the way in which it was raised could lead to a reasonable apprehension of bias.

(4) Did the Court of Appeal Err in Raising a New Issue in This Case?

[61] In this case, the Court of Appeal raised a new issue on the question of improper cross-examination. This was a new issue on appeal because it was not raised by the parties, required notice of the issue in order to make informed submissions and was a new basis for potentially finding error in the decision under appeal. The Court of Appeal also invited comment on whether the grounds of appeal exposed an error of law enabling the Crown to appeal the acquittal. As Mr. Mian concedes, the question of jurisdiction was not a new issue because it went to the issue of the appellate court's jurisdiction and it was therefore properly raised. As discussed above, issues of jurisdiction form the backdrop of appellate litigation and will never constitute a new issue. The Court of Appeal did not comment on the "error of law" issue in its decision and dealt with the appeal entirely on the basis of the improper cross-examination issue.

[62] I conclude that the Court of Appeal erred in raising the new issue of improper cross-examination. Although appellate courts have the jurisdiction to raise new issues, the Court of Appeal did not appropriately raise the issue of improper cross-examination in this case.

[63] The raising of the new issue in this case fails at the second step: whether failing to raise the new

tribunaux. La récusation n'est pas nécessaire dans tous les cas et le besoin d'un nouveau juge ou d'une formation reconstituée doit être déterminé au cas par cas. La récusation devrait être rare et elle doit être régie par la considération prépondérante de savoir si la nouvelle question ou la façon dont elle a été soulevée pourrait susciter une crainte raisonnable de partialité.

(4) La Cour d'appel a-t-elle soulevé à tort une nouvelle question en l'espèce?

[61] En l'espèce, la Cour d'appel a soulevé une nouvelle question portant sur le caractère inapproprié d'un contre-interrogatoire. Il s'agissait d'une nouvelle question en appel puisqu'elle n'avait pas été soulevée par les parties, qu'il fallait en aviser ces dernières pour qu'elles puissent présenter des observations éclairées et qu'elle constituait un nouveau fondement sur lequel on pouvait s'appuyer pour conclure que la décision frappée d'appel était erronée. La Cour d'appel a également invité les parties à commenter la question de savoir si les moyens d'appel mettaient en lumière une erreur de droit qui permettait au ministère public d'interjeter appel de l'acquiescement. Comme le reconnaît M. Mian, la question de la compétence n'avait rien de nouveau, puisqu'elle concernait la compétence de la Cour d'appel et qu'elle avait donc été soulevée à bon droit. Rappelons que les questions de compétence forment la toile de fond de l'instance d'appel et qu'elles ne constituent jamais de nouvelles questions. La Cour d'appel n'a pas commenté la question de l'« erreur de droit » dans sa décision et elle a traité de l'appel strictement sur le fondement de la question du caractère inapproprié du contre-interrogatoire.

[62] Je conclus que la Cour d'appel a eu tort de soulever la nouvelle question du caractère inapproprié du contre-interrogatoire. Bien que les tribunaux d'appel aient compétence pour soulever de nouvelles questions, la Cour d'appel n'a pas soulevé à bon droit la question du caractère inapproprié du contre-interrogatoire en l'espèce.

[63] Au regard du deuxième critère, la nouvelle question n'aurait pas dû être soulevée. En effet, on

issue would risk an injustice. I do not agree with the Court of Appeal that the impugned question on cross-examination impacted the trial judge's decision. The error was not material and the result would not have been different had the trial judge not allowed the impugned cross-examination. The basis for the issue was one question asked in the course of the cross-examination of Detective Werth. The impugned exchange comprised two lines in the trial transcript. The question was not objected to at trial.

[64] First, there is nothing to indicate that the improper cross-examination factored into the decision-making process at all. Detective Werth's answer to the impugned question is not found in the trial judge's reasons. The trial judge's assessment of Detective Werth's credibility was based on several factors, including his "very cavalier" demeanour and the trial judge's impression that Detective Werth gave his evidence "in a manner intended to justify a direction he gave for the purpose of providing McGill and Dalziel with grounds to search the Malibu while disguising the true purpose for stopping and searching the vehicle in the first place" (para. 68).

[65] Second, even if the trial judge had relied on the impugned question, I am not convinced that this had any material bearing on the outcome so as to raise a realistic risk of an injustice. It is significant that the improper question was put to a Crown witness, rather than Mr. Mian. As he argues, this was not a case where an accused was asked to testify before a jury as to the veracity of another witness's evidence, thus undermining the presumption of innocence. It is difficult to see how this single question put to a Crown witness created a realistic risk of injustice.

[66] Finally, the question was not objected to at the time. As the Manitoba Court of Appeal noted

ne saurait prétendre que l'omission de la soulever risquait d'entraîner une injustice. En effet, je ne suis pas d'accord avec la Cour d'appel pour dire que la question contestée du contre-interrogatoire a influé sur la décision du juge du procès. L'erreur n'était pas substantielle et le résultat n'aurait pas été différent si le juge du procès n'avait pas autorisé le contre-interrogatoire contesté. La nouvelle question soulevée avait pour fondement une seule question posée au cours du contre-interrogatoire du détective Werth. L'échange contesté portait sur deux lignes de la transcription du procès. La question n'a pas été contestée au procès.

[64] D'abord, rien n'indique que le contre-interrogatoire inapproprié a même été pris en compte dans le processus décisionnel. On ne trouve nulle part dans les motifs du juge du procès la réponse du détective Werth à la question contestée. Le juge du procès s'est fondé sur plusieurs facteurs pour juger de la crédibilité de ce témoin, notamment sur son attitude [TRADUCTION] « très cavalière » et sur l'impression qu'a eu le juge du procès qu'il a livré son témoignage « d'une manière qui visait à justifier un ordre qu'il avait donné dans le but de fournir aux agents McGill et Dalziel un motif de fouiller la Malibu tout en dissimulant le véritable but de l'interception et de la fouille du véhicule au départ » (par. 68).

[65] Ensuite, même si le juge du procès s'était effectivement appuyé sur la question contestée, je ne suis pas convaincu que cela aurait eu une incidence significative sur le résultat, au point de soulever un risque réaliste d'injustice. Fait important, la question inappropriée a été posée à un témoin du ministère public, plutôt qu'à M. Mian. Comme le plaide ce dernier, il ne s'agissait pas d'un cas où l'on a demandé à un accusé de témoigner devant un jury quant à la véracité de la preuve d'un autre témoin, minant ainsi la présomption d'innocence. Il est difficile de voir en quoi cette seule question posée à un témoin du ministère public a pu créer un risque réaliste d'injustice.

[66] Enfin, la question n'a pas été contestée au procès. Comme l'a souligné la Cour d'appel du

in *R. v. Kociuk*, 2011 MBCA 85, 270 Man. R. (2d) 170, *per* Chartier J.A. (as he then was):

. . . the fact that experienced counsel at trial, and on appeal, were of the view that it was not sufficiently important to warrant an objection at trial or to be a ground on appeal is not an irrelevant consideration. Not only does it speak to the overall satisfactoriness of the jury charge on this issue, it also says something about the gravity of any omissions in the eyes of defence counsel . . . [para. 86]

In the present case, the fact that the Crown neither objected to the impermissible question nor raised it as an issue on appeal suggests that the question did not have a serious effect on the outcome of the *voir dire*.

[67] As not raising the issue of the impugned cross-examination would not have risked an injustice, it follows that the Court of Appeal erred in raising the issue.

[68] As the Court of Appeal erred in raising the new issue, it is not necessary to go on to determine whether the procedure it followed was unfair. However, as Mr. Mian argued the issue of procedural fairness before this Court, a few comments are warranted.

[69] Mr. Mian bases his argument on the fact that the Court of Appeal required Mr. Mian, the respondent in the appeal, to file his supplementary factum on the new issues before the Crown, the appellant. Although in the usual course, the appellant will be required to file submissions first, I am of the view that the procedure adopted by the Court of Appeal was fair. The parties were notified of the issues in advance of the oral hearing and the notice called the parties' attention to the issues and provided a list of authorities for comment. Both parties had the opportunity to address the issues and neither sought to adjourn the oral hearing. When counsel for Mr. Mian requested the opportunity to file written submissions on the issues raised by the Court of Appeal, the request

Manitoba dans *R. c. Kociuk*, 2011 MBCA 85, 270 Man. R. (2d) 170, le juge Chartier (maintenant juge en chef) :

[TRADUCTION] . . . le fait que des avocats d'expérience, au procès et en appel, fussent d'avis que cette question ne fût pas suffisamment importante pour justifier une objection au procès ou pour constituer un moyen en appel n'est pas dénué de pertinence. Ce fait nous éclaire non seulement sur le caractère satisfaisant dans l'ensemble des directives au jury sur cette question, il nous dit également quelque chose sur la gravité d'omissions éventuelles, aux yeux de l'avocat de la défense . . . [par. 86]

En l'espèce, le fait que le ministère public n'ait pas contesté la question inacceptable et qu'il ne l'ait pas soulevée non plus comme moyen d'appel laisse entendre que la question n'avait pas eu d'incidence grave sur l'issue du voir-dire.

[67] Puisque le fait de ne pas soulever la question du contre-interrogatoire contesté n'aurait pas risqué d'entraîner une injustice, il s'ensuit que la Cour d'appel a eu tort de soulever la question.

[68] Puisque la Cour d'appel a eu tort de soulever la nouvelle question, il n'est pas nécessaire de poursuivre l'analyse pour déterminer si la procédure qu'elle a suivie était injuste. Toutefois, puisque M. Mian a plaidé la question de l'équité procédurale devant la Cour, il convient de faire quelques commentaires.

[69] Au soutien de son argument, M. Mian fait valoir que la Cour d'appel lui avait demandé, alors qu'il était intimé en appel, de déposer son mémoire supplémentaire sur les nouvelles questions avant le ministère public, l'appellant. Bien que dans le cours normal d'un pourvoi, l'appellant soit tenu de déposer ses observations en premier, j'estime que la procédure adoptée par la Cour d'appel était équitable. Les parties ont été notifiées des questions avant l'audience et l'avis attirait leur attention sur celles-ci en plus de leur fournir une liste de décisions pour commentaire. Les deux parties ont eu l'occasion de traiter des questions en cause et ni l'une ni l'autre n'a demandé le report de l'audience. Lorsque l'avocat de M. Mian a demandé que lui soit accordée l'occasion de déposer des

was granted. Counsel for Mr. Mian did not complain about the filing requirements set out by the Court of Appeal.

[70] Having the respondent file submissions first was unorthodox, particularly in view of the fact that the Crown had the burden to show a legal error that had a material bearing on the acquittal. I would not endorse this approach. However, it is difficult to say that prejudice resulted. The Court of Appeal received full submissions from both parties, both orally and in writing. The procedure adopted, while not perfect, was fair (see *Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat*, 2014 SCC 37, [2014] 2 S.C.R. 33, at para. 43; and *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3, at para. 46).

B. *The Exclusion of Evidence*

[71] As the Court of Appeal erred in allowing the appeal against acquittal and ordering a new trial on the basis of one of the new issues raised by the court, it must be determined whether there should be a new trial on the grounds of appeal advanced by the Crown before the Court of Appeal — namely, that the trial judge erred in finding violations of s. 10(a) and (b) of the *Charter* and that the trial judge erred in his s. 24(2) *Charter* analysis and ultimate decision to exclude the evidence.

(1) Were Mr. Mian’s Section 10 Rights Breached?

[72] In my view, there is no basis to overturn the trial judge’s conclusion that Mr. Mian’s s. 10 *Charter* rights were breached.

[73] The Crown argues that the police officers’ 22-minute delay in complying with the informational duties under s. 10 of the *Charter* was justified by exceptional circumstances. Specifically,

observations écrites quant à la question soulevée par la Cour d’appel, la demande a été accueillie. En outre, il ne s’est pas plaint des exigences en matière de dépôt fixées par la Cour d’appel.

[70] Il n’était pas orthodoxe de demander à l’intimé de déposer ses observations en premier, d’autant plus qu’il appartenait au ministère public de prouver qu’une erreur de droit avait eu une incidence significative sur le verdict d’acquittal. Je ne préconiserais pas cette approche. Cela dit, il est difficile de prétendre qu’il en a résulté un préjudice. La Cour d’appel a reçu des observations complètes des deux parties, oralement et par écrit. La procédure adoptée, bien qu’imparfaite, était équitable (voir *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*, 2014 CSC 37, [2014] 2 R.C.S. 33, par. 43; et *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3, par. 46).

B. *L’exclusion de la preuve*

[71] Puisque la Cour d’appel a eu tort d’accueillir l’appel de l’acquittal et d’ordonner la tenue d’un nouveau procès sur le fondement d’une des nouvelles questions qu’elle a soulevées, il faut déterminer s’il doit y avoir un nouveau procès fondé sur les moyens d’appel plaidés par le ministère public en Cour d’appel — à savoir que le juge du procès a eu tort de conclure qu’il y avait eu des violations des al. 10(a) et (b) de la *Charte* et que le juge du procès avait commis une erreur dans son analyse fondée sur le par. 24(2) de la *Charte* et dans sa décision subséquente d’exclure des éléments de preuve.

(1) Les droits que garantit l’art. 10 à M. Mian ont-ils été violés?

[72] À mon avis, rien ne permet d’infirmar la conclusion du juge du procès selon laquelle les droits que garantit l’art. 10 de la *Charte* à M. Mian ont été violés.

[73] Le ministère public plaide que le délai de 22 minutes qui s’est écoulé avant que les policiers se conforment aux obligations d’information prescrites par l’art. 10 de la *Charte* était

the Crown submits that a more transparent drug arrest would have compromised the integrity of the separate ongoing wiretap investigation into gang violence.

[74] The Crown concedes that to accept this argument would constitute an extension of the circumstances in which s. 10 rights may be suspended. As the Crown in this case recognizes, “[n]one of the jurisprudence has considered the precise situation presented here” (R.F., at para. 81). I accept that the jurisprudence does recognize that compliance with the s. 10(b) informational rights may be suspended in exceptional circumstances (see *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233, at p. 1244; and *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980, at pp. 998-99). However, it is not necessary to decide in this case whether the need to protect the integrity of a separate, ongoing investigation is an exceptional circumstance which may justify the suspension of the s. 10(b) rights. Nor is it necessary to determine whether exceptional circumstances can delay the implementation of s. 10(a) rights. Even if they could, exceptional circumstances do not arise on the facts as found by the trial judge in this case.

[75] The trial judge found as a fact that there was insufficient evidence to support the assertion that immediate compliance with s. 10 of the *Charter* would have compromised the broader investigation. The trial judge acknowledged that Detective Werth testified that the delay was due to concerns about compromising the ongoing investigation. However, the judge went on to find that there was no evidence about why simply advising Mr. Mian of the reason for his arrest or informing him of his right to counsel would have frustrated the ongoing investigation of Chelmick and other gang members. Ultimately, the trial judge found that there was no evidence of a “real and present danger that the operation would be frustrated or compromised” (para. 86). The Crown has not established a legal basis for assailing these factual findings. Crown appeals from acquittals are restricted to questions of law. Findings of fact can only be undermined in limited situations, not

justifié par des circonstances exceptionnelles. Plus précisément, le ministère public prétend qu’une arrestation plus transparente pour trafic de drogue aurait compromis l’intégrité de l’enquête distincte en cours, menée par écoute électronique, sur la violence des gangs.

[74] Le ministère public admet que si l’on acceptait cet argument, on se trouverait à élargir les circonstances dans lesquelles les droits garantis par l’art. 10 peuvent être suspendus. Comme le ministère public le reconnaît en l’espèce, [TRADUCTION] « [I]a situation précise qui se présente ici n’est traitée nulle part dans la jurisprudence » (m.i., par. 81). Je conviens que la jurisprudence reconnaît la possibilité de suspendre les droits à l’information que garantit l’al. 10b) dans des circonstances exceptionnelles (voir *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233, p. 1244; et *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980, p. 998-999). Toutefois, en l’espèce, il n’est pas nécessaire de décider si le besoin de protéger l’intégrité d’une enquête distincte en cours constitue une circonstance exceptionnelle de ce type. Il n’est pas non plus nécessaire de déterminer si des circonstances exceptionnelles pourraient retarder la mise en œuvre des droits que garantit l’al. 10a). Même si c’était le cas, les faits constatés par le juge du procès ne constituent nullement des circonstances exceptionnelles.

[75] Selon le juge du procès, la preuve était insuffisante pour étayer l’assertion selon laquelle l’enquête plus large aurait été compromise s’il avait été immédiatement satisfait aux obligations découlant de l’art. 10 de la *Charte*. Le juge du procès a reconnu que le détective Werth avait affirmé dans son témoignage que le délai avait découlé du souci de ne pas compromettre l’enquête en cours. Toutefois, le juge a poursuivi en concluant qu’aucun élément de preuve ne permettait d’expliquer pourquoi le simple fait d’informer M. Mian des motifs de son arrestation ou de son droit à l’assistance d’un avocat aurait nui à l’enquête en cours sur M. Chelmick et d’autres membres de la bande. Ultimement, le juge du procès a conclu qu’il n’y avait aucune preuve de l’existence d’un [TRADUCTION] « danger réel et actuel de nuire à l’opération ou de la compromettre » (par. 86). Le ministère public n’a pas établi de fondement

applicable in this case, where the trial judge's alleged shortcomings in assessing the evidence give rise to an error of law (see *Criminal Code*, s. 676(1)(a); and *R. v. J.M.H.*, 2011 SCC 45, [2011] 3 S.C.R. 197, at paras. 24-39, *per* Cromwell J.).

[76] Accordingly, there were no exceptional circumstances to justify the delay by the police in complying with their s. 10 informational duties. There is no reason to disturb the trial judge's conclusion that s. 10(a) and (b) of the *Charter* were infringed.

(2) Did the Trial Judge Err in Excluding the Evidence Under Section 24(2)?

[77] It is well established that the determinations of trial judges as to what would bring the administration of justice into disrepute having regard to all of the circumstances will be reviewed deferentially: "Where a trial judge has considered the proper factors and has not made any unreasonable finding, his or her determination is owed considerable deference on appellate review" (*R. v. Côté*, 2011 SCC 46, [2011] 3 S.C.R. 215, at para. 44, *per* Cromwell J.). Applying that standard in this case, there is no basis for overturning the trial judge's decision to exclude the evidence under s. 24(2) of the *Charter*. Although the Crown argues that the trial judge committed serious legal errors in his s. 24(2) analysis, the Crown's arguments amount to attacks on the trial judge's findings of fact and his ultimate assessment under s. 24(2) of the *Charter*. It is significant that this case involved a Crown appeal from an acquittal, which limits the Crown's challenge to the decision of the trial judge to questions of law.

juridique pour attaquer ces conclusions de fait. Les appels d'acquittements interjetés par le ministère public se limitent aux questions de droit. Les conclusions de fait ne peuvent être remises en cause que dans des situations limitées — qui ne se présentent pas en l'espèce — où des lacunes dont souffre l'appréciation de la preuve par le juge du procès constituent une erreur de droit (voir *Code criminel*, al. 676(1)a); et *R. c. J.M.H.*, 2011 CSC 45, [2011] 3 R.C.S. 197, par. 24-39, le juge Cromwell).

[76] Par conséquent, il n'existait aucune circonstance exceptionnelle qui justifiait le retard des policiers à se conformer aux obligations d'information prescrites par l'art. 10. Il n'y a aucune raison de modifier la conclusion du juge du procès selon laquelle les al. 10a) et b) de la *Charte* ont été violés.

(2) Le juge du procès a-t-il eu tort d'exclure des éléments de preuve en application du par. 24(2)?

[77] Il est bien établi que la détermination, par le juge du procès, de ce qui, suivant le par. 24(2), est susceptible de déconsidérer l'administration de justice eu égard aux circonstances, sera contrôlée avec déférence : « Lorsque le juge du procès a pris en compte les considérations applicables et n'a tiré aucune conclusion déraisonnable, sa décision justifie une grande déférence en appel » (*R. c. Côté*, 2011 CSC 46, [2011] 3 R.C.S. 215, par. 44, le juge Cromwell). Appliquant cette norme en l'espèce, il n'y a aucune raison d'infirmar la décision qu'a prise le juge du procès d'exclure des éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*. Même si le ministère public plaide que le juge du procès a commis des erreurs de droit graves dans son analyse fondée sur le par. 24(2), ses arguments reviennent à des contestations de conclusions de fait tirées par le juge du procès et de son appréciation ultime en application du par. 24(2) de la *Charte*. Il s'agit d'un élément important parce que la présente affaire concerne l'appel d'un acquittement interjeté par le ministère public dont les moyens d'appel de la décision du juge du procès doivent se limiter aux questions de droit.

(a) *The Grant Test for Exclusion of Evidence Under Section 24(2)*

[78] Under s. 24(2) of the *Charter*, evidence obtained in a manner that infringed or denied *Charter* rights will be excluded if it is established that, having regard to all of the circumstances, the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. In *Grant*, this Court held that a s. 24(2) analysis requires the court to assess and balance the following factors: (1) the seriousness of the *Charter* breach; (2) the impact of the breach on the protected interests of the accused; and (3) society's interest in the adjudication of the case on its merits (para. 71). The trial judge applied this test and, as detailed below, did not make any unreasonable findings.

(i) The Seriousness of the *Charter* Breach

[79] The Crown argues that the seriousness of the breach was lessened because of the extenuating circumstances of an ongoing investigation. The Crown argues that the police delayed informing Mr. Mian of the reason for his arrest and his right to counsel in order to avoid compromising an investigation, thus mitigating the seriousness of the *Charter* breach.

[80] The Crown emphasizes the fact that the delay was “only 22 minutes” and describes this delay as “minor” (R.F., at para. 99). Although 22 minutes may be “minor” in some circumstances, in the context of this case it was significant. In this case, there was evidence that Mr. Mian was questioned while in the police vehicle at a point in time at which his s. 10 rights still had not been complied with (*voir dire* reasons, at para. 98). Although the Crown did not seek to introduce any statements that Mr. Mian may have made at that time, the questioning of Mr. Mian indicates the seriousness of the delay. The significance of the passage of time is heightened in the circumstances of this case, where the trial judge found that there was no valid reason for the delay and that there were

a) *Le test de l'arrêt Grant relatif à l'exclusion d'éléments de preuve en application du par. 24(2)*

[78] En application du par. 24(2) de la *Charte*, des éléments de preuve obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou aux libertés garantis par la *Charte* sont écartés, s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur admission est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Dans *Grant*, la Cour a statué qu'une analyse fondée sur le par. 24(2) obligeait le tribunal à évaluer et à mettre en balance les facteurs suivants : (1) la gravité de la violation de la *Charte*; (2) l'incidence de la violation sur les droits garantis de l'accusé; et (3) l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond (par. 71). Le juge du procès a appliqué ce test et, comme je l'explique en détail ci-après, il n'a pas tiré de conclusions déraisonnables.

(i) La gravité de la violation de la *Charte*

[79] Le ministère public prétend que la gravité de la violation a été réduite en raison des circonstances atténuantes d'une enquête en cours. Il plaide aussi que les policiers ont tardé à informer M. Mian de la raison de son arrestation et de son droit à l'assistance d'un avocat pour éviter de compromettre une enquête, ce qui réduit la gravité de la violation de la *Charte*.

[80] Le ministère public insiste sur le fait que le délai n'a été que [TRADUCTION] « de 22 minutes » et il qualifie ce délai de « mineur » (m.i., par. 99). Bien qu'un délai de 22 minutes puisse être « mineur » dans certaines circonstances, dans le cas considéré en l'espèce, il était important. En effet, la preuve révèle que M. Mian a été interrogé pendant qu'il se trouvait dans la voiture de police alors que les droits que lui garantit l'art. 10 n'avaient pas encore été respectés (motifs sur le voir-dire, par. 98). Même si le ministère public n'a pas tenté de mettre en preuve des déclarations que M. Mian a pu faire à ce moment-là, l'interrogatoire de M. Mian témoigne de la gravité du retard. L'importance de l'écoulement du temps est amplifiée par les circonstances de l'espèce, où le juge du procès a conclu qu'aucun

numerous opportunities for the police officers to advise Mr. Mian of the reason for his detention and his right to retain and instruct counsel (*ibid.*, at para. 94).

[81] This does not mean that the seriousness of a delay will never be mitigated by extenuating circumstances. Indeed, in an appropriate case, where a *Charter* breach has been found, a delay of more than 22 minutes may well be justified. In this case, however, these arguments are impermissible attempts to undermine the factual findings of the trial judge.

[82] First, in *Grant*, this Court recognized that “[e]xtenuating circumstances, such as the need to prevent the disappearance of evidence, may attenuate the seriousness of police conduct that results in a *Charter* breach” (para. 75). However, in this case, the trial judge found that once Mr. Mian was out of his vehicle, there could not have been any concern for the destruction or loss of any evidence in the vehicle. Second, the trial judge found that Detective Werth had instructed Constables McGill and Dalziel that if they could not establish their own grounds to arrest the driver of the Malibu, there were already grounds to arrest the driver which they could rely upon. Finally, the trial judge found as a fact that “[t]here was no evidence of a real and present danger that the operation would be frustrated or compromised if Mian was immediately advised of the reason for his arrest” or of “his right to retain and instruct counsel” (para. 86). In view of these factual findings which were open to the trial judge, I am unable to accept the Crown’s argument that the extenuating circumstances of the ongoing investigation were sufficiently significant to lessen the seriousness of the breach.

[83] The Crown further submits that the breach was not serious because there was a lack of a *causal* connection between the breach and the discovery of the evidence. However, a *causal* connection or lack

motif valable ne justifiait le délai et que les policiers avaient eu de nombreuses occasions d’informer M. Mian du motif de sa détention et de son droit d’avoir recours à l’assistance d’un avocat (*ibid.*, par. 94).

[81] Cela ne veut pas dire que la gravité d’un délai ne sera jamais réduite par des circonstances atténuantes. En effet, dans une situation appropriée, lorsqu’une violation de la *Charte* est constatée, un délai de plus de 22 minutes pourrait très bien être justifié. Cependant, en l’espèce, ces arguments sont des tentatives inacceptables de miner les conclusions de fait du juge du procès.

[82] Premièrement, dans *Grant*, la Cour a reconnu que « des circonstances atténuantes, telle la nécessité d’empêcher la disparition d’éléments de preuve, [pouvaient réduire] la gravité d’actions policières contraires à la *Charte* » (par. 75). Toutefois, en l’espèce, le juge du procès a conclu que dès que M. Mian s’est trouvé à l’extérieur de son véhicule, on ne pouvait pas s’inquiéter de la destruction ou de la perte d’éléments de preuve dans le véhicule. Deuxièmement, le juge du procès a conclu que le détective Werth avait dit aux agents McGill et Dalziel que s’ils ne pouvaient pas établir leurs propres motifs pour arrêter le conducteur de la Malibu, il existait déjà des motifs d’arrestation sur lesquels ils pouvaient s’appuyer. Enfin, le juge du procès a conclu [TRADUCTION] « que la preuve ne révélait aucun danger réel et actuel de nuire ou de compromettre l’opération si M. Mian avait été immédiatement informé du motif de son arrestation » ou de « son droit d’avoir recours à l’assistance d’un avocat » (par. 86). Compte tenu de ces conclusions de fait qu’il était loisible au juge du procès de tirer, je ne puis accepter l’argument du ministère public selon lequel les circonstances atténuantes de l’enquête en cours étaient suffisamment importantes pour réduire la gravité de la violation.

[83] Le ministère public prétend en outre que la violation n’était pas grave, faute de lien de *causalité* entre la violation et la découverte des éléments de preuve. Toutefois, un lien de *causalité*,

thereof is not determinative. This Court has confirmed that a *causal* connection is not necessary in order to engage s. 24(2) of the *Charter* (*Strachan*, at pp. 1000-1002). Indeed, the Crown concedes that a *temporal* connection is in theory sufficient to engage s. 24(2). Moreover, the first line of inquiry in the *Grant* analysis is concerned with the police conduct, and is not focused on the connection or lack thereof between the police conduct and the evidence (*Grant*, at paras. 72-73; see also *Côté*, at para. 71).

[84] At the stage of assessing the seriousness of the breach, deliberate and egregious state conduct favours the exclusion of the evidence: “In order to determine the effect of admission of the evidence on public confidence in the justice system, the court on a s. 24(2) application must consider the seriousness of the violation, viewed in terms of the gravity of the offending conduct by state authorities whom the rule of law requires to uphold the rights guaranteed by the *Charter*” (*Grant*, at para. 73 (emphasis added)). In this case, the trial judge found that the *Charter* breaches were “extremely serious and deliberate” (para. 96) due to the “number of opportunities” (para. 94) that Constables McGill and Dalziel had to advise Mr. Mian of the reason for his detention and because “[t]here was no evidence . . . as to how simply providing Mian with this information would have created a real and present danger of compromising the ongoing investigation” (para. 96). These were findings of fact, entitled to deference.

[85] In my view, the trial judge did not consider improper factors, or ignore proper factors, at the first stage of the *Grant* analysis. There is no reason to disturb his findings that this first stage of the analysis weighs in favour of excluding the evidence.

ou l’absence d’un tel lien, n’est pas concluant. La Cour a confirmé qu’un lien de causalité n’est pas nécessaire pour faire entrer en jeu le par. 24(2) de la *Charte* (*Strachan*, p. 1000-1002). D’ailleurs, le ministère public reconnaît qu’un lien *temporel* est suffisant en principe pour ce faire. Qui plus est, la première question à se poser dans le cadre de l’analyse de l’arrêt *Grant* a pour objet la conduite des policiers, et non le lien ou l’absence de lien entre leur conduite et les éléments de preuve (*Grant*, par. 72-73; voir aussi *Côté*, par. 71).

[84] À l’étape de l’évaluation de la gravité de la violation, le caractère délibéré et inacceptable de la conduite de l’État favorise l’exclusion de la preuve : « Pour évaluer l’effet de l’utilisation d’éléments de preuve sur la confiance du public envers le système de justice, le tribunal saisi d’une demande fondée sur le par. 24(2) doit examiner l’importance de l’atteinte sous l’angle de la gravité de la conduite répréhensible des autorités étatiques qui, en vertu du principe de la primauté du droit, sont tenues de respecter les droits garantis par la *Charte* » (*Grant*, par. 73 (je souligne)). En l’espèce, le juge du procès a conclu que les violations de la *Charte* étaient [TRADUCTION] « extrêmement graves et délibérées » (par. 96) compte tenu du « grand nombre d’occasions » (par. 94) qu’avaient eues les agents McGill et Dalziel d’informer M. Mian de la raison de sa détention et parce que « aucun élément de preuve [. . .] ne révélait en quoi le simple fait de fournir ces renseignements à M. Mian était susceptible de créer un danger réel et actuel de compromettre l’enquête en cours » (par. 96). Il s’agissait là de conclusions de fait, envers lesquelles la déférence est de mise.

[85] À mon avis, le juge de première instance n’a pas considéré de facteurs inappropriés ni fait abstraction de facteurs appropriés à la première étape du cadre d’analyse énoncé dans l’arrêt *Grant*. Il n’y a aucune raison de modifier ses conclusions selon lesquelles la première étape de l’analyse milite en faveur de l’exclusion des éléments de preuve.

(ii) The Impact of the Breach on the Protected Rights of the Accused

[86] The Crown argues that “the trial judge erred by overstating the impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the accused” (R.F., at para. 100). The basis for this argument is that Mr. Mian “had to wait for constitutionally required advice for 22 minutes, not several hours. He was not subjected to any lengthy interrogation” (R.F., at para. 103).

[87] However, as explained above, the trial judge’s assessment of the *Grant* factors in light of the facts of the case is to be afforded considerable deference by an appellate court. The Crown’s arguments are an attack on the judge’s assessment of the facts and do not point to an error of law. In addition, while the trial judge found that the impact on Mr. Mian’s rights with respect to the failure to advise him of the reason for his detention or of his right to counsel would have weighed in favour of excluding any statements that the Crown may have tried to introduce, the Crown did not seek to introduce such evidence. Moreover, with respect to non-bodily physical evidence, the trial judge found that the s. 10 *Charter* violations had little impact on Mr. Mian’s privacy interest in the contents of his car, in part because of the lack of causal connection between the breach and the evidence. It was appropriate to consider the causal connection at this stage (*Grant*, at para. 122). In this context, it is difficult to see how the trial judge could be said to have overstated the impact of the breach on Mr. Mian’s *Charter*-protected interests. I do not see any reason to disturb the trial judge’s findings with respect to the second *Grant* factor.

(ii) L’incidence de la violation sur les droits garantis de l’accusé

[86] Le ministère public prétend que [TRADUCTION] « le juge du procès s’est trompé en exagérant l’incidence de la violation sur les droits que la *Charte* garantit à l’accusé » (m.i., par. 100). Au soutien de cet argument, le ministère public fait valoir que M. Mian « a dû attendre 22 minutes — et non plusieurs heures — avant d’obtenir les renseignements dont la transmission est prescrite par la Constitution. Il n’a pas été soumis à un long interrogatoire » (m.i., par. 103).

[87] Toutefois, comme je l’ai expliqué précédemment, une cour d’appel doit faire preuve d’une grande déférence à l’égard de l’appréciation faite par le juge du procès des facteurs examinés dans *Grant* à la lumière des faits de la cause. En fait, les arguments du ministère public constituent une attaque contre l’appréciation des faits par le juge et non une prétention d’erreur de droit. De plus, alors que le juge du procès a conclu que l’incidence sur les droits de M. Mian en ce qui concerne l’omission de l’avoir informé du motif de sa détention ou de son droit à l’assistance d’un avocat aurait milité en faveur de l’exclusion de déclarations que le ministère public aurait pu tenter d’introduire, le ministère public n’a pas cherché à introduire de tels éléments de preuve. Qui plus est, en ce qui a trait aux éléments de preuve matérielle non corporelle, le juge du procès a conclu que les violations de l’art. 10 de la *Charte* avaient eu peu d’incidence sur le droit au respect de la vie privée de M. Mian à l’égard du contenu de sa voiture, notamment en raison de l’absence de lien de causalité entre la violation et l’élément de preuve. Il était approprié d’examiner le lien de causalité à cette étape (*Grant*, par. 122). Dans ce contexte, il est difficile de voir en quoi le juge du procès aurait exagéré l’incidence de la violation sur les droits que la *Charte* garantit à M. Mian. Je ne vois aucune raison de modifier les conclusions du juge du procès à l’égard du deuxième facteur dont *Grant* prescrit l’examen.

(iii) Society's Interest in the Adjudication of the Case on Its Merits

[88] The Crown argues that the trial judge erred by concluding that the reliability and importance of the evidence were offset by Detective Werth's attempt to mislead the court. I agree that misleading police testimony is properly considered under the first *Grant* factor. However, the *Grant* test is a flexible and imprecise balancing exercise (see *Grant*, at paras. 85-86). The question is whether the trial judge considered the proper factors. In this case, the trial judge did exactly that. The trial judge held that the lack of a causal connection between the breach and the evidence, the minimal impact of the breach on Mr. Mian's privacy rights, the reliability of the evidence, and the seriousness of the offence favoured admission of the evidence. He also held that the egregious and deliberate state conduct, the lack of a valid reason for the *Charter* breach, and the misleading state conduct favoured exclusion of the evidence. On balance, the judge concluded that society's interest in the adjudication of the case on its merits was outweighed by the wilful and flagrant state conduct and the attempts to mislead the court. This conclusion was not unreasonable.

(b) *Conclusion on the Admissibility of the Evidence*

[89] In view of the deferential standard of review on appeal and because the Crown's arguments with respect to the trial judge's s. 24(2) findings amount to an attack on the trial judge's findings of fact, this Court cannot interfere with the trial judge's s. 24(2) analysis.

VI. Conclusion

[90] The appeal is allowed and the trial judge's verdict acquitting Mr. Mian is restored.

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

[88] Le ministère public soutient que le juge du procès a eu tort de conclure que la fiabilité et l'importance des éléments de preuve avaient été neutralisées par la tentative du détective Werth d'induire la cour en erreur. Je suis d'accord pour dire qu'il faut faire l'analyse du témoignage trompeur d'un policier dans le cadre de l'examen du premier facteur de *Grant*. Toutefois, le test énoncé dans cet arrêt est un exercice souple et imprécis de recherche d'équilibre (voir *Grant*, par. 85-86). Il s'agit de savoir si le juge du procès a examiné les bons facteurs. En l'espèce, c'est exactement ce qu'il a fait. En effet, il a statué que l'absence de lien de causalité entre la violation et les éléments de preuve, l'incidence minimale de la violation sur les droits à la vie privée de M. Mian, la fiabilité de la preuve et la gravité de l'infraction militaient en faveur de l'admission des éléments de preuve. Il a également statué que la conduite délibérée et inacceptable de l'État, l'absence de justification valable pour la violation de la *Charte* et la conduite trompeuse de l'État militaient en faveur de l'exclusion de la preuve. Globalement, le juge a conclu que la conduite délibérée et flagrante de l'État et les tentatives de tromper la Cour pesaient plus lourd que l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond. Cette conclusion n'était pas déraisonnable.

(b) *Conclusion sur l'admissibilité des éléments de preuve*

[89] Compte tenu de la norme de contrôle qui commande la déférence en appel et parce que les arguments du ministère public à l'égard des conclusions du juge du procès en application du par. 24(2) équivalent à une contestation des conclusions de fait du juge du procès, la Cour ne peut intervenir dans l'analyse du juge du procès fondée sur le par. 24(2).

VI. Conclusion

[90] Le pourvoi est accueilli et le verdict prononcé par le juge du procès acquittant M. Mian est rétabli.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Sprake Song & Konye, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Public Prosecution Service of Canada, Edmonton.

Solicitor for the intervener: Attorney General of Alberta, Calgary.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant : Sprake Song & Konye, Vancouver.

Procureur de l'intimée : Service des poursuites pénales du Canada, Edmonton.

Procureur de l'intervenant : Procureur général de l'Alberta, Calgary.