

Randolph (Randy) Fleming *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen in Right of the Province of Ontario, Provincial Constable Kyle Miller of the Ontario Provincial Police, Provincial Constable Rudy Bracnik of the Ontario Provincial Police, Provincial Constable Jeffrey Cudney of the Ontario Provincial Police, Provincial Constable Michael C. Courty of the Ontario Provincial Police, Provincial Constable Steven C. Lorch of the Ontario Provincial Police, Provincial Constable R. Craig Cole of the Ontario Provincial Police and Provincial Constable S. M. (Shawn) Gibbons of the Ontario Provincial Police *Respondents*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Quebec, Canadian Civil Liberties Association, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Canadian Association of Chiefs of Police, Canadian Association for Progress in Justice and Canadian Constitution Foundation *Interveners*

INDEXED AS: FLEMING v. ONTARIO

2019 SCC 45

File No.: 38087.

2019: March 21; 2019: October 4.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Côté, Brown, Rowe and Martin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Police — Powers — Common law power of arrest — Breach of peace — Counter-protestor, acting lawfully, arrested to prevent apprehended breach of peace by others — Counter-protestor charged with obstructing police officer but charge later withdrawn — Counter-protestor filing statement of claim against Province and police officers seeking general damages for assault and battery,

Randolph (Randy) Fleming *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine du chef de la province de l'Ontario, agent Kyle Miller de la Police provinciale de l'Ontario, agent Rudy Bracnik de la Police provinciale de l'Ontario, agent Jeffrey Cudney de la Police provinciale de l'Ontario, agent Michael C. Courty de la Police provinciale de l'Ontario, agent Steven C. Lorch de la Police provinciale de l'Ontario, agent R. Craig Cole de la Police provinciale de l'Ontario et agent S. M. (Shawn) Gibbons de la Police provinciale de l'Ontario *Intimés*

et

Procureur général du Canada, procureure générale du Québec, Association canadienne des libertés civiles, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Association canadienne des chefs de police, Canadian Association for Progress in Justice et Canadian Constitution Foundation *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : FLEMING c. ONTARIO

2019 CSC 45

N° du greffe : 38087.

2019 : 21 mars; 2019 : 4 octobre.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Côté, Brown, Rowe et Martin.

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

Police — Pouvoirs — Pouvoir d'arrestation en common law — Violation de la paix — Arrestation d'un contre-manifestant agissant en toute légalité pour prévenir une violation appréhendée de la paix par d'autres — Contre-manifestant accusé d'entrave au travail d'un policier, mais retrait ultérieur de l'accusation — Poursuite intentée par le contre-manifestant contre la province et les policiers en

wrongful arrest and false imprisonment, aggravated or punitive damages and damages for violation of various constitutional rights — Whether police have common law power to arrest someone acting lawfully in order to prevent apprehended breach of peace by others.

F was arrested while walking to a counter-protest flag rally organized in response to Six Nations protestors' occupation of a piece of Crown land. The police became aware of the flag rally in the months preceding it and had developed an operational plan, given the contentious atmosphere in the community which had on numerous occasions culminated in violent clashes between the two sides. The plan included keeping protestors and counter-protestors apart, and flag rally counter-protestors were informed that they were not allowed on the occupied property. When the police spotted F walking on the shoulder of the road running along the occupied property, they headed toward him with the intention of placing themselves between him and the entrance to the property. To avoid the police vehicles, F stepped onto the occupied property, which appeared to cause a reaction in a group of protestors, some of whom began moving toward him. An officer then approached F and told him he was under arrest to prevent a breach of the peace. When F refused to drop the flag he was carrying, he was forced to the ground, handcuffed, placed in an offender transport unit van, moved to a jail cell and released two and a half hours later. The Crown eventually withdrew the charge of obstructing a police officer which had been laid against F for resisting his arrest. F subsequently filed a statement of claim against the Province and the police officers who had been involved in his arrest. He claimed general damages for assault and battery, wrongful arrest and false imprisonment, as well as aggravated or punitive damages and damages for violation of his rights under ss. 2(b), 7, 9 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. F was successful at trial, but a majority of the Court of Appeal set aside the award of damages on the basis that the police had the authority at common law to arrest him. The Court of Appeal ordered a new trial solely on the issue of excessive force. F appeals to the Court on the issue of whether the police acted lawfully in arresting him, and on whether a new trial should have been ordered on the question of excessive force.

dommages-intérêts généraux pour voies de fait, arrestation illégale et séquestration, en dommages-intérêts majorés ou punitifs, et en dommages-intérêts pour violation de divers droits constitutionnels — Les policiers ont-ils en common law le pouvoir d'arrêter un individu qui agit en toute légalité pour prévenir une violation de la paix par d'autres?

F a été arrêté alors qu'il se rendait à pied à un rallye du drapeau organisé pour protester contre l'occupation d'une terre de la Couronne par des manifestants membres de la première nation Six Nations. La police a eu connaissance que le rallye du drapeau s'organisait dans les mois qui l'ont précédé et a mis au point un plan opérationnel étant donné l'ambiance conflictuelle qui régnait dans la communauté et qui avait souvent donné lieu à des affrontements violents entre les deux camps. Le plan opérationnel prévoyait notamment que les manifestants et les contre-manifestants ne devaient pas se mêler les uns aux autres, et les participants au rallye du drapeau ont été informés qu'ils ne seraient pas autorisés à pénétrer sur les terres occupées. Lorsque les policiers ont remarqué que F marchait sur l'accotement de la rue qui longeait les terres occupées, ils se sont dirigés vers lui dans l'intention de s'interposer entre lui et l'entrée des terres. Afin d'éviter les véhicules de la police, F a mis les pieds sur les terres occupées, ce qui a semblé causer une réaction dans un groupe de manifestants, dont certains ont commencé à se diriger vers lui. Un agent s'est alors approché de F et lui a dit qu'il était en état d'arrestation pour prévenir une violation de la paix. Lorsque F a refusé de laisser tomber le drapeau qu'il transportait, il a été forcé de s'allonger sur le sol, menotté, mis à bord d'un véhicule de transport de contrevenants, amené dans une cellule et remis en liberté deux heures et demie plus tard. En fin de compte, l'accusation d'entrave au travail d'un policier portée contre F parce qu'il avait résisté à son arrestation a été retirée par le ministère public. Subséquemment, F a intenté une poursuite contre la province et les policiers qui avaient participé à son arrestation. Il a demandé des dommages-intérêts généraux pour voies de fait, arrestation illégale et séquestration ainsi que des dommages-intérêts majorés ou punitifs et des dommages-intérêts pour violation des droits qui lui sont garantis par l'al. 2b) et les art. 7, 9 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Au terme de son procès, F a obtenu un jugement en sa faveur, mais les juges majoritaires de la Cour d'appel ont annulé l'octroi des dommages-intérêts adjugés puisque, selon eux, les policiers avaient le pouvoir en common law d'arrêter F. La Cour d'appel a ordonné la tenue d'un nouveau procès uniquement sur la question du recours à une force excessive. F interjette appel devant la Cour pour que celle-ci détermine si les policiers ont agi légalement lorsqu'ils l'ont arrêté et pour qu'elle se prononce sur le bien-fondé de la décision d'ordonner la tenue d'un nouveau procès sur la question de la force excessive.

Held: The appeal should be allowed and the trial judge's order restored.

F's arrest was not authorized by law, and there is no basis for intervening in the trial judge's conclusion that the Province and the police were liable for battery for their use of force in unlawfully arresting him. As a result, no new trial is needed on the issue of excessive force.

To determine whether a particular police action that interferes with individual liberty is authorized at common law, the ancillary powers doctrine must be applied. At the preliminary step of the analysis, the police power that is being asserted and the liberty interests that are at stake must be clearly defined. The analysis then proceeds in two stages. First, the court must ask whether the police conduct at issue falls within the general scope of a statutory or common law police duty. Second, the court must determine whether the conduct involves a justifiable exercise of police powers associated with that duty. At the second stage, the court must ask whether the police action is reasonably necessary for the fulfillment of the duty. There are three factors to be weighed in answering that question: (1) the importance of the performance of the duty to the public good, (2) the necessity of the interference with individual liberty for the performance of the duty, and (3) the extent of the interference with individual liberty. Throughout the analysis, the onus is always on the state.

The second stage of the ancillary powers doctrine must always be applied with rigour to ensure that the state has satisfied its burden of demonstrating that the interference with individual liberty is justified and necessary. The standard of justification must be commensurate with the fundamental rights at stake, and in the unique context of a purported power of arrest such as the one in the present case, that standard is especially stringent for a number of reasons. First, the purported power would enable the police to interfere with the liberty of someone acting lawfully. Such a power is extraordinary in nature and it is especially important for the court to guard against intrusions on the liberty of persons who are neither accused nor suspected of committing any crime. Second, the purported police power is preventative, and the court must be very cautious about authorizing police actions merely because an unlawful or disruptive act could occur. Vague or overly permissive standards in such situations would sanction profound intrusions on liberty with little societal benefit. Third, because the purported power of arrest would generally not

Arrêt : L'appel est accueilli et l'ordonnance de la juge de première instance est rétablie.

L'arrestation de F n'était pas autorisée par la loi et il n'y a aucune raison de modifier la conclusion de la juge du procès selon laquelle la province et les policiers étaient responsables de voies de fait pour avoir utilisé la force lors de son arrestation illégale. La tenue d'un nouveau procès n'est donc pas nécessaire pour examiner la question de l'utilisation d'une force excessive.

Pour déterminer si une action policière particulière qui a pour effet de restreindre la liberté d'un individu est autorisée en common law, il faut appliquer la doctrine des pouvoirs accessoires. À l'étape préliminaire de l'analyse, le pouvoir policier invoqué ainsi que les droits relatifs à la liberté en cause doivent être clairement définis. L'analyse se fait ensuite en deux étapes. Premièrement, le tribunal doit se demander si la conduite policière en question s'inscrit dans le cadre général d'un devoir policier statuaire ou en common law. Deuxièmement, le tribunal doit déterminer si la conduite constitue un exercice justifiable des pouvoirs policiers afférents à ce devoir. À la deuxième étape, le tribunal doit se demander si la conduite des policiers est raisonnablement nécessaire pour accomplir le devoir. Il faut sopeser trois facteurs pour répondre à cette question : (1) l'importance que présente l'accomplissement de ce devoir pour l'intérêt public, (2) la nécessité de l'atteinte à la liberté individuelle pour l'accomplissement de ce devoir, et (3) l'ampleur de l'atteinte à la liberté individuelle. Tout au long de l'analyse, le fardeau de la preuve repose sur l'État.

La deuxième étape de la doctrine des pouvoirs accessoires doit toujours être appliquée avec rigueur pour veiller à ce que l'État s'acquitte de son fardeau de démontrer que l'atteinte à la liberté individuelle est justifiée et nécessaire. La norme de justification doit être proportionnée aux droits fondamentaux en cause et, dans le contexte unique d'un présumé pouvoir d'arrestation comme celui dont il est question dans la présente cause, la norme est particulièrement rigoureuse pour plusieurs raisons. Premièrement, le présumé pouvoir autoriserait les policiers à porter atteinte à la liberté d'un individu qui agit en toute légalité. Un tel pouvoir serait de nature extraordinaire et il est particulièrement important que les tribunaux protègent les individus contre les restrictions à leur liberté lorsqu'ils ne sont ni accusés ni soupçonnés d'avoir commis une infraction. Deuxièmement, le présumé pouvoir policier en est un de prévention, et les tribunaux doivent faire preuve d'une grande prudence quant au fait d'autoriser les actions policières uniquement parce qu'un acte illégal ou perturbateur pourrait être commis. Des normes vagues

result in charges, judicial oversight of its exercise would be rare. As a result, any standard outlined at the outset would have to be clear and highly protective of liberty.

In the present case, the purported police power is a power to arrest someone who is acting lawfully in order to prevent an apprehended breach of the peace by others. It targets individuals who are not suspected of being about to break any law or to initiate any violence themselves, in situations in which the police nonetheless believe that arresting the individuals in question will prevent a breach of the peace from occurring. The proposed power would involve substantial *prima facie* interference with significant liberty interests. Indeed, few police actions interfere with an individual's liberty more than arrest — an action which completely restricts the person's ability to move about in society free from state coercion. It would have a direct impact on a constellation of rights that are fundamental to individual freedom in our society, and it would directly undermine the expectation of all individuals, in the lawful exercise of their liberty, to live their lives free from coercive interference by the state.

This purported power falls within the general scope of the police duties of preserving the peace, preventing crime and protecting life and property recognized at common law. Preventing breaches of the peace, which entail violence and a risk of harm, is plainly related to those duties.

However, the purported police power is not reasonably necessary for the fulfillment of those relevant duties. While preserving the peace and protecting people from violence are immensely important, and while there may be exceptional circumstances in which some interference with liberty is required in order to prevent a breach of the peace, an arrest cannot be justified under the ancillary powers doctrine. There is already a statutory power of arrest that can be exercised should an individual resist or obstruct an officer taking other, less intrusive measures. In addition, the mere fact that a police action was effective cannot be relied upon to justify its being taken if it interfered with an individual's liberty. If the police can reasonably attain the same result by taking an action that intrudes less on liberty, a more intrusive measure will

ou trop permissives dans de telles situations auraient pour effet d'autoriser des atteintes importantes à la liberté, qui auraient par ailleurs peu d'avantages pour la société. Troisièmement, puisque le présumé pouvoir d'arrestation n'entraînerait généralement pas le dépôt d'accusations, les tribunaux se pencheraient rarement sur son exercice. Pour cette raison, toute norme établie devrait d'entrée de jeu être claire et assurer une grande protection du droit à la liberté.

En l'espèce, le pouvoir invoqué est celui d'arrêter un individu qui agit en toute légalité pour prévenir une violation appréhendée de la paix par d'autres. Il vise des individus qui ne sont pas eux-mêmes soupçonnés d'être sur le point d'enfreindre la loi ou de commettre un acte de violence, dans des situations où néanmoins, aux yeux des policiers, l'arrestation de ces individus permettrait de prévenir une violation de la paix. Ce pouvoir proposé donnerait lieu à première vue à une atteinte importante aux droits fondamentaux relatifs à la liberté. En fait, il existe peu d'actions policières qui portent davantage atteinte à la liberté d'un individu qu'une arrestation — une action qui restreint complètement la capacité d'une personne de se déplacer dans l'espace public, sans coercition de l'État. Il toucherait directement une panoplie de droits qui sont fondamentaux pour la liberté individuelle dans notre société et il minerait directement l'attente de tous les individus de pouvoir, dans l'exercice légal de leur liberté, vivre leur vie sans interférence coercitive de la part de l'État.

Ce présumé pouvoir relève de la portée générale des devoirs policiers de maintenir la paix, de prévenir le crime et de protéger la vie des personnes et les biens reconnus par la common law. La prévention de violations de la paix, qui supposent de la violence et un risque de préjudice, est directement liée à ces devoirs.

Cependant, le présumé pouvoir policier n'est pas raisonnablement nécessaire pour l'accomplissement des devoirs pertinents. S'il est vrai que préserver la paix et protéger les gens contre la violence sont des devoirs extrêmement importants, et s'il se peut qu'il existe de rares circonstances dans lesquelles une certaine atteinte à la liberté est nécessaire pour prévenir une violation de la paix, une arrestation ne peut être justifiée au regard de la doctrine des pouvoirs accessoires. Il existe déjà un pouvoir d'arrestation statutaire qui peut être exercé si un individu résiste ou fait entrave au travail d'un policier qui recourt à d'autres mesures moins intrusives. En outre, on ne peut se fonder sur le simple fait qu'une action policière ait été efficace pour justifier qu'elle ait été prise si elle a porté atteinte à la liberté d'un individu.

not be reasonably necessary no matter how effective it may be. An intrusion upon liberty should be a measure of last resort.

As there is no common law power to arrest someone who is acting lawfully in order to prevent an apprehended breach of the peace by others, the police in this case did not have lawful authority to arrest F. The trial judge specifically found that F had not done anything unlawful before being arrested; there was no evidence before her that he had committed any offence in walking along the street, entering the occupied property or standing there with his Canadian flag. Nor was there evidence that he had himself been about to commit an indictable offence or a breach of the peace. The Province and the police have not sought to challenge that finding on appeal, nor have they cited or relied on any statutory power to arrest F. They rely entirely on a common law power to arrest someone who is acting lawfully in order to prevent an apprehended breach of the peace by other persons — a power that does not exist. In light of this conclusion, a new trial on the issue of excessive force is not necessary. As the police were not authorized at common law to arrest F, no amount of force would have been justified for the purpose of accomplishing that task.

Cases Cited

Applied: *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2; *R. v. MacDonald*, 2014 SCC 3, [2014] 1 S.C.R. 37; **referred to:** *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659; *Henco Industries Ltd. v. Haudenosaunee Six Nations Confederacy Council* (2006), 82 O.R. (3d) 721; *Brown v. Durham Regional Police Force* (1998), 43 O.R. (3d) 223; *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59; *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456; *R. v. Reeves*, 2018 SCC 56, [2018] 3 S.C.R. 531; *R. v. Clayton*, 2007 SCC 32, [2007] 2 S.C.R. 725; *Figueiras v. Toronto Police Services Board*, 2015 ONCA 208, 124 O.R. (3d) 641; *R. v. Godoy*, [1999] 1 S.C.R. 311; *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158; *R. (on the application of Hicks) v. Metropolitan Police Comr*, [2017] UKSC 9, [2018] 1 All E.R. 374; *R. (on the application of Laporte) v. Chief Constable of Gloucestershire Constabulary*, [2006] UKHL 55, [2007] 2 All E.R. 529; *Frey v. Fedoruk*, [1950] S.C.R. 517; *R. v. Penunsi*, 2019 SCC 39, [2019] 3 S.C.R. 91; *R. v. Knowlton*, [1974] S.C.R. 443; *R. v. C.E.*, 2009

Si les policiers peuvent raisonnablement atteindre le même résultat en prenant une mesure qui porte moins atteinte à la liberté, une mesure plus intrusive ne sera pas raisonnablement nécessaire, quelle que soit son efficacité. Une atteinte à la liberté devrait être une mesure de dernier recours.

Comme il n'existe aucun pouvoir en common law d'arrêter un individu qui agit en toute légalité pour prévenir une violation appréhendée de la paix par d'autres, les policiers n'avaient pas l'autorité légale d'arrêter F en l'espèce. La juge du procès a spécifiquement conclu que F n'avait rien fait d'illégal avant d'être arrêté; aucune preuve dans le dossier ne démontrait qu'il avait commis une infraction en marchant le long de la rue, en pénétrant sur les terres occupées ou en se trouvant debout avec son drapeau canadien. Aucune preuve ne démontrait non plus qu'il était lui-même sur le point de commettre un acte criminel ou de violer la paix. La province et la police n'ont pas cherché à contester cette conclusion en appel et n'ont pas non plus invoqué de pouvoir statutaire, ni ne se sont fondées sur un tel pouvoir, pour arrêter F. Ils se fondent entièrement sur un pouvoir en common law d'arrêter un individu qui agit en toute légalité pour prévenir une violation appréhendée de la paix par d'autres individus — un pouvoir qui n'existe pas. Compte tenu de cette conclusion, la tenue d'un nouveau procès sur la question de la force excessive n'est pas nécessaire. Comme les policiers n'étaient pas autorisés par la common law à arrêter F, aucune force n'aurait été justifiée aux fins d'accomplir cette tâche.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2; *R. c. MacDonald*, 2014 CSC 3, [2014] 1 R.C.S. 37; **arrêts mentionnés :** *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *R. c. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659; *Henco Industries Ltd. c. Haudenosaunee Six Nations Confederacy Council* (2006), 82 O.R. (3d) 721; *Brown c. Durham Regional Police Force* (1998), 43 O.R. (3d) 223; *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59; *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456; *R. c. Reeves*, 2018 CSC 56, [2018] 3 R.C.S. 531; *R. c. Clayton*, 2007 CSC 32, [2007] 2 R.C.S. 725; *Figueiras c. Toronto Police Services Board*, 2015 ONCA 208, 124 O.R. (3d) 641; *R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311; *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158; *R. (on the application of Hicks) c. Metropolitan Police Comr*, [2017] UKSC 9, [2018] 1 All E.R. 374; *R. (on the application of Laporte) c. Chief Constable of Gloucestershire Constabulary*, [2006] UKHL 55, [2007] 2 All E.R. 529; *Frey c. Fedoruk*, [1950] R.C.S. 517; *R. c. Penunsi*, 2019 CSC 39, [2019] 3 R.C.S. 91; *R. c. Knowlton*, [1974] R.C.S. 443; *R. c. C.E.*, 2009 NSCA

NSCA 79, 279 N.S.R. (2d) 391; *Bibby v. Chief Constable of Essex Police*, [2000] EWCA Civ 113; *Austin v. Metropolitan Police Comr.*, [2007] EWCA Civ 989, [2008] 1 All E.R. 564; *O’Kelly v. Harvey* (1883), 14 L.R.I. 105; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 7, 8, 9, 15.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 25(1), 31(1), 65, 86, 129, 264.1 to 269, 270, 430, 495(1)(a).
Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 34(1)(a).
Police Services Act, R.S.O. 1990, c. P.15, s. 42(1)(a).

Authors Cited

Burchill, John. “A Horse Gallops Down a Street . . . Policing and the Resilience of the Common Law” (2018), 41 *Man. L.J.* 161.
 Ceyskens, Paul. *Legal Aspects of Policing*, vol. 1. Salt Spring Island, B.C.: Earls court Legal Press, 1994 (loose-leaf updated December 2018, release 34).
 Coughlan, Steve, and Glen Luther. *Detention and Arrest*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2017.
 Esmonde, Jackie. “The Policing of Dissent: The Use of Breach of the Peace Arrests at Political Demonstrations” (2002), 1 *J.L. & Equality* 246.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 5th ed. Supp. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2018, release 1).
 Jochelson, Richard. “Ancillary Issues with *Oakes*: The Development of the Waterfield Test and the Problem of Fundamental Constitutional Theory” (2013), 43 *Ottawa L. Rev.* 355.
 Williams, Glanville L. “Arrest for Breach of the Peace”, [1954] *Crim. L.R.* 578.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Cronk, Huscroft and Nordheimer JJ.A.), 2018 ONCA 160, 140 O.R. (3d) 684, 420 D.L.R. (4th) 728, 45 C.C.L.T. (4th) 244, [2018] O.J. No. 841 (QL), 2018 CarswellOnt 2369 (WL Can.), setting aside a decision of Carpenter-Gunn J. of the Ontario Superior Court of Justice, No. 11-26190, dated September 22, 2016. Appeal allowed.

Michael Bordin and Jordan Diacur, for the appellant.

79, 279 N.S.R. (2d) 391; *Bibby c. Chief Constable of Essex Police*, [2000] EWCA Civ 113; *Austin c. Metropolitan Police Comr.*, [2007] EWCA Civ 989, [2008] 1 All E.R. 564; *O’Kelly c. Harvey* (1883), 14 L.R.I. 105; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 7, 8, 9, 15.
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 25(1), 31(1), 65, 86, 129, 264.1 à 269, 270, 430, 495(1)a).
Loi d’interprétation, L.R.C. 1985, c. I-21, art. 34(1)a).
Loi sur les services policiers, L.R.O. 1990, c. P.15, art. 42(1)a).

Doctrine et autres documents cités

Burchill, John. « A Horse Gallops Down a Street . . . Policing and the Resilience of the Common Law » (2018), 41 *Man. L.J.* 161.
 Ceyskens, Paul. *Legal Aspects of Policing*, vol. 1, Salt Spring Island (B.C.), Earls court Legal Press, 1994 (loose-leaf updated December 2018, release 34).
 Coughlan, Steve, and Glen Luther. *Detention and Arrest*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2017.
 Esmonde, Jackie. « The Policing of Dissent : The Use of Breach of the Peace Arrests at Political Demonstrations » (2002), 1 *J.L. & Equality* 246.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 5th ed. Supp., Scarborough (Ont.), Thomson/Carswell, 2007 (updated 2018, release 1).
 Jochelson, Richard. « Ancillary Issues with *Oakes* : The Development of the Waterfield Test and the Problem of Fundamental Constitutional Theory » (2013), 43 *R.D. Ottawa* 355.
 Williams, Glanville L. « Arrest for Breach of the Peace », [1954] *Crim. L.R.* 578.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Cronk, Huscroft et Nordheimer), 2018 ONCA 160, 140 O.R. (3d) 684, 420 D.L.R. (4th) 728, 45 C.C.L.T. (4th) 244, [2018] O.J. No. 841 (QL), 2018 CarswellOnt 2369 (WL Can.), qui a infirmé une décision de la juge Carpenter-Gunn de la Cour supérieure de justice de l’Ontario, n° 11-26190, datée du 22 septembre 2016. Pourvoi accueilli.

Michael Bordin et Jordan Diacur, pour l’appelant.

Judie Im, Sean Hanley, Baaba Forson and Ayah Barakat, for the respondents.

Anne M. Turley and Zoe Oxaal, for the intervener the Attorney General of Canada.

Éric Cantin and Stéphane Rochette, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Sean Dewart, Adrienne Lei and Tim Gleason, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Louis Strezos and Michelle M. Bidduph, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Bryant Mackey, for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police.

Ryan D. W. Dalziel and Kayla Strong, for the intervener the Canadian Association for Progress in Justice.

Brandon Kain and Adam Goldenberg, for the intervener the Canadian Constitution Foundation.

The judgment of the Court was delivered by

CÔTÉ J. —

I. Overview

[1] On May 24, 2009, officers of the Ontario Provincial Police (“O.P.P.”) arrested the appellant, Randolph (Randy) Fleming, in Caledonia, Ontario. He had committed no crime. He had broken no law. He was not about to commit any offence, harm anyone, or breach the peace. In essence, the O.P.P. officers claimed to have arrested Mr. Fleming for his own protection. The question before this Court is whether Mr. Fleming’s arrest was lawful.

[2] Police officers are tasked with fulfilling many important duties in Canadian society. These include preserving the peace, preventing crime, and

Judie Im, Sean Hanley, Baaba Forson et Ayah Barakat, pour les intimés.

Anne M. Turley et Zoe Oxaal, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

Éric Cantin et Stéphane Rochette, pour l’intervenante la procureure générale du Québec.

Sean Dewart, Adrienne Lei et Tim Gleason, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

Louis Strezos et Michelle M. Bidduph, pour l’intervenante Criminal Lawyers’ Association (Ontario).

Bryant Mackey, pour l’intervenante l’Association canadienne des chefs de police.

Ryan D. W. Dalziel et Kayla Strong, pour l’intervenante Canadian Association for Progress in Justice.

Brandon Kain et Adam Goldenberg, pour l’intervenante Canadian Constitution Foundation.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE CÔTÉ —

I. Aperçu

[1] Le 24 mai 2009, des agents de la Police provinciale de l’Ontario (« P.P.O. ») ont arrêté l’appelant, Randolph (Randy) Fleming, à Caledonia, en Ontario. Il n’avait commis aucun crime ni enfreint aucune loi. Il n’était pas sur le point de commettre une infraction, de blesser quiconque ou de violer la paix. Essentiellement, les agents de la P.P.O. ont affirmé avoir arrêté M. Fleming pour sa propre sécurité. La question dont la Cour est saisie est celle de savoir si cette arrestation était légale.

[2] Les policiers sont chargés de s’acquitter de nombreux devoirs importants dans la société canadienne. Ils doivent, entre autres, maintenir la paix,

protecting life and property. The execution of these duties sometimes necessitates interference with the liberty of individuals. However, a free and democratic society cannot tolerate interference with the rights of law-abiding people as a measure of first resort. There is a line that cannot be crossed. The rule of law draws that line. It demands that, when intruding on an individual's freedom, the police can only act in accordance with the law.

[3] In most cases, police powers are clearly outlined in statutes enacted by legislatures. But statute law is not the only source of police powers. This Court has long held that the common law may also serve this role in certain circumstances.

[4] When our courts are asked to recognize new common law police powers, it is important to keep in mind the words of La Forest J. in *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36, that “it does not sit well for the courts, as the protectors of our fundamental rights, to widen the possibility of encroachments on these personal liberties” (p. 57).

[5] The common law has long striven to defend individuals against abuses of state power. The courts of this country, as custodians of the common law, must act cautiously when asked to use it to authorize actions that interfere with individual liberty. This is never truer than in cases like the one at bar, in which the exercise of the police power in question would restrict lawful activities of individuals. In such circumstances, the courts must apply the test for common law police powers with particular stringency so as to ensure that any powers that might result in intrusions on liberty are in fact necessary.

[6] The respondents in this case, the Province of Ontario and seven named O.P.P. officers, do not rely on any statute to justify the lawfulness of their arrest of Mr. Fleming. Instead, they argue that their actions

prévenir le crime et protéger la vie des personnes et les biens. L'exécution de ces devoirs requiert parfois de porter atteinte à la liberté de certains individus. Une société libre et démocratique ne peut toutefois tolérer que l'on porte atteinte aux droits des individus qui respectent la loi comme mesure de premier recours. Il y a une limite à ne pas franchir et cette limite est établie par la primauté du droit. Celle-ci exige que les policiers qui portent atteinte à la liberté d'un individu agissent en conformité avec la loi.

[3] Dans la plupart des cas, les pouvoirs des policiers sont clairement énoncés dans des lois adoptées par les assemblées législatives. La législation n'est cependant pas la seule source de ces pouvoirs. La Cour reconnaît depuis longtemps que, dans certaines circonstances, ils peuvent également être conférés par la common law.

[4] Lorsqu'on demande aux tribunaux de reconnaître de nouveaux pouvoirs policiers en common law, il est important de garder à l'esprit ce que le juge La Forest a déclaré dans l'arrêt *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36 : « . . . il n'est pas du ressort des tribunaux, à titre de protecteurs de nos droits fondamentaux, d'élargir la possibilité de porter atteinte à ces libertés personnelles » (p. 57).

[5] Depuis longtemps, la common law cherche à protéger les individus contre les abus du pouvoir étatique. Les tribunaux du Canada, en tant que gardiens de la common law, doivent agir avec prudence lorsqu'on leur demande de se fonder sur elle pour autoriser des actes qui ont pour effet de porter atteinte à la liberté individuelle. Cela n'est jamais aussi vrai que dans les cas, comme celui qui nous occupe, où l'exercice du pouvoir policier en cause limiterait les activités licites d'un individu. Dans de telles circonstances, les tribunaux doivent appliquer de manière particulièrement rigoureuse le test pour juger de l'existence d'un pouvoir policier en common law afin de s'assurer que tout pouvoir susceptible de porter atteinte à la liberté est réellement nécessaire.

[6] Les intimés en l'espèce, soit la province de l'Ontario et sept agents désignés de la P.P.O., n'invoquent aucune loi pour établir la légalité de l'arrestation de M. Fleming. Ils plaident plutôt que leur

were authorized at common law by application of the ancillary powers doctrine that was originally laid down by the United Kingdom Court of Criminal Appeal in *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659, at pp. 660-62. They claim that, according to that doctrine, there is a common law police power to arrest an individual in Mr. Fleming's circumstances in order to prevent an apprehended breach of the peace. In essence, the respondents propose a common law power to arrest individuals who have not committed any offence, who are not about to commit any offence, who have not already breached the peace and who are not about to breach the peace themselves. For the purposes of these reasons and for the sake of simplicity, I will refer to this power as the power to "arrest someone who is acting lawfully in order to prevent an apprehended breach of the peace".

[7] As I will explain, no such power exists at common law. The ancillary powers doctrine does not give the police a power to arrest someone who is acting lawfully in order to prevent an apprehended breach of the peace. A drastic power such as this that involves substantial interference with the liberty of law-abiding individuals would not be reasonably necessary for the fulfillment of the police duties of preserving the peace, preventing crime, and protecting life and property. This is particularly so given that less intrusive powers are already available to the police to prevent breaches of the peace from occurring.

[8] In this case, Mr. Fleming's arrest was not authorized by law. The O.P.P. officers had no power of arrest in the circumstances on May 24, 2009. As a result, Mr. Fleming's arrest was unlawful, and I would allow his appeal.

II. Facts

[9] This case has its origins in a longstanding land dispute between the Crown and the First Nation of Six Nations of the Grand River. That dispute resulted, in February 2006, in the occupation by Six Nations

conduite était autorisée en common law par application de la doctrine des pouvoirs accessoires initialement établie par la Cour d'appel criminelle du Royaume-Uni dans l'arrêt *R. c. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659, p. 660-662. Selon eux, en vertu de cette doctrine, il existe un pouvoir policier en common law d'arrêter un individu dans la situation de M. Fleming pour prévenir une violation appréhendée de la paix. Essentiellement, les intimés proposent que la common law reconnaisse un pouvoir d'arrêter des individus qui n'ont commis aucune infraction, qui ne sont pas sur le point d'en commettre une, qui n'ont pas encore violé la paix, et qui ne sont pas eux-mêmes sur le point de la violer. Pour les fins des présents motifs et par souci de simplicité, je vais faire référence à ce pouvoir comme au pouvoir « d'arrêter un individu qui agit en toute légalité pour prévenir une violation appréhendée de la paix ».

[7] Comme je l'expliquerai, un tel pouvoir n'existe pas en common law. La doctrine des pouvoirs accessoires ne confère pas aux policiers le pouvoir d'arrêter un individu qui agit en toute légalité pour prévenir une violation appréhendée de la paix. Un pouvoir aussi intrusif que celui proposé, qui donne lieu à une atteinte considérable à la liberté d'individus qui respectent la loi, n'est pas raisonnablement nécessaire pour que les policiers s'acquittent de leur devoir de maintenir la paix, de prévenir le crime et de protéger la vie des personnes et les biens. Cela est particulièrement le cas, compte tenu de l'existence de pouvoirs moins intrusifs auxquels les policiers peuvent déjà recourir pour prévenir les violations de la paix.

[8] En l'espèce, l'arrestation de M. Fleming n'était pas autorisée par la loi. Les agents de la P.P.O. ne jouissaient pas d'un pouvoir d'arrestation dans les circonstances du 24 mai 2009. Par conséquent, l'arrestation en cause était illégale et j'accueillerais le pourvoi.

II. Faits

[9] La présente affaire découle d'un conflit foncier de longue date entre la Couronne et la première nation Six Nations de la rivière Grand. Ce conflit a mené à l'occupation, en février 2006, par des manifestants

protestors of a piece of land in Caledonia known as Douglas Creek Estates (“D.C.E.”) (I will refer to this group of protesters as the “D.C.E. Protesters”). In the course of the protest, some D.C.E. Protesters also hung Indigenous flags along Argyle Street, which runs in front of the property. In June of that year, the Crown purchased D.C.E. and permitted the D.C.E. Protesters to continue to occupy the property. The early stages of the dispute were discussed in detail by the Ontario Court of Appeal in *Henco Industries Ltd. v. Haudenosaunee Six Nations Confederacy Council* (2006), 82 O.R. (3d) 721.

[10] The occupation of D.C.E. sparked other groups in the community to organize counter-protests against the occupation and against the response of the Ontario government and the O.P.P. The contentious atmosphere in the community culminated in violent clashes between the two sides. On numerous occasions, the O.P.P., including many of the respondent officers, were called in to deal with the violence. Police lines and buffer zones were occasionally used to allow the two groups to demonstrate peacefully near one another. The violence peaked in 2006, but declined steadily after that.

[11] One counter-protest group decided to hold a “flag rally” on May 24, 2009 to protest the occupation of D.C.E., the flying of Indigenous flags along Argyle Street and the O.P.P.’s actions. The plan for the rally was that participants would march south on Argyle Street and raise a Canadian flag across the street from D.C.E.’s front entrance.

[12] The O.P.P. became aware of the flag rally in the months preceding it and developed an operational plan. The goal of the plan was to ensure public safety while allowing all groups to express themselves peacefully. The operational plan was developed in accordance with O.P.P. policies, including the Framework for Police Preparedness for Aboriginal Critical Incidents (“Aboriginal Critical Incidents Framework”). The Aboriginal Critical Incidents Framework is a policy document that provides

des Six Nations, d’un lopin de terre à Caledonia appelé les domaines de Douglas Creek (« D.D.C. ») (je désignerai ce groupe comme les « manifestants des D.D.C. »). Au cours de l’occupation, certains de ces manifestants ont aussi suspendu des drapeaux autochtones en bordure de la rue Argyle, qui longe le devant des terres. En juin de cette année-là, la Couronne a acheté les D.D.C. et a autorisé les manifestants à continuer d’occuper les terres. Les premières étapes du conflit ont aussi été traitées en détail par la Cour d’appel de l’Ontario dans la décision *Henco Industries Ltd. c. Haudenosaunee Six Nations Confederacy Council* (2006), 82 O.R. (3d) 721.

[10] L’occupation des D.D.C. a incité d’autres groupes de la communauté à organiser des contre-manifestations pour s’opposer à l’occupation ainsi qu’à la réponse du gouvernement de l’Ontario et de la P.P.O. L’ambiance conflictuelle qui régnait dans la communauté a donné lieu à des affrontements violents entre les deux camps. À de nombreuses reprises, la P.P.O. — y compris plusieurs des agents intimés — a été appelée pour mettre fin à la violence. À l’occasion, la police a eu recours à des cordons policiers et des zones tampons pour permettre aux deux groupes de manifester de manière pacifique à proximité l’un de l’autre. La violence a atteint un sommet en 2006 et est en déclin depuis.

[11] L’un des groupes de contre-manifestants a décidé d’organiser un « rallye du drapeau » le 24 mai 2009 afin de manifester contre l’occupation des D.D.C., l’installation de drapeaux autochtones sur la rue Argyle et les actes de la P.P.O. Selon le plan pour ce rallye, les participants devaient descendre la rue Argyle vers le sud et hisser un drapeau canadien en face de l’entrée des D.D.C.

[12] La P.P.O. a eu connaissance que le rallye du drapeau s’organisait dans les mois qui l’ont précédé et a mis au point un plan opérationnel. Celui-ci visait à assurer la sécurité publique tout en permettant à tous les groupes de s’exprimer pacifiquement. Le plan opérationnel a été élaboré conformément aux politiques de la P.P.O., y compris le Cadre de référence pour la préparation des services policiers en cas d’incident critique concernant les Autochtones (« Cadre en cas d’incident critique concernant les

guidance to the police for managing relationships with Indigenous peoples. It applies “before, during and after any Aboriginal related critical incident where the source of conflict may stem from assertions associated with Aboriginal or treaty rights”, such as “a demonstration in support of a land claim” (A.R., vol. V, at p. 50). In addition, the officer in charge of developing the operational plan met with members of the local Indigenous community, the city council, and the flag rally organizers.

[13] Ultimately, the O.P.P. determined that the flag rally participants and the D.C.E. Protesters should be kept apart and that no flag rally participants would be permitted to enter D.C.E. The O.P.P. thus informed the organizers of the flag rally that they would not be allowed on D.C.E. land. However, no police line or buffer zone was put in place on the day of the rally. The operational plan included two public order units, each with about 30 officers, that were to be present in Caledonia on May 24.

[14] Mr. Fleming was a resident of Caledonia who intended to participate in the flag rally in order to express his views about the contentious issues surrounding the D.C.E. occupation. On the day of the rally, Mr. Fleming began walking north along Argyle Street towards the place where it was to be held, where he planned to meet up with the rest of the participants, who were marching from the opposite direction. He was carrying a Canadian flag on a 40- to 42-inch wooden pole.

[15] As Mr. Fleming walked on the shoulder of Argyle Street, one of the O.P.P. squads — including the respondent officers — was driving north on the street in three vehicles: two minivans, one marked and one unmarked, and an offender transport unit van. The officers spotted Mr. Fleming as they drove past him, turned around and headed towards his location with the intention of placing themselves between him and the entrance to D.C.E.

Autochtones »). Il s’agit d’un document stratégique qui fournit aux policiers une orientation sur la façon de gérer les relations avec les peuples autochtones. Il s’applique [TRADUCTION] « avant, pendant et après tout incident critique concernant les Autochtones lorsque la source du conflit peut découler de revendications de droits ancestraux ou issus de traités », par exemple une « manifestation à l’appui d’une revendication territoriale » (d.a., vol. V, p. 50). En outre, l’agent responsable de l’élaboration du plan opérationnel a consulté la collectivité autochtone locale, le conseil municipal et les organisateurs du rallye du drapeau.

[13] En fin de compte, la P.P.O. a jugé que les participants au rallye et les manifestants des D.D.C. ne devaient pas se mêler les uns aux autres et décidé qu’aucun des participants au rallye du drapeau ne serait autorisé à pénétrer sur les terres des D.D.C. La P.P.O. a donc informé les organisateurs du rallye du drapeau de cette décision. Cependant, aucun cordon policier n’a été installé et aucune zone tampon n’a été établie le jour du rallye. Le plan opérationnel prévoyait notamment la présence, le 24 mai, de deux unités de maintien de l’ordre public à Caledonia, chacune comptant une trentaine d’agents.

[14] Monsieur Fleming était un résident de Caledonia qui entendait participer au rallye du drapeau afin d’exprimer son point de vue sur les questions litigieuses entourant l’occupation des D.D.C. Le jour du rallye, il a commencé à marcher en direction nord sur la rue Argyle, vers l’emplacement où devait se tenir le rallye et où il prévoyait rejoindre le reste des participants qui se déplaçaient dans la direction opposée. Il transportait un drapeau canadien attaché à un mât en bois de 40 à 42 pouces.

[15] Alors que M. Fleming marchait sur l’acrotère de la rue Argyle, une des escouades de la P.P.O. — dont faisaient partie les agents intimés — remontait la rue vers le nord dans trois véhicules : deux fourgonnettes, dont une banalisée, et un véhicule de transport de contrevenants. Les agents ont remarqué M. Fleming lorsqu’ils sont passés à côté de lui. Ils ont rebroussé chemin et se sont dirigés vers lui dans l’intention de s’interposer entre lui et l’entrée des D.D.C.

[16] Mr. Fleming saw the vans as they moved to the shoulder of the road and continued to drive fast towards him. To avoid the approaching vehicles, he moved off the shoulder, walking down into a grassy ditch, up the opposite side and over a low fence onto D.C.E. property. He claimed to have crossed the fence in order to get to level ground. The officers exited their vehicles and began yelling various commands at Mr. Fleming, including “stop” and “return to the shoulder”. He did not realize that the officers were speaking to him, as he believed he was not doing anything wrong.

[17] Mr. Fleming stepping onto D.C.E. property appeared to cause a reaction in a group of D.C.E. Protesters who were at the entrance of the property, approximately 100 metres away. Eight to ten of them began moving towards his location, some walking and some jogging. None of the protesters were carrying weapons and none uttered any threats. Mr. Fleming did not say anything to them. With the protesters still ten to twenty feet away, Officer Miller approached Mr. Fleming and told him that he was under arrest.

[18] Officer Miller took Mr. Fleming by the arm and led him back across the fence, off of D.C.E. property. The officers then ordered Mr. Fleming to drop his flag. He refused. The officers then forced him to the ground, took his flag and handcuffed him. Mr. Fleming says that as he was being handcuffed, his left arm was yanked behind his back, causing him severe pain and a lasting injury.

[19] The incidents surrounding Mr. Fleming’s arrest were captured on video, though some of them are obscured on the video by a bush. This video was entered as evidence at the trial.

[20] After being arrested, Mr. Fleming was placed in an offender transport unit van and moved to a jail

[16] Monsieur Fleming a vu les fourgonnettes se déplacer vers l’accotement et se diriger rapidement vers lui. Afin d’éviter les véhicules qui s’approchaient, il a quitté l’accotement, franchi un fossé gazonné du côté opposé et enjambé une clôture basse pour mettre les pieds sur les terres des D.D.C. Il a déclaré par la suite avoir franchi la clôture pour se trouver sur un terrain plat. Les agents sont sortis de leurs véhicules et ont commencé à crier divers ordres à M. Fleming, lui demandant notamment [TRADUCTION] « [d’] arrête[r] » et « [de] retourne[r] sur l’accotement ». Ce dernier n’a pas réalisé que les agents s’adressaient à lui, car il croyait ne rien faire de mal.

[17] La présence de M. Fleming sur les terres des D.D.C. semble avoir causé une réaction dans un groupe de manifestants des D.D.C. qui se trouvaient à l’entrée de la propriété, environ 100 mètres plus loin. Huit à dix d’entre eux ont commencé à se rapprocher, certains en marchant, d’autres en joggant. Aucun des manifestants ne transportait d’arme et aucun n’a proféré de menaces. De même, M. Fleming ne leur a pas adressé la parole. Alors que les manifestants étaient toujours à environ 10 à 20 pieds, l’agent Miller s’est approché de M. Fleming et lui a dit qu’il était en état d’arrestation.

[18] L’agent Miller a pris M. Fleming par le bras et l’a ramené de l’autre côté de la clôture, hors des terres des D.D.C. Les agents ont ensuite ordonné à M. Fleming de laisser tomber son drapeau, ce qu’il a refusé de faire. Les agents l’ont forcé à s’allonger sur le sol, ont pris son drapeau et l’ont menotté. Monsieur Fleming soutient que lorsqu’on lui a passé les menottes, son bras gauche a été tiré vers l’arrière et que cela lui a causé une grande douleur et une blessure permanente.

[19] Les circonstances de l’arrestation de M. Fleming ont été captées sur bande vidéo, bien que certaines parties des événements soient cachées par un buisson. Cet enregistrement a été déposé comme élément de preuve au procès.

[20] Après l’arrestation de M. Fleming, les policiers l’ont fait monter à bord d’un véhicule de

cell at the local O.P.P. detachment. He was eventually released approximately two and a half hours after his arrest.

[21] In relation to these events, Mr. Fleming was charged with obstructing a peace officer for resisting his arrest by Officer Miller. He appeared in court on 12 separate occasions to defend himself on this charge before it was eventually withdrawn by the Crown almost 19 months after having been laid.

[22] In March 2011, Mr. Fleming filed a statement of claim against the Province of Ontario and the seven O.P.P. officers who had been involved in his arrest. He claimed general damages for assault and battery, wrongful arrest, and false imprisonment, as well as aggravated or punitive damages and damages for violations of his rights under ss. 2(b), 7, 9 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

III. Procedural History

A. *Ontario Superior Court of Justice (Carpenter-Gunn J.), 11-26190, September 22, 2016*

[23] At the conclusion of the trial, Carpenter-Gunn J. found in Mr. Fleming's favour and ordered the respondents to pay a total of \$139,711.90 in general damages, special damages, tort damages and *Charter* damages. She also ordered the respondents to pay Mr. Fleming's costs in an agreed-upon amount of \$151,000.

[24] The trial judge found as a fact that the O.P.P. had intended "to prevent Mr. Fleming from walking up Argyle Street with a Canadian flag, and that he was arrested for walking a few feet onto [D.C.E. property] and standing there for a few seconds with a Canadian flag" (A.R., vol. I, at p. 42). She noted that a crucial question in the case was whether the officers had had legal authority to arrest Mr. Fleming. She stressed that the respondents had adduced no

transport de contrevenants et amené dans une cellule du détachement local de la P.P.O. Il a éventuellement été remis en liberté, approximativement deux heures et demie après son arrestation.

[21] En lien avec cet incident, M. Fleming a été accusé d'entrave au travail d'un agent de la paix pour avoir résisté à l'agent Miller lors de son arrestation. Il a comparu devant le tribunal à 12 reprises afin de se défendre contre cette accusation qui, en fin de compte, a été retirée par le ministère public presque 19 mois après son dépôt.

[22] En mars 2011, M. Fleming a intenté une poursuite contre la province de l'Ontario et les sept agents de la P.P.O. qui ont participé à son arrestation. Il a demandé des dommages-intérêts généraux pour voies de fait, arrestation illégale et séquestration ainsi que des dommages-intérêts majorés ou punitifs et des dommages-intérêts pour violation des droits qui lui sont garantis par l'al. 2b) et les art. 7, 9 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

III. Historique des procédures

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario (la juge Carpenter-Gunn), 11-26190, 22 septembre 2016*

[23] Au terme du procès, la juge Carpenter-Gunn a rendu un jugement en faveur de M. Fleming et ordonné aux intimés de lui verser la somme totale de 139 711,90 \$ en dommages-intérêts généraux, dommages-intérêts spéciaux, dommages-intérêts résultants d'un délit civil et dommages-intérêts en application de la *Charte*. Elle a également ordonné aux intimés de payer les dépens engagés par M. Fleming dont le montant convenu s'élevait à 151 000 \$.

[24] La juge du procès a tiré la conclusion de fait que la P.P.O. a eu l'intention [TRADUCTION] « d'empêcher que M. Fleming marche le long de la rue Argyle avec un drapeau canadien, et qu'il a été mis en état d'arrestation pour avoir marché sur une distance de quelques pieds sur [les terres des D.D.C.] et pour y être resté debout durant quelques secondes en tenant un drapeau canadien » (d.a., vol. I, p. 42). Elle a noté qu'une des questions cruciales en l'espèce

evidence that he had broken any laws prior to his arrest.

[25] The trial judge, relying on the Ontario Court of Appeal's decision in *Brown v. Durham Regional Police Force* (1998), 43 O.R. (3d) 223, accepted that the police have a common law power of arrest to prevent an apprehended breach of the peace, provided that the apprehended breach is imminent and the risk of it occurring is substantial. However, she concluded on the facts of the case at bar that the officers' conduct had not been authorized at common law. She found that by taking the actions they did, the officers had not been "preserving the peace". She noted that a "breach of the peace" involves violence and harm to individuals and that, since neither had occurred in this case, there had been no actual breach of the peace. She also found that any apprehended breach of the peace by the approaching D.C.E. Protesters had not been imminent and that the risk of it occurring had not been substantial. She explained that the officers' concern over Mr. Fleming's safety had been based not on the actual events of the day, but rather on a generalized concern rooted in past violence. The trial judge stated that there were less invasive options that could have defused the situation, such as setting up a buffer zone between Mr. Fleming and the protesters.

[26] The trial judge also criticized the O.P.P.'s use of the Aboriginal Critical Incidents Framework in developing its operational plan. In her view, the flag rally was not an "Aboriginal Critical Incident".

[27] As a result of these findings, the trial judge concluded that Mr. Fleming's claims for false arrest and unlawful imprisonment were made out. She also determined that the respondents were liable for

était celle de savoir si les agents détenaient l'autorité légale d'arrêter M. Fleming. Elle a insisté sur le fait que les intimés n'ont présenté aucune preuve démontrant que M. Fleming avait enfreint quelque loi que ce soit avant son arrestation.

[25] Se fondant sur la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Brown c. Durham Regional Police Force* (1998), 43 O.R. (3d) 223, la juge du procès a accepté que la police dispose d'un pouvoir d'arrestation, reconnu en common law, pour prévenir une violation appréhendée de la paix, à condition que la violation en question soit imminente et que le risque qu'elle survienne soit important. Cependant, compte tenu des faits de la cause, elle a conclu que la conduite des agents n'était pas autorisée en common law. Elle a jugé que, en posant les gestes qu'ils ont posés, les agents n'avaient pas [TRADUCTION] « préservé la paix ». À son avis, une « violation de la paix » suppose de la violence et un dommage à des individus. Ainsi, pour elle, en l'absence de l'une et de l'autre dans la présente affaire, il n'y avait pas eu de véritable violation de la paix. Elle a aussi conclu que toute violation appréhendée de la paix par les manifestants des D.D.C. qui approchaient n'était pas imminente et qu'il n'y avait pas de risque important qu'elle se matérialise. Elle a expliqué que la crainte des agents à l'égard de la sécurité de M. Fleming n'était pas fondée sur les événements réels de la journée, mais plutôt sur une préoccupation générale découlant des affrontements violents passés. Selon la juge du procès, il existait des options moins attentatoires qui auraient pu désamorcer la situation, comme celle d'établir une zone tampon entre M. Fleming et les manifestants.

[26] La juge du procès a également critiqué le recours au Cadre en cas d'incident critique concernant les Autochtones par la P.P.O. dans l'élaboration de son plan opérationnel. À son avis, le rallye du drapeau ne constituait pas un « incident critique concernant les Autochtones ».

[27] Par suite de ces constatations, la juge du procès a conclu au bien-fondé des allégations d'arrestation illégale et de séquestration de M. Fleming. Elle a également déterminé que les intimés avaient

battery because the force they had used could not be justified.

[28] In considering Mr. Fleming's claims for *Charter* damages, the trial judge found that his rights under ss. 2(b), 7 and 9 had been violated when the police had unlawfully arrested him and prevented him from attending a political demonstration. She also held that no breach of s. 15 had been established on the facts of the case. She ultimately awarded Mr. Fleming an additional \$5,000 in *Charter* damages for the s. 2(b) breach.

B. *Court of Appeal for Ontario (Cronk, Huscroft and Nordheimer J.J.A.), 2018 ONCA 160*

[29] A majority of the Court of Appeal allowed the appeal, concluding that the O.P.P. officers had had the authority at common law to arrest Mr. Fleming for an anticipated breach of the peace. The majority set aside the trial judge's award of damages and ordered a new trial solely on the issue of excessive force.

[30] Nordheimer J.A., writing for himself and Cronk J.A., identified a number of supposed errors in the trial judge's analysis. In his view, the trial judge had been wrong to focus on the actions of the police as an isolated event rather than considering them in the context of ongoing disputes in Caledonia. He was also of the opinion that the Aboriginal Critical Incidents Framework was clearly relevant to the flag rally; he found it hard to understand why the trial judge had criticized the O.P.P. for using it in developing the operational plan. Nordheimer J.A. further concluded that there was no evidence to support the trial judge's finding that the officers had prevented Mr. Fleming from walking along Argyle Street with his flag, or that they had intended to do so. In particular, he explained that "[n]othing [had] occurred" until Mr. Fleming had entered D.C.E., and that Mr. Fleming had willingly chosen to leave the shoulder of the street. As a result of these errors, Nordheimer J.A. concluded that it was necessary

commis des voies de fait parce que la force qu'ils avaient utilisée ne pouvait être justifiée.

[28] En examinant les réclamations de M. Fleming pour des dommages-intérêts en vertu de la *Charte*, la juge du procès a conclu qu'il y avait eu violation de ses droits garantis par l'al. 2b) et par les art. 7 et 9 lorsque les policiers l'ont arrêté illégalement et l'ont empêché d'assister à une manifestation politique. Elle a également déclaré que, d'après les faits de l'espèce, aucun manquement à l'art. 15 n'avait été établi. Elle a ultimement accordé à M. Fleming des dommages-intérêts supplémentaires de 5 000 \$ en vertu de la *Charte* pour le manquement à l'al. 2b).

B. *Cour d'appel de l'Ontario (les juges Cronk, Huscroft et Nordheimer), 2018 ONCA 160*

[29] Une majorité des juges de la Cour d'appel a accueilli l'appel, concluant que les agents de la P.P.O. étaient autorisés par la common law à arrêter M. Fleming pour prévenir une violation appréhendée de la paix. Les juges majoritaires ont annulé l'octroi des dommages-intérêts adjugés par la juge du procès et ordonné la tenue d'un nouveau procès uniquement sur la question du recours à une force excessive.

[30] Le juge Nordheimer, s'exprimant en son nom et en celui de la juge Cronk, a relevé un certain nombre de supposées erreurs dans l'analyse de la juge du procès. À son avis, cette dernière avait eu tort de mettre l'accent sur les gestes posés par les policiers en les considérant comme un événement isolé, plutôt que de les examiner dans le contexte des conflits perdurant à Caledonia. Il était également d'avis que le Cadre en cas d'incident critique concernant les Autochtones était clairement pertinent dans le contexte du rallye du drapeau; il avait du mal à comprendre pourquoi la juge du procès avait critiqué son utilisation par la P.P.O. dans l'élaboration de son plan opérationnel. Le juge Nordheimer a également conclu qu'aucun élément de preuve n'appuyait la conclusion de la juge du procès selon laquelle les agents avaient empêché M. Fleming de marcher le long de la rue Argyle avec son drapeau ou qu'ils avaient eu l'intention de le faire. Plus particulièrement, il a expliqué qu'il [TRADUCTION] « ne [s'était]

to determine afresh whether the arrest had been lawful.

[31] Nordheimer J.A. determined that the officers had been acting in the execution of their duty to keep the peace and protect the public. On the issue of whether the interference with Mr. Fleming's liberty was justifiable, he emphasized that the O.P.P. had been dealing with clashes related to the occupation of D.C.E. for years, and they knew that minor incidents could escalate quickly with little warning. In this context, Mr. Fleming's actions amounted to an unexpected event that required the police to react.

[32] Further, Nordheimer J.A., relying on Mr. Fleming's own testimony, explained that the D.C.E. Protesters rushing towards Mr. Fleming had posed a real risk to his safety and that the trial judge's conclusion that there had been no threatened breach of the peace could not be reconciled with this evidence. The officers had therefore been justified in taking action to prevent harm to Mr. Fleming and a likely breach of the peace. Nordheimer J.A. noted that, while other options may have been available, there was no need to resort to them if the situation could be easily addressed by removing Mr. Fleming from D.C.E. property, especially since alternative measures could have inflamed tensions.

[33] However, Nordheimer J.A. added that having lawful authority to effect an arrest does not give the police permission to use excessive force in doing so. The trial judge found that excessive force had been used, but Nordheimer J.A. explained that this finding was tainted by her erroneous conclusion that the arrest had been unlawful. He noted that the record did not make it possible to determine which officer had yanked Mr. Fleming's left arm back, how this had been done, or why. As a result, the Court of Appeal could not decide whether excessive force had been

rien passé » jusqu'à ce que M. Fleming pénètre sur les terres des D.D.C., et qu'il choisisse volontairement de quitter l'accotement de la rue. Étant donné ces erreurs, le juge Nordheimer a conclu qu'il était nécessaire de tenir un nouveau procès pour déterminer si l'arrestation avait été légale.

[31] Le juge Nordheimer a conclu que les agents avaient agi dans le cadre de leurs devoirs visant à préserver la paix et à protéger le public. Quant à savoir s'il était justifié de porter atteinte à la liberté de M. Fleming, il a souligné que les agents de la P.P.O. étaient aux prises avec des affrontements liés à l'occupation des terres des D.D.C. depuis des années et qu'ils savaient que des incidents mineurs pouvaient dégénérer rapidement, sans préavis. Dans ce contexte, les actes de M. Fleming constituaient un événement imprévu à l'égard duquel les agents devaient réagir.

[32] En outre, se fondant sur le témoignage de M. Fleming, le juge Nordheimer a expliqué que les manifestants des D.D.C. qui se sont précipités vers M. Fleming représentaient un risque réel pour sa sécurité et indiqué que la conclusion de la juge du procès selon laquelle il n'y avait eu aucune menace de violation de la paix n'était pas compatible avec cet élément de preuve. Les policiers avaient donc eu raison de poser des gestes pour éviter que M. Fleming ne soit blessé et prévenir une violation possible de la paix. Selon le juge Nordheimer, bien que les policiers aient pu disposer d'autres options, il n'était pas nécessaire qu'ils y recourent si l'expulsion de M. Fleming des terres des D.D.C. pouvait facilement régler la situation, surtout que d'autres mesures auraient pu attiser les tensions.

[33] Cela dit, le juge Nordheimer a ajouté que l'autorisation légale de procéder à une arrestation ne donne pas la permission aux agents d'utiliser une force excessive pour ce faire. La juge du procès a conclu qu'une telle force excessive avait été utilisée, mais, pour le juge Nordheimer, cette conclusion était entachée par son autre conclusion erronée selon laquelle l'arrestation avait été illégale. Il a souligné que le dossier ne permettait pas de déterminer quel agent avait tiré le bras gauche de M. Fleming vers l'arrière ni comment cela s'était produit ou pourquoi. Par

used. Nordheimer J.A. therefore ordered a new trial on this one issue.

[34] Huscroft J.A. dissented, finding no basis to interfere with the trial judge's conclusion that the officers had not been justified in arresting Mr. Fleming. He disagreed that any of the purported errors could in fact be characterized as palpable and overriding.

[35] Huscroft J.A. did not agree that the appellate court was entitled to substitute its own factual findings in this case for those of the trial judge. In his view, Mr. Fleming's arrest had not been a valid first resort, even in the face of potential illegal violence, the risk of which was neither imminent nor substantial. He explained that the police power to arrest someone for an apprehended breach of the peace is exceptional, and that exercising it was not justified in this case. Huscroft J.A. would therefore have dismissed the appeal.

IV. Issues

[36] The central issue in this case is whether the police acted lawfully in arresting Mr. Fleming on May 24, 2009. To answer this question, we must determine whether, and in what circumstances, the police have a common law power to arrest someone who is acting lawfully in order to prevent an apprehended breach of the peace. Does the common law permit police officers to arrest individuals who have not committed any offence, who are not about to commit any offence, who have not already breached the peace and who are not about to breach the peace themselves?

[37] A secondary issue is whether the Court of Appeal erred in ordering a new trial on the issue of excessive force.

conséquent, la Cour d'appel n'était pas en mesure de se prononcer sur l'utilisation ou non d'une force excessive. Le juge Nordheimer a donc ordonné la tenue d'un nouveau procès sur cette seule question.

[34] Selon le juge Huscroft, dissident, rien ne justifiait de modifier la conclusion de la juge du procès selon laquelle les agents n'étaient pas en droit d'arrêter M. Fleming. Il n'était pas d'accord pour dire que l'une quelconque des soi-disant erreurs pouvait effectivement être qualifiée d'erreur manifeste et dominante.

[35] Toujours selon lui, la Cour d'appel n'avait pas le droit de substituer ses propres conclusions de fait à celles de la juge de première instance. À son avis, l'arrestation de M. Fleming n'avait pas été une mesure valide de premier recours, même en présence d'un risque que des actes illégaux violents soient commis, risque qui n'était ni imminent ni important. Il a expliqué que le pouvoir policier d'arrêter un individu pour une violation appréhendée de la paix est un pouvoir exceptionnel et qu'il n'était pas justifié de l'exercer en l'espèce. Le juge Huscroft aurait donc rejeté l'appel.

IV. Questions en litige

[36] La question centrale en l'espèce est celle de savoir si les policiers ont agi légalement lorsqu'ils ont arrêté M. Fleming le 24 mai 2009. Pour répondre à cette question, nous devons déterminer si, et dans quelles circonstances, les forces policières ont en common law le pouvoir d'arrêter un individu qui agit en toute légalité pour prévenir une violation appréhendée de la paix. La common law permet-elle aux policiers d'arrêter des individus qui n'ont commis aucune infraction, qui ne sont pas sur le point d'en commettre une, qui n'ont pas encore violé la paix, et qui ne sont pas eux-mêmes sur le point de le faire?

[37] Une question secondaire est celle de savoir si la Cour d'appel a commis une erreur en ordonnant la tenue d'un nouveau procès sur la question du recours à une force excessive.

V. Analysis

A. *The Ancillary Powers Doctrine*

[38] The police, in fulfilling the important duties they are tasked with in a free and democratic society, are sometimes required to interfere with the liberty of individuals. This is a fact that legislatures and courts in common law jurisdictions have long recognized. However, the rule of law requires that strict limits be placed on police powers in this regard in order to safeguard individual liberties. In *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2, Dickson C.J., dissenting but not on this point, set out the foundation for the analysis on this subject:

It has always been a fundamental tenet of the rule of law in this country that the police, in carrying out their general duties as law enforcement officers of the state, have limited powers and are only entitled to interfere with the liberty or property of the citizen to the extent authorized by law. Laskin C.J. dissenting, in *R. v. Biron*, [1976] 2 S.C.R. 56, made the point at pp. 64-65:

Far more important, however, is the social and legal, and indeed, political, principle upon which our criminal law is based, namely, the right of an individual to be left alone, to be free of private or public restraint, save as the law provides otherwise. Only to the extent to which it so provides can a person be detained or his freedom of movement arrested.

Absent explicit or implied statutory authority, the police must be able to find authority for their actions at common law. Otherwise they act unlawfully. [pp. 10-11]

[39] When interfering with the freedom of individuals, the police must act in accordance with the law. In many cases, their powers are clearly outlined in statutes, such as the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. But, as this Court recognized in *Dedman*, statute law is not the only source of legal authority for police powers. In particular circumstances, the

V. Analyse

A. *La doctrine des pouvoirs accessoires*

[38] Lorsqu'ils exercent les devoirs importants qui leur incombent dans une société libre et démocratique, les policiers sont parfois tenus de restreindre la liberté de certains individus. Il s'agit d'un fait que les assemblées législatives et les tribunaux des ressorts de common law reconnaissent depuis longtemps. Cependant, la primauté du droit exige que ces pouvoirs policiers soient strictement limités afin de protéger les libertés individuelles. Dans l'arrêt *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2, le juge en chef Dickson, dissident, mais non sur ce point, a énoncé ainsi le fondement de l'analyse sur ce sujet :

On a toujours considéré, comme principe fondamental de la primauté du droit dans ce pays, que dans l'accomplissement de leurs devoirs généraux à titre d'agents de l'État chargés de l'application de la loi, les policiers ont des pouvoirs limités et n'ont le droit de porter atteinte à la liberté personnelle ou à la propriété que dans la mesure autorisée par la loi. Le juge en chef Laskin, dissident, dans l'arrêt *R. c. Biron*, [1976] 2 R.C.S. 56, a exprimé cette opinion aux pp. 64 et 65 :

Toutefois, beaucoup plus important est le principe social, juridique et même politique sur lequel notre droit criminel est fondé, c'est-à-dire, le droit d'un individu à vivre en paix, à être libre de contrainte de nature privée ou publique, sauf dispositions contraires de la loi. Et c'est seulement dans la mesure où de pareilles dispositions de la loi existent qu'une personne peut être détenue ou qu'on peut supprimer sa liberté de mouvement.

En l'absence de pouvoir explicite ou implicite fondé sur la loi, la police doit être en mesure de trouver le pouvoir de poser ses actes dans la *common law*. Autrement, elle agit illégalement. [p. 10-11]

[39] Lorsqu'ils portent atteinte à la liberté d'individus, les policiers doivent agir conformément à la loi. Dans de nombreux cas, leurs pouvoirs sont clairement énoncés dans des textes de loi, comme le *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. Or, comme la Cour l'a reconnu dans l'arrêt *Dedman*, les lois ne sont pas la seule source légale des pouvoirs policiers.

common law may also provide a legal basis for carefully defined powers.

[40] In this Court, the respondents do not cite or seek to rely on any statute to authorize their arrest of Mr. Fleming while he was standing on D.C.E. Rather, they rely entirely on a common law power of arrest the exercise of which, they submit, was justified in the circumstances of this case. This appeal therefore requires the Court to determine whether the common law power in question exists.

[41] Before embarking on an analysis of common law police powers, it is important to consider the appropriate role of the courts in such an exercise. Establishing and restricting police powers is something that is well within the authority of legislatures. Accordingly, the courts should tread lightly when considering proposed common law police powers.

[42] That being said, the courts cannot abdicate their role of incrementally adapting common law rules where legislative gaps exist (see *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59, at para. 17; *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456, at paras. 6, 10, 50-51, and 61). This Court has in fact relied on the ancillary powers doctrine to recognize the existence of common law powers in many circumstances in the past. As Moldaver J. explained in concurring reasons in *R. v. Reeves*, 2018 SCC 56, [2018] 3 S.C.R. 531, the ancillary powers doctrine has been used

to affirm many common law police powers now considered fundamental. For example, the R.I.D.E. program stops (*Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2), investigative detentions (*R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59), searches incident to arrest (*Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158), 911 home entries (*R. v. Godoy*, [1999] 1 S.C.R. 311), sniffer dog searches (*R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456), and safety searches (*R. v. MacDonald*, 2014 SCC 3, [2014]

Dans des circonstances particulières, la common law peut aussi constituer un fondement juridique à des pouvoirs soigneusement définis.

[40] Devant la Cour, les intimés n'invoquent pas une loi en particulier ni ne citent ou ne tentent de se fonder sur une loi pour justifier l'arrestation de M. Fleming alors qu'il se trouvait sur les terres des D.D.C. Ils se fondent plutôt entièrement sur un pouvoir d'arrestation en common law dont l'exercice, selon eux, était justifié dans les circonstances de la présente affaire. En l'espèce, la Cour est donc appelée à déterminer si le pouvoir en question existe en common law.

[41] Avant de procéder à une analyse des pouvoirs policiers reconnus en common law, il importe d'examiner le rôle qui revient aux tribunaux dans le contexte d'un tel exercice. Établir et restreindre les pouvoirs policiers relève du pouvoir des législateurs. En conséquence, les tribunaux doivent agir avec prudence lorsqu'ils sont appelés à se prononcer sur l'existence en common law de pouvoirs policiers proposés.

[42] Cela étant dit, les tribunaux ne peuvent abdiquer le rôle qui leur incombe d'adapter progressivement des règles de common law lorsqu'il existe des lacunes législatives (voir *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59, par. 17; *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456, par. 6, 10, 50-51 et 61). La Cour s'est d'ailleurs déjà fondée, dans de nombreuses circonstances, sur la doctrine des pouvoirs accessoires pour reconnaître l'existence de pouvoirs en common law. Comme le juge Moldaver l'a expliqué dans des motifs concordants dans l'arrêt *R. c. Reeves*, 2018 CSC 56, [2018] 3 R.C.S. 531, la doctrine des pouvoirs accessoires a été utilisée

pour affirmer plusieurs pouvoirs policiers reconnus en common law qui sont maintenant considérés comme fondamentaux. Par exemple, les contrôles routiers dans le cadre d'un programme R.I.D.E. (*Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2), les détentions aux fins d'enquête (*R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59), les fouilles accessoires à une arrestation (*Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158), les entrées dans une maison d'habitation pour répondre à un appel au 911 (*R. c. Godoy*, [1999]

1 S.C.R. 37) were all affirmed through the *Waterfield* framework. [para. 77]

Referring to whether this Court should exercise its authority to recognize ancillary police powers, Binnie J. stated: “We have crossed the Rubicon” (*Kang-Brown*, at para. 22). Of course, the legislature always retains the power to expand, modify, restrict or abolish such common law powers, subject to constitutional limits.

[43] To determine whether a particular police action that interferes with individual liberty is authorized at common law, this Court applies the framework that was originally set out in *Waterfield*. This approach has often been referred to as the “*Waterfield* test”. I prefer to use the terminology of the “ancillary powers doctrine”. This is because, as Binnie J. observed in *R. v. Clayton*, 2007 SCC 32, [2007] 2 S.C.R. 725, “*Waterfield* is an odd godfather for common law police powers” (para. 75). At issue in *Waterfield* was whether a certain constable had been acting in the execution of his duties when he was assaulted; the case did not actually concern the recognition of a purported new common law police power. However, regardless of the doctrine’s origins, this Court has consistently applied the test set out by the majority in *Dedman*.

[44] Furthermore, the English court in *Waterfield* was concerned with actions related to investigating crime. But the ancillary powers doctrine has a broader reach than that: it can be applied to purported police powers — with appropriate clarifications that I will discuss below — even where no crime is alleged.

[45] The basis of the doctrine is that police actions that interfere with individual liberty are permitted at common law if they are ancillary to the fulfillment of recognized police duties. Intrusions on liberty are accepted if they are reasonably necessary — in

1 R.C.S. 311), les fouilles par chiens renifleurs (*R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456), et les fouilles de sécurité (*R. c. MacDonald*, 2014 CSC 3, [2014] 1 R.C.S. 37) ont tous été affirmés par l’application du cadre de l’arrêt *Waterfield*. [par. 77]

En se demandant si la Cour devrait exercer son pouvoir de reconnaître des pouvoirs policiers accessoires, le juge Binnie a indiqué que : « Nous avons franchi le Rubicon » (*Kang-Brown*, par. 22). Bien entendu, le législateur conserve toujours le pouvoir d’élargir, de modifier, de restreindre ou d’abolir de tels pouvoirs reconnus en common law, sous réserve de certaines limites constitutionnelles.

[43] Pour déterminer si une action policière particulière qui a pour effet de restreindre la liberté d’un individu est autorisée en common law, la Cour applique le cadre établi initialement dans l’arrêt *Waterfield*. Cette approche est souvent appelée le test de l’arrêt *Waterfield*. Je préfère parler de la « doctrine des pouvoirs accessoires », car, comme le juge Binnie l’a noté dans l’arrêt *R. c. Clayton*, 2007 CSC 32, [2007] 2 R.C.S. 725, « il est étrange d’invoquer l’arrêt *Waterfield* à l’appui des pouvoirs policiers en common law » (par. 75). L’arrêt *Waterfield* portait sur la question de savoir si un agent agissait dans le cadre de l’exécution de ses fonctions lorsqu’il a été agressé; ainsi, la cause ne portait pas sur la reconnaissance d’un nouveau pouvoir policier en common law. Cela dit, peu importe les origines de la doctrine, la Cour a toujours appliqué le test établi par les juges majoritaires dans l’arrêt *Dedman*.

[44] Par ailleurs, dans l’arrêt *Waterfield*, la cour d’appel anglaise devait examiner des actes liés à une enquête concernant un crime. Or, la doctrine des pouvoirs accessoires a une portée plus large que cela : elle peut être appliquée à de soi-disant pouvoirs policiers — en tenant compte des éclaircissements appropriés dont je discuterai ci-après —, même lorsqu’aucun crime n’est allégué.

[45] Le fondement de la doctrine est que les actes policiers qui portent atteinte à la liberté individuelle sont autorisés en common law s’ils sont accessoires à l’accomplissement des devoirs reconnus des policiers. Les atteintes à la liberté sont acceptées si elles

accordance with the test set out below — in order for the police to fulfill their duties.

[46] At the preliminary step of the analysis, the court must clearly define the police power that is being asserted and the liberty interests that are at stake (*Figueiras v. Toronto Police Services Board*, 2015 ONCA 208, 124 O.R. (3d) 641, at paras. 55-66). The ancillary powers doctrine comes into play where the power in issue involves *prima facie* interference with liberty. The term “liberty” here encompasses both constitutional rights and freedoms and traditional common law civil liberties (see *Clayton*, at para. 59; *Figueiras*, at para. 49). Once the police power and the liberty interests have been defined, the analysis proceeds in two stages:

- (1) Does the police action at issue fall within the general scope of a statutory or common law police duty?
- (2) Does the action involve a justifiable exercise of police powers associated with that duty?

(*R. v. MacDonald*, 2014 SCC 3, [2014] 1 S.C.R. 37, at paras. 35-36; *Reeves*, at para. 78)

[47] At the second stage of the analysis, the court must ask whether the police action is reasonably necessary for the fulfillment of the duty (*MacDonald*, at para. 36). As this Court stated in *Dedman*:

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

In *MacDonald*, the majority of the Court set out three factors to be weighed in answering this question:

1. the importance of the performance of the duty to the public good;
2. the necessity of the interference with individual liberty for the performance of the duty; and

sont raisonnablement nécessaires — suivant le test énoncé ci-après — pour que les policiers puissent s’acquitter de leurs devoirs.

[46] À l’étape préliminaire de l’analyse, le tribunal doit clairement définir le pouvoir policier invoqué, ainsi que le droit à la liberté en cause (*Figueiras c. Toronto Police Services Board*, 2015 ONCA 208, 124 O.R. (3d) 641, par. 55-66). La doctrine des pouvoirs accessoires entre en jeu lorsque le pouvoir en question porte atteinte à première vue à la liberté individuelle. Ici, le terme « liberté » englobe tant les droits et libertés constitutionnels que les libertés civiles traditionnelles reconnues par la common law (voir *Clayton*, par. 59; *Figueiras*, par. 49). Une fois le pouvoir policier et le droit à la liberté définis, l’analyse se fait en deux étapes :

- (1) La conduite policière en cause s’inscrit-elle dans le cadre général d’un devoir policier statuaire ou en common law?
- (2) La conduite constitue-t-elle un exercice justifiable des pouvoirs policiers afférents à ce devoir?

(*R. c. MacDonald*, 2014 CSC 3, [2014] 1 R.C.S. 37, par. 35-36; *Reeves*, par. 78)

[47] À la deuxième étape de l’analyse, le tribunal doit se demander si la conduite des policiers est raisonnablement nécessaire pour accomplir le devoir (*MacDonald*, par. 36). Comme la Cour l’a affirmé dans l’arrêt *Dedman* :

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

Dans l’arrêt *MacDonald*, les juges majoritaires de la Cour ont énoncé trois facteurs à soupeser pour répondre à cette question :

1. l’importance que présente l’accomplissement de ce devoir pour l’intérêt public;
2. la nécessité de l’atteinte à la liberté individuelle pour l’accomplissement de ce devoir;

3. the extent of the interference with individual liberty. [para. 37; citations omitted.]

[48] Throughout the analysis, the onus is always on the state to justify the existence of common law police powers that involve interference with liberty.

[49] The ancillary powers doctrine has repeatedly been applied by this Court to determine whether — and in what circumstances — a particular power exists at common law. In each case, the Court has endeavoured to define the power at issue and to clearly specify the particular conditions for its use (see *MacDonald*, at paras. 39-40; *Mann*, at paras. 34 and 40; *Reeves*, at para. 95 (per Moldaver J.); *R. v. Godoy*, [1999] 1 S.C.R. 311, at para. 22; *Kang-Brown*, at paras. 58-60 (per Binnie J.) and 169 (per Deschamps J.); *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158, at pp. 185-86). Once the Court has defined the parameters of the power, it has then considered whether the police action in question fit within those parameters (i.e. did the police act in accordance with their common law power).

[50] For example, this Court held in *Mann* that a power of investigative detention exists at common law where (a) the officer has reasonable grounds to suspect that there is a clear nexus between an individual and a recent or ongoing criminal offence, and (b) the decision to detain is reasonable, based on an overall assessment of all the circumstances (see para. 34).

[51] Similarly, in *MacDonald*, a majority of this Court held that police officers have a common law power to conduct a “safety search” in a private home if the officer “believes on reasonable grounds that his or her safety is at stake and that, as a result, it is necessary to conduct a search” (para. 41). The majority then went on to consider whether the officer in that case had had the requisite reasonable grounds for his belief (see para. 44).

[52] This approach sets clear guidelines for the police, who are expected to react quickly and flexibly

3. l’ampleur de l’atteinte à la liberté individuelle. [par. 37; renvois omis.]

[48] Tout au long de l’analyse, il incombe à l’État de justifier l’existence en common law des pouvoirs policiers qui entraînent une atteinte à la liberté.

[49] La Cour a appliqué la doctrine des pouvoirs accessoires à maintes reprises afin de déterminer si — et dans quelles circonstances — un pouvoir particulier existe en common law. Dans chaque cas, elle a cherché à définir le pouvoir en cause et à énoncer clairement les conditions dans lesquelles il peut être exercé (voir *MacDonald*, par. 39-40; *Mann*, par. 34 et 40; *Reeves*, par. 95 (le juge Moldaver); *R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311, par. 22; *Kang-Brown*, par. 58-60 (le juge Binnie) et 169 (la juge Deschamps); *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158, p. 185-186). Une fois que la Cour eût défini les paramètres du pouvoir, elle s’est demandé si les actes policiers en cause s’inscrivaient à l’intérieur de ces paramètres (c.-à-d. si les policiers avaient agi conformément aux pouvoirs que leur reconnaît la common law).

[50] Par exemple, la Cour a jugé dans l’arrêt *Mann* qu’il existe un pouvoir de détention aux fins d’enquête en common law lorsque : a) le policier a des motifs raisonnables de soupçonner qu’il existe un lien clair entre l’individu et une infraction criminelle commise récemment ou en cours; et b) la décision de détenir une personne est raisonnable, suivant une considération objective de l’ensemble des circonstances (voir par. 34).

[51] De même, dans l’arrêt *MacDonald*, les juges majoritaires de la Cour ont conclu que les policiers détiennent un pouvoir en common law d’effectuer une « fouille de sécurité » dans une résidence privée si le policier « croi[t] pour des motifs raisonnables que [sa] sécurité est menacée et qu’il est donc nécessaire de procéder à une fouille » (par. 41). Ils ont ensuite examiné la question de savoir si le policier, dans cette affaire, avait les motifs raisonnables requis (voir par. 44).

[52] Cette approche établit des lignes directrices claires pour les policiers, qui doivent agir avec

to real-life situations that can evolve rapidly. It is important for the courts to give officers the clearest possible guidance as to what common law powers are available to them within the general scope of their duties. The police will then be able to apply these guidelines to their day-to-day operations.

[53] While the ancillary powers doctrine concerns police action that interferes with liberty — a term that, as noted above, encompasses many constitutional rights — determining whether a common law power exists does not itself require the court to apply s. 1 of the *Charter* (*Clayton*, at para. 21). That being said, the two frameworks are not completely unrelated.

[54] Certain concepts which play a significant role in the *Charter* justification context — such as minimal impairment and proportionality — have clear parallels in the ancillary powers doctrine analysis (see R. Jochelson, “Ancillary Issues with *Oakes*: The Development of the Waterfield Test and the Problem of Fundamental Constitutional Theory” (2012), 43 *Ottawa L. Rev.* 355; J. Burchill, “A Horse Gallops Down a Street . . . Policing and the Resilience of the Common Law” (2018), 41 *Man. L.J.* 161, at p. 175). For example, the three factors from *MacDonald* require a proportionality assessment. Moreover, the concept of reasonable necessity requires that other, less intrusive measures not be valid options in the circumstances. If the police can fulfill their duty by an action that interferes less with liberty, the purported power is clearly not reasonably necessary (see *Clayton*, at para. 21).

[55] Ultimately, the ancillary powers doctrine is designed to balance intrusions on an individual’s liberty with the ability of the police to do what is reasonably necessary in order to perform their duties (see *Clayton*, at para. 26).

célérité et faire preuve de souplesse dans des situations réelles susceptibles d’évoluer rapidement. Il importe que les tribunaux donnent aux policiers des directives les plus claires possibles sur les pouvoirs dont ils disposent en common law dans la portée générale de leurs devoirs. Cela permet ensuite aux policiers d’appliquer ces lignes directrices dans leurs activités quotidiennes.

[53] Bien que la doctrine des pouvoirs accessoires concerne les interventions policières qui portent atteinte à la liberté — un terme qui, je le répète, englobe de nombreux droits constitutionnels —, un tribunal n’a pas à appliquer l’article premier de la *Charte* lorsqu’elle se prononce sur l’existence de pouvoirs policiers en common law (*Clayton*, par. 21). Cela dit, les deux cadres d’analyse ne sont pas totalement sans lien.

[54] Il est possible de dresser des parallèles évidents entre certains concepts qui jouent un rôle important dans le contexte de la justification au regard de la *Charte* — comme ceux de l’atteinte minimale et de la proportionnalité — et la doctrine des pouvoirs accessoires (voir R. Jochelson, « Ancillary Issues with *Oakes* : The Development of the Waterfield Test and the Problem of Fundamental Constitutional Theory » (2012), 43 *R.D. Ottawa* 355; J. Burchill, « A Horse Gallops Down a Street . . . Policing and the Resilience of the Common Law » (2018), 41 *Man. L.J.* 161, p. 175). Par exemple, les trois facteurs énoncés dans l’arrêt *MacDonald* exigent une évaluation de la proportionnalité. En outre, selon le concept de la nécessité raisonnable, il ne doit pas être possible dans les circonstances de recourir à d’autres mesures moins intrusives. Si les policiers peuvent accomplir leur devoir d’une manière qui porte moins atteinte à la liberté, le pouvoir invoqué n’est clairement pas raisonnablement nécessaire (voir *Clayton*, par. 21).

[55] Ultiment, la doctrine des pouvoirs accessoires est conçue pour établir un juste équilibre entre les atteintes à la liberté individuelle et la possibilité pour les policiers de faire ce qui est raisonnable et nécessaire pour s’acquitter de leurs fonctions (voir *Clayton*, par. 26).

[56] With this general context in mind, I will now move on to consider the particular police power that the respondents are asserting in this case.

B. The Preliminary Step: Defining the Power and the Liberty Interests at Issue

[57] At the outset, it is important to clearly define the power at issue and the liberty interests with which it *prima facie* interferes. The purported power in this case is a power to arrest someone who is acting lawfully in order to prevent an apprehended breach of the peace. In targeting someone who is acting lawfully, this proposed power is aimed at individuals who have not committed, and are not about to commit, either an indictable offence or a breach of the peace.

[58] The term “breach of the peace” requires elaboration. Violence lies at the core of this concept. At common law, a breach of the peace has always involved “danger to the person” (G. L. Williams, “Arrest for Breach of the Peace”, [1954] *Crim. L.R.* 578, at p. 579). The United Kingdom Supreme Court recently stated in *R. (on the application of Hicks) v. Metropolitan Police Comr*, [2017] UKSC 9, [2018] 1 All E.R. 374, that “[t]he essence of a breach of the peace is violence” (para. 4) (see also *R. (on the application of Laporte) v. Chief Constable of Gloucestershire Constabulary*, [2006] UKHL 55, [2007] 2 All E.R. 529, at para. 27). In *Brown*, Doherty J.A., writing for the Ontario Court of Appeal, defined the concept as follows: “A breach of the peace contemplates an act or actions which result in actual or threatened harm to someone” (p. 248 (footnote omitted)). In *Frey v. Fedoruk*, [1950] S.C.R. 517, Kerwin J. (as he then was), in concurring reasons, proposed the following definition of a breach of the peace:

It may be difficult to define exhaustively what is a breach of the peace but, for present purposes, the statement in Clerk and Lindsell on Torts, (10th edition), page 298, may be accepted: —

A breach of the peace takes place when either an actual assault is committed on an individual or public

[56] En gardant ce contexte général en tête, je me pencherai maintenant sur le pouvoir policier particulier qu’invoquent les policiers en l’espèce.

B. L’étape préliminaire : définir le pouvoir et le droit à la liberté en cause

[57] D’emblée, il importe de définir clairement le pouvoir en cause et le droit à la liberté qu’il restreint à première vue. Le pouvoir invoqué en l’espèce est celui d’arrêter un individu qui agit en toute légalité pour prévenir une violation appréhendée de la paix. En ciblant un tel individu, ce pouvoir qu’on propose de reconnaître vise des personnes qui n’ont commis ni infraction ni violation de la paix et qui ne sont pas sur le point d’en commettre.

[58] L’expression « violation de la paix » exige des précisions. La violence est au cœur de ce concept. En common law, une violation de la paix a toujours impliqué un [TRADUCTION] « danger pour l’individu » (G. L. Williams, « Arrest for Breach of the Peace », [1954] *Crim. L.R.* 578, p. 579). La Cour suprême du Royaume-Uni a récemment déclaré, dans l’arrêt *R. (on the application of Hicks) c. Metropolitan Police Comr*, [2017] UKSC 9, [2018] 1 All E.R. 374, que [TRADUCTION] « l’essence d’une violation de la paix est la violence » (par. 4) (voir aussi *R. (on the application of Laporte) c. Chief Constable of Gloucestershire Constabulary*, [2006] UKHL 55, [2007] 2 All E.R. 529, par. 27). Dans l’arrêt *Brown*, le juge Doherty, s’exprimant pour la Cour d’appel de l’Ontario, a ainsi défini le concept : [TRADUCTION] « Une violation de la paix envisage un acte ou des actions qui entraînent une menace de préjudice ou un préjudice réel pour quelqu’un » (p. 248 (note de bas de page omise)). Dans l’arrêt *Frey c. Fedoruk*, [1950] R.C.S. 517, le juge Kerwin (plus tard juge en chef), dans des motifs concordants, a proposé la définition suivante d’une violation de la paix :

[TRADUCTION] Il peut être difficile de définir de manière exhaustive ce qui constitue une violation de la paix, mais pour les besoins de la présente affaire, la définition donnée dans Clerk and Lindsell on Torts (10^e édition), page 298, peut être acceptée : —

Il y a violation de la paix lorsqu’une agression réelle est commise sur un individu ou qu’il en résulte de

alarm and excitement is caused. Mere annoyance or insult to an individual stopping short of actual personal violence is not a breach of the peace. Thus a householder — apart from special police legislation — cannot give a man into custody for violently and persistently ringing his door-bell. [Emphasis added; p. 519.]

[59] As these authorities make clear, an act can be considered a breach of the peace only if it involves some level of violence and a risk of harm. It is only in the face of such a serious danger that the state’s ability to lawfully interfere with individual liberty comes into play. Behaviour that is merely disruptive, annoying or unruly is not a breach of the peace.

[60] It is also essential at this point to be clear about what police powers are *not* at issue. Specifically, as I indicated above, the case at bar does not concern a power to arrest a person for the purpose of preventing *that person* from breaching the peace. It appears that such a power may have existed historically at common law (see *Hicks*, at para. 4). Indeed, the Ontario Court of Appeal considered this very power in *obiter* in *Brown* and suggested that it does exist, stating that “a police officer may also arrest or detain a person who is about to commit a breach of the peace” (p. 248 (emphasis added)). While it is not necessary to decide this in the instant case, I seriously question whether a common law power of this nature would still be necessary in Canada today.

[61] The *Criminal Code* provides explicitly for a number of warrantless arrest powers that obviate the need for such a common law power. In particular, under s. 31(1), a police officer can arrest anyone found committing a breach of the peace or who the officer believes is “about to join in or renew the breach of the peace”. In addition, s. 495(1)(a) provides that an officer can arrest any person “who, on reasonable grounds, he believes has committed or is about to commit an indictable offence”. This applies to all offences that may be prosecuted by indictment (*Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 34(1)(a);

l’inquiétude et de l’excitation au sein de la population. Le simple fait de déranger ou d’insulter quelqu’un sans recourir réellement à la violence ne constitue pas une violation de la paix. Par conséquent, un propriétaire ne peut pas faire incarcérer un homme qui sonne violemment et continuellement à sa porte — sauf en vertu d’une loi spéciale sur les pouvoirs policiers. [Je souligne; p. 519.]

[59] Comme ces arrêts l’indiquent clairement, un acte ne peut être considéré comme une violation de la paix que s’il comporte un certain degré de violence et un risque de préjudice. Ce n’est qu’en présence d’un danger de cette gravité que le pouvoir de l’État de porter légalement atteinte à la liberté d’un individu entre en jeu. Un comportement qui est simplement perturbateur, embêtant ou indiscipliné n’est pas une violation de la paix.

[60] À cette étape, il est également essentiel de préciser quels pouvoirs policiers *ne sont pas* en cause. Plus particulièrement, comme je l’ai déjà indiqué, il n’est pas question en l’espèce du pouvoir d’arrêter une personne afin d’empêcher *cette personne* de commettre une violation de la paix. Il semble qu’un tel pouvoir ait déjà existé en common law (voir *Hicks*, par. 4). En effet, la Cour d’appel de l’Ontario a examiné précisément ce pouvoir en *obiter* dans l’arrêt *Brown*, et suggéré qu’il existait, en affirmant qu’un [TRADUCTION] « policier peut aussi arrêter un individu qui est sur le point de violer la paix ou le détenir » (p. 248 (je souligne)). Bien qu’il ne soit pas nécessaire de trancher la question en l’espèce, je me demande sérieusement s’il est encore nécessaire au Canada de nos jours que la common law reconnaisse un pouvoir de cette nature aux policiers.

[61] Le *Code criminel* prévoit explicitement un certain nombre de pouvoirs d’arrestation sans mandat qui écartent la nécessité d’un tel pouvoir en common law. En particulier, le par. 31(1) prévoit qu’un policier peut arrêter tout individu qu’il trouve en train de commettre une violation de la paix ou qu’il croit « être sur le point d’y prendre part ou de la renouveler ». En outre, aux termes de l’al. 495(1)a), un agent peut arrêter tout individu « qui, d’après ce qu’il croit pour des motifs raisonnables, a commis ou est sur le point de commettre un acte criminel ». Cela s’applique à toutes les infractions pour lesquelles

S. Coughlan and G. Luther, *Detention and Arrest* (2nd ed. 2017), at pp. 22-23), a category that encompasses — and extends beyond — the activities which have historically been classified as breaches of the peace, such as various forms of assault (ss. 264.1 to 269), mischief (s. 430), careless use of a firearm (s. 86) and taking part in a riot (s. 65) (see Williams, at pp. 578-79). Thus, police officers already have extensive powers to arrest, without a warrant, a person they reasonably believe is about to commit an act which would amount to a breach of the peace. I therefore have difficulty seeing any need for the courts to fill a legislative gap by recognizing a common law power of arrest for the purpose of preventing individuals from committing breaches of the peace themselves. I make no comment about other possible powers short of arrest in such circumstances.

[62] This case does not concern a situation in which an arrested individual was about to commit a breach of peace. Instead, the power at issue in this case would target individuals who are not suspected of being about to break any law or to initiate any violence themselves, in situations in which the police nonetheless believe that arresting the individuals in question will prevent a breach of the peace from occurring. For example, these individuals might themselves be the targets or victims of anticipated violence. They could be “provocateurs” whose lawful actions or words are feared to be prompting others to respond violently. In such a situation, the police might believe that removing the person from the area will defuse the situation, avert the apprehended violence and even protect him or her.

[63] It has long been recognized that such “provocative” conduct is not itself unlawful. As far back as 1950, a majority of this Court held:

I do not think that it is safe to hold as a matter of law, that conduct, not otherwise criminal and not falling within

le contrevenant peut être poursuivi par mise en accusation (*Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21, al. 34(1)a); S. Coughlan et G. Luther, *Detention and Arrest* (2^e éd. 2017), p. 22-23), une catégorie d'infractions qui englobe notamment les activités qui sont depuis toujours classées comme des violations de la paix, comme les divers types de voies de fait (art. 264.1 à 269), le méfait (art. 430), l'usage négligent d'une arme à feu (art. 86) et la participation à une émeute (art. 65) (voir Williams, p. 578-579). Ainsi, les policiers disposent déjà de vastes pouvoirs qui leur permettent d'arrêter, sans mandat, un individu qui, d'après ce qu'ils croient pour des motifs raisonnables, est sur le point de commettre un acte qui constituerait une violation de la paix. J'ai donc du mal à voir pourquoi il serait nécessaire que les cours de common law comblent une lacune législative en reconnaissant un pouvoir d'arrestation pour empêcher des individus de violer eux-mêmes la paix. Je ne formule pas de commentaires sur l'existence possible de pouvoirs autres que l'arrestation, dans de telles circonstances.

[62] En l'espèce, il n'est pas question d'un individu mis en état d'arrestation alors qu'il aurait été sur le point de violer la paix. Le pouvoir en cause ici viserait plutôt des individus qui ne sont pas eux-mêmes soupçonnés d'être sur le point d'enfreindre la loi ou de commettre un acte de violence, dans des situations où, néanmoins, aux yeux des policiers, l'arrestation de ces individus permet de prévenir une violation de la paix. Par exemple, ces individus pourraient être eux-mêmes des cibles ou des victimes d'un acte de violence appréhendé. Ils pourraient être des « provocateurs » dont on craint que les actes ou les propos légaux incitent d'autres personnes à répondre de manière violente. Dans une telle situation, les policiers peuvent être d'avis que le fait de retirer l'individu de la zone désamorçera la situation, préviendra l'acte de violence appréhendé et assurera même sa propre sécurité.

[63] Il est reconnu depuis longtemps qu'une telle conduite « provocante » n'est pas en soi illégale. Déjà, en 1950, les juges majoritaires de la Cour ont affirmé ceci :

[TRADUCTION] Je ne crois pas qu'il soit sage de statuer, en droit, qu'une conduite qui n'est pas par ailleurs criminelle

any category of offences defined by the Criminal Law, becomes criminal because a natural and probable result thereof will be to provoke others to violent retributive action. If such a principle were admitted, it seems to me that many courses of conduct which it is well settled are not criminal could be made the subject of indictment by setting out the facts and concluding with the words that such conduct was likely to cause a breach of the peace.

(*Frey*, at p. 526)

Yet the effect of the respondents' position, on the facts of this case, is to claim a power to arrest individuals engaged in non-criminal conduct of this nature in order to prevent the violence the conduct could provoke.

[64] Neither of the courts below highlighted the distinction between a power to arrest someone who is personally about to breach the peace and a power to arrest someone whose lawful conduct may provoke others to breach the peace. They relied, as do the respondents, on the *obiter* comments from *Brown* to conclude that, where certain conditions are met, the police have the power to arrest an individual in order "to avoid a breach of the peace" (see Trial Judge's Reasons, A.R., vol. I, at p. 47). As I explained above, however, *Brown* concerned only the first situation, that of arresting "a person who is about to commit a breach of the peace", which does not reflect the circumstances of the case at bar. The court in *Brown* did not discuss the common law power actually at issue in this appeal: the power to arrest someone who is not about to breach the peace in order to prevent an apprehended breach of the peace by other persons. Whether such a power is reasonably necessary for the purpose of fulfilling a police duty in accordance with the ancillary powers doctrine does not appear to have been addressed in any Canadian case. It is therefore necessary for this Court to do so now.

et qui ne relève d'aucune catégorie d'infractions établie par le droit criminel devient criminelle parce que son résultat naturel et probable sera d'inciter les autres à répliquer de manière violente. Si un tel principe était reconnu, il me semble que de nombreuses conduites dont il est bien établi qu'elles ne sont pas criminelles pourraient faire l'objet d'une mise en accusation. Il suffirait d'énoncer les faits et d'en conclure que la conduite en question est susceptible de causer une violation de la paix.

(*Frey*, p. 526)

L'effet de la position des intimés, eu égard aux faits de l'espèce, revient néanmoins à revendiquer le pouvoir d'arrêter des individus engagés dans une conduite non criminelle de cette nature afin de prévenir la violence que cette conduite pourrait entraîner.

[64] Ni l'une ni l'autre des cours d'instances inférieures n'a souligné la distinction entre le pouvoir d'arrestation d'un individu qui est personnellement sur le point de violer la paix et celui qui vise un individu agissant en toute légalité qui pourrait inciter d'autres à violer la paix. Ces cours, à l'instar des intimés, se sont fondées sur les commentaires formulés en *obiter* dans *Brown* pour conclure que, s'il est satisfait à certaines conditions, les policiers détiennent le pouvoir d'arrêter un individu [TRADUCTION] « pour éviter une violation de la paix » (voir les motifs de la juge du procès, d.a., vol. I, p. 47). Toutefois, comme je l'ai expliqué précédemment, l'arrêt *Brown* ne traitait que du premier scénario — soit de l'arrestation d'« une personne qui est sur le point de violer la paix » — ce qui ne correspond pas aux circonstances de la présente affaire. En effet, dans l'arrêt *Brown*, la cour n'a pas traité du pouvoir en common law dont il est effectivement question dans le présent pourvoi, soit le pouvoir d'arrêter un individu qui n'est pas sur le point de violer la paix pour prévenir une violation appréhendée de la paix par d'autres individus. Aucune cause canadienne ne semble avoir traité de la question de savoir si, comme l'exige la doctrine des pouvoirs accessoires, un tel pouvoir est raisonnablement nécessaire pour que les policiers s'acquittent d'une de leurs obligations. Il est donc nécessaire que la Cour le fasse maintenant.

[65] This proposed power of arrest would involve substantial *prima facie* interference with significant liberty interests. Indeed, few police actions interfere with an individual's liberty more than arrest — an action which completely restricts the person's ability to move about in society free from state coercion. As this Court recently noted, “placing a person under arrest inherently infringes his or her liberty” (*R. v. Penunsi*, 2019 SCC 39, [2019] 3 S.C.R. 91, at para. 73). Freedom from arbitrary arrest and detention is of course itself constitutionally guaranteed by s. 9 of the *Charter*. Further, where the police use force to effect an arrest, they also directly engage a general liberty interest in being free from the exercise of force by the state as well as the interests in liberty and security of the person protected by s. 7 of the *Charter*.

[66] In many cases, such as that of Mr. Fleming, the lawful activity that is being restricted by the arrest may itself be protected by the *Charter*. Where a police action prevents individuals from lawfully expressing themselves because their expression might provoke or enrage others, freedom of expression as guaranteed by s. 2(b) is also implicated. Indeed, the trial judge specifically found, correctly in my view, that the respondents' actions in this case had infringed Mr. Fleming's right under s. 2(b) (see A.R., vol. I, at pp. 59-61).

[67] The purported power in this case would directly impact on a constellation of rights that are fundamental to individual freedom in our society. It would directly undermine the expectation of all individuals, in the lawful exercise of their liberty, to live their lives free from coercive interference by the state.

[68] In light of the substantial *prima facie* interference with liberty that may be occasioned by this power of arrest, the next question in the ancillary powers doctrine analysis is if — and when — such a power would be justified for the purpose of fulfilling a valid police duty.

[65] Ce pouvoir d'arrestation proposé donnerait lieu à première vue à une atteinte importante aux droits fondamentaux relatifs à la liberté. En fait, il existe peu d'actions policières qui portent davantage atteinte à la liberté d'un individu qu'une arrestation — une action qui restreint complètement la capacité d'une personne de se déplacer dans l'espace public, sans coercition de l'État. Comme la Cour l'a récemment signalé, « l'arrestation d'une personne porte foncièrement atteinte à sa liberté » (*R. c. Penunsi*, 2019 CSC 39, [2019] 3 R.C.S. 91, par. 73). Bien entendu, le droit à la protection contre l'arrestation et la détention arbitraires est garanti par l'art. 9 de la *Charte*. En outre, lorsque des policiers emploient la force pour effectuer une arrestation, ils font aussi directement intervenir un droit général d'être protégé contre l'exercice de la force par l'État, de même que les droits à la liberté et à la sécurité de la personne protégés par l'art. 7 de la *Charte*.

[66] Dans de nombreux cas, comme dans celui de M. Fleming, l'activité légale qui est restreinte du fait de l'arrestation pourrait en soi être protégée par la *Charte*. Lorsqu'une intervention de la police empêche un individu de s'exprimer légalement parce que cette expression pourrait provoquer ou fâcher autrui, la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) entre aussi en jeu. En effet, la juge du procès a expressément conclu, à bon droit selon moi, que les actions des intimés en l'espèce ont enfreint le droit de M. Fleming protégé par l'al. 2b) (voir d.a., vol. I, p. 59-61).

[67] Le pouvoir invoqué en l'espèce toucherait directement une panoplie de droits qui sont fondamentaux pour la liberté individuelle dans notre société. Il minerait directement l'attente de tous les individus de pouvoir, dans l'exercice légal de leur liberté, vivre leur vie sans interférence coercitive de la part de l'État.

[68] Compte tenu de l'atteinte importante à la liberté qui pourrait, à première vue, découler de ce pouvoir d'arrestation, la question suivante à trancher dans l'analyse de la doctrine des pouvoirs accessoires est celle de savoir si un tel pouvoir serait justifié pour que la police s'acquitte d'un devoir valide et, le cas échéant, dans quelles circonstances.

C. *The First Stage: The Police Duty*

[69] In this case, the purported police power falls within the general scope of the duties of preserving the peace, preventing crime, and protecting life and property.

[70] These duties have been acknowledged as “principal duties” of the police at common law (P. Ceyssens, *Legal Aspects of Policing* (loose-leaf), at p. 2-1). As far back as *Dedman*, Le Dain J. noted that preserving the peace and protecting life and property are among the common law duties of police officers (p. 32). In Ontario, the duty to preserve the peace is also explicitly enumerated in legislation in s. 42(1)(a) of the *Police Services Act*, R.S.O. 1990, c. P.15.

[71] Preventing breaches of the peace, which entail violence and a risk of harm, is plainly related to these duties.

[72] With respect, the trial judge’s conclusion on this stage of the ancillary powers doctrine was erroneous. In a single sentence on the issue, she found that, “on the specific facts of this case with respect to Mr. Fleming, the defendants were not ‘preserving the peace’” (A.R., vol. I, at p. 46). This statement confused the different stages of the test.

[73] Although the trial judge’s comments were brief, she appears to have concluded that the respondents’ actions were not justified — on the basis that there was no serious risk of a breach of the peace — and that, as a result, they could not meet the requirements of the first stage. Whether the power is necessary in order to achieve the goal of preserving the peace is a question that is properly left for the second stage. At the first stage, it is clear that actions to prevent a breach of the peace do further the police duties of preserving the peace, preventing crime, and protecting life and property.

[74] Because the requirements of the first stage are met, the key question in this case concerns the second stage.

C. *La première étape : le devoir policier*

[69] En l’espèce, le présumé pouvoir policier relèverait de la portée générale des devoirs de maintenir la paix, de prévenir le crime et de protéger la vie des personnes et les biens.

[70] Ces devoirs ont été reconnus comme des [TRADUCTION] « fonctions principales » de la police par la common law (P. Ceyssens, *Legal Aspects of Policing* (feuilles mobiles), p. 2-1). Déjà, dans l’arrêt *Dedman*, le juge Le Dain a noté que la préservation de la paix et la protection de la vie et de la propriété figuraient parmi les pouvoirs relevant des policiers en common law (p. 32). En Ontario, la fonction de préservation de la paix est aussi explicitement énumérée à l’al. 42(1)a) de la *Loi sur les services policiers*, L.R.O. 1990, c. P.15.

[71] La prévention de violations de la paix, qui supposent de la violence et un risque de préjudice, est directement liée à ces devoirs.

[72] À mon avis, la conclusion de la juge du procès quant à cette étape de la doctrine des pouvoirs accessoires était erronée. En une seule phrase sur la question, elle a déclaré que [TRADUCTION] « d’après les faits propres à cette affaire concernant M. Fleming, les défendeurs ne “préservaient pas la paix” » (d.a., vol. I, p. 46). Cette déclaration confond les différentes étapes du test.

[73] Bien que les commentaires de la juge du procès furent brefs, elle semble avoir conclu que les actes des intimés n’étaient pas justifiés — car il n’y avait pas de risque sérieux de violation de la paix — et que, en conséquence, ils ne pouvaient satisfaire à la première étape du test. Or, la question de savoir si le pouvoir est nécessaire pour atteindre l’objectif de préservation de la paix appartient à la deuxième étape. À la première étape, il est évident que les actes visant à prévenir une violation de la paix permettent aux policiers d’accomplir leurs devoirs de maintenir la paix, de prévenir le crime et de protéger la vie des personnes et les biens.

[74] Puisqu’il est satisfait aux exigences de la première étape, la question principale en l’espèce concerne la deuxième étape.

D. *The Second Stage: Reasonably Necessary*

(1) The Unique Context of the Power at Issue in This Case

[75] Courts must always apply the second stage of the ancillary powers doctrine with rigour to ensure that the state has satisfied its burden of demonstrating that the interference with individual liberty is justified and necessary. As Abella J. stated in *Clayton*:

In determining the boundaries of police powers, caution is required to ensure the proper balance between preventing excessive intrusions on an individual's liberty and privacy, and enabling the police to do what is reasonably necessary to perform their duties in protecting the public. [para. 26]

[76] The unique context of the respondents' purported power of arrest makes it particularly difficult to justify at the second stage of the analysis. This Court has held that "[t]he standard of justification must be commensurate with the fundamental rights at stake" (*Clayton*, at para. 21). There are a number of reasons why the "standard of justification" is especially stringent here. The characteristics of the power, and in particular its impact on law-abiding individuals, its preventative nature and the fact that it would be evasive of review, all mean that it will be more difficult to justify as reasonably necessary compared to other common law powers. The bar is higher.

[77] Firstly, the purported police power would expressly be exercised against someone who is not suspected of any criminal wrongdoing or even of threatening to breach the peace. In the past, this Court has only recognized common law police powers that involve interference with liberty where there has been some connection with criminal activities. In these cases, the powers were restricted to circumstances in which there was at least a suspicion that the person affected by the exercise of the power was involved in, or might commit, some offence. For example, this Court has accepted powers intended to prevent an assault on the person of a foreign

D. *La deuxième étape : raisonnablement nécessaire*

(1) Le contexte unique du pouvoir en cause en l'espèce

[75] Les tribunaux doivent toujours appliquer la deuxième étape de la doctrine des pouvoirs accessoires avec rigueur pour veiller à ce que l'État s'acquitte de son fardeau de démontrer que l'atteinte à la liberté individuelle est justifiée et nécessaire. Comme la juge Abella l'a mentionné dans l'arrêt *Clayton* :

Il faut délimiter les pouvoirs policiers avec prudence afin d'établir un juste équilibre entre la prévention de l'atteinte injustifiée à la liberté et à la vie privée d'une personne et l'octroi aux policiers de pouvoirs raisonnablement nécessaires à la protection des citoyens. [par. 26]

[76] Compte tenu du contexte unique du pouvoir proposé d'arrestation des intimés, il est particulièrement difficile de le justifier au regard de la deuxième étape de l'analyse. La Cour a jugé que « [l]a norme de justification doit être proportionnée aux droits fondamentaux en cause » (*Clayton*, par. 21). Dans ce cas, la « norme de justification » est particulièrement rigoureuse pour plusieurs raisons. Les caractéristiques du pouvoir, et notamment ses conséquences sur les individus qui respectent la loi, sa nature préventive et le fait qu'il échapperait à l'examen des tribunaux, indiquent toutes qu'il serait plus difficile de le justifier comme étant raisonnablement nécessaire en comparaison à d'autres pouvoirs reconnus en common law. La barre est haute.

[77] Premièrement, le présumé pouvoir policier serait expressément exercé à l'encontre d'un individu qui n'est pas soupçonné d'avoir commis un acte criminel ou même de menacer de violer la paix. Dans le passé, la Cour n'a reconnu des pouvoirs policiers en common law qui supposent une atteinte à la liberté que lorsqu'il y avait un certain lien avec des activités criminelles. Dans ces cas, les pouvoirs se limitaient aux circonstances où il existait au moins un soupçon que l'individu touché par l'exercice du pouvoir avait participé à une infraction ou était susceptible d'en commettre une. Par exemple, la Cour a reconnu l'existence de pouvoirs visant la prévention

dignitary (*R. v. Knowlton*, [1974] S.C.R. 443), detect impaired driving (*Dedman*) or eliminate threats to officers posed by weapons (*MacDonald; Mann*). In other cases, the recognized powers related directly to the investigation of particular crimes (*Godoy; Mann; Clayton; Kang-Brown*).

[78] The instant case is different. Here, the respondents are proposing a power that would enable the police to interfere with the liberty of someone who they accept is acting lawfully and who they do not suspect or believe is about to commit any offence. It would be difficult to overemphasize the extraordinary nature of this power. Such a power would constitute a major restriction on the lawful actions of individuals in this country. It is especially important for the courts to guard against intrusions on the liberty of persons who are neither accused nor suspected of committing any crime (see *Penunsi*, at para. 68).

[79] As Lord Mance stated in *Laporte*, “wherever possible, the focus of preventive action should, on any view, be on those about to act disruptively, not on innocent third parties” (para. 149). Similarly, Lord Brown of Eaton-Under-Heywood noted that “the police’s first duty is to protect the rights of the innocent rather than to compel the innocent to cease exercising them” (para. 124).

[80] The fundamental nature of the liberty interests at stake coupled with the extraordinary proposition of interfering with those interests where the affected individual is under no suspicion of unlawful conduct mandates a stringent and exacting justificatory analysis.

[81] Secondly, the purported police power in the case at bar is preventative. The respondents propose a power that would enable the police to act to prevent breaches of the peace before they arise.

[82] The ancillary powers doctrine does not limit police actions to cases in which a crime has already

d’une attaque sur la personne d’un dignitaire étranger (*R. c. Knowlton*, [1974] R.C.S. 443), la détection de la conduite avec facultés affaiblies (*Dedman*) et l’élimination des menaces que représentent les armes à l’endroit de policiers (*MacDonald; Mann*). Dans d’autres cas, les pouvoirs reconnus étaient directement liés aux enquêtes sur des crimes particuliers (*Godoy; Mann; Clayton; Kang-Brown*).

[78] Le cas présent est différent. Les intimés proposent la reconnaissance d’un pouvoir qui autoriserait les policiers à porter atteinte à la liberté d’un individu qui, ils le reconnaissent, agit en toute légalité et qu’ils ne soupçonnent pas ou ne croient pas être sur le point de commettre une infraction. On ne peut trop insister sur la nature extraordinaire qu’aurait ce pouvoir. Il constituerait une atteinte majeure aux actes légaux d’individus dans ce pays. Il est particulièrement important que les tribunaux protègent les individus contre les restrictions à leur liberté lorsqu’ils ne sont ni accusés ni soupçonnés d’avoir commis une infraction (voir *Penunsi*, par. 68).

[79] Comme Lord Mance l’a déclaré dans l’arrêt *Laporte*, [TRADUCTION] « chaque fois que cela est possible, la mesure préventive devrait, à mon avis, viser les individus qui sont sur le point de troubler la paix et non les tiers innocents » (par. 149). De même, Lord Brown d’Eaton-Under-Heywood a observé que [TRADUCTION] « le premier devoir de la police est de protéger les droits des innocents et non d’obliger ceux-ci à cesser de les exercer » (par. 124).

[80] La nature fondamentale des droits relatifs à la liberté en cause jumelée à la proposition extraordinaire de porter atteinte à ces droits lorsque l’individu touché n’est pas soupçonné de conduite illégale requiert une analyse de justification rigoureuse et exigeante.

[81] Deuxièmement, le présumé pouvoir policier en l’espèce en est un de prévention. Les intimés proposent la reconnaissance d’un pouvoir qui permettrait aux policiers d’agir de manière à prévenir des violations de la paix avant qu’elles ne surviennent.

[82] La doctrine des pouvoirs accessoires ne limite pas l’action policière aux cas où une infraction ou

been committed or a breach of the peace has already taken place. The common law police duties of preserving the peace, preventing crime and protecting life and property clearly entail an ability to act proactively when appropriate. In this sense, I agree with Doherty J.A. that:

Not all law enforcement is reactive. The police duty to prevent crime and maintain the public peace commands proactive measures on their part. . . .

Proactive policing is in many ways more efficient and effective than reactive policing.

(*Brown*, at p. 246)

[83] Where such preventative actions do not interfere with individual liberty, the police do of course have broad latitude. Once invasive police actions do intrude upon individual liberty, however, the courts must be very cautious about authorizing them merely because an unlawful or disruptive act could occur in the future. Vague or overly permissive standards in such situations would sanction profound intrusions on liberty with little societal benefit. As a general rule, it will be more difficult for the state to justify invasive police powers that are preventative in nature than those that are exercised in responding to or investigating a past or ongoing crime (*Figueiras*, at para. 45; see also *Brown*, at pp. 249-51).

[84] Thirdly, the exercise of the respondents' purported police power would be evasive of review. Since this power of arrest would generally not result in the laying of charges, the affected individuals would often have no forum to challenge the legality of the arrest outside of a costly civil suit (see J. Esmonde, "The Policing of Dissent: The Use of Breach of the Peace Arrests at Political Demonstrations" (2002), 1 *J.L. & Equality* 246, at pp. 254-55). Judicial oversight of the exercise of such a police

une violation de la paix a déjà été commise. Les devoirs des policiers découlant de la common law qui visent à maintenir la paix, à prévenir le crime et à protéger la vie des personnes et les biens supposent clairement une capacité d'agir de manière proactive, au besoin. En ce sens, je souscris aux commentaires suivants du juge Doherty :

[TRADUCTION] Ce ne sont pas tous les pouvoirs d'application de la loi qui sont réactifs. Le devoir des policiers de prévenir le crime et de maintenir l'ordre public exige des mesures proactives de leur part . . .

Les mesures proactives de maintien de l'ordre sont, à de nombreux égards, plus efficaces que les mesures réactives.

(*Brown*, p. 246)

[83] Lorsque de telles actions préventives ne portent pas atteinte à la liberté d'un individu, la police dispose, bien sûr, d'une grande latitude. Toutefois, lorsque ces actions policières attentatoires empiètent sur la liberté individuelle, les tribunaux doivent faire preuve d'une grande prudence quant au fait de les autoriser uniquement parce qu'un acte illégal ou perturbateur pourrait être commis. Des normes vagues ou trop permissives dans de telles situations auraient pour effet d'autoriser des atteintes importantes à la liberté, qui auraient par ailleurs peu d'avantages pour la société. En règle générale, il sera plus difficile pour l'État de justifier des pouvoirs policiers invasifs qui sont de nature préventive que ceux qui sont exercés en réponse à un crime ou qui permettent de mener une enquête sur un crime commis ou en cours (*Figueiras*, par. 45; voir également *Brown*, p. 249-251).

[84] Troisièmement, l'exercice des présumés pouvoirs policiers des intimés échapperait à l'examen des tribunaux. En effet, puisque ce pouvoir d'arrestation n'entraînerait généralement pas le dépôt d'accusations, l'individu concerné n'aurait souvent pas l'occasion de contester la légalité de l'arrestation, outre une poursuite coûteuse au civil (voir J. Esmonde, « The Policing of Dissent : The Use of Breach of the Peace Arrests at Political Demonstrations » (2002), 1 *J.L. & Equality* 246, p. 254-255).

power would therefore be rare. For this reason, any standard outlined at the outset would have to be clear and highly protective of liberty.

[85] These factors demonstrate that the application of the ancillary powers doctrine to the purported police power at issue in this case must be particularly stringent at the second stage. The standard of justification will be onerous and the respondents bear a heavy burden if they are to establish that the power is reasonably necessary.

[86] This restrictive approach to justification is consistent with how courts have treated similar or related common law powers whose purpose is to prevent breaches of the peace both in this country (see *Brown; Figueiras; R. v. C.E.*, 2009 NSCA 79, 279 N.S.R. (2d) 391, at paras. 36-39) and in other common law jurisdictions (see *Bibby v. Chief Constable of Essex Police*, [2000] EWCA Civ 113; *Austin v. Metropolitan Police Comr.*, [2007] EWCA Civ 989, [2008] 1 All E.R. 564; *Laporte*).

[87] I will now turn to the application of the second stage of the ancillary powers doctrine to the particular police power at issue in the instant case.

(2) The Power to Arrest Someone Who Is Acting Lawfully in Order to Prevent an Apprehended Breach of the Peace

[88] In applying the second stage of the ancillary powers doctrine stringently in this case, it becomes clear that a police power to arrest someone who is acting lawfully in order to prevent a breach of the peace is not reasonably necessary for the fulfillment of the relevant duties.

[89] I will begin my analysis with the three factors from *MacDonald*. Regarding the importance of the duty, there is no doubt that preserving the peace and protecting people from violence are immensely important. Breaches of the peace can threaten the safety

Les tribunaux ne se pencheraient donc que rarement sur l'exercice de ce pouvoir policier. Pour cette raison, toute norme établie devrait d'entrée de jeu être claire et assurer une grande protection du droit à la liberté.

[85] Ces facteurs démontrent que la doctrine des pouvoirs accessoires au présumé pouvoir policier en cause en l'espèce doit être appliquée de manière particulièrement rigoureuse à la deuxième étape de l'analyse. La norme de justification sera sévère et les intimés devront s'acquitter d'un lourd fardeau pour démontrer que le pouvoir est raisonnablement nécessaire.

[86] Cette approche restrictive relative à la justification est conforme à la façon dont les tribunaux traitent des pouvoirs similaires en common law dont l'objet est de prévenir des violations de la paix tant dans notre pays (voir *Brown; Figueiras; R. c. C.E.*, 2009 NSCA 79, 279 N.S.R. (2d) 391, par. 36-39) que dans d'autres ressorts de common law (voir *Bibby c. Chief Constable of Essex Police*, [2000] EWCA Civ 113; *Austin c. Metropolitan Police Comr.*, [2007] EWCA Civ 989, [2008] 1 All E.R. 564; *Laporte*).

[87] Je passe maintenant à l'application de la deuxième étape de la doctrine des pouvoirs accessoires au pouvoir policier en cause en l'espèce.

(2) Le pouvoir d'arrêter un individu qui agit en toute légalité pour prévenir une violation appréhendée de la paix

[88] En appliquant rigoureusement la deuxième étape de la doctrine des pouvoirs accessoires au présent cas, il devient évident que le pouvoir d'arrêter un individu qui agit en toute légalité pour prévenir une violation de la paix n'est pas raisonnablement nécessaire pour l'accomplissement des devoirs pertinents.

[89] Je commence mon analyse par les trois facteurs établis dans l'arrêt *MacDonald*. En ce qui concerne l'importance du devoir, il ne fait aucun doute que préserver la paix et protéger les gens contre la violence sont des devoirs extrêmement importants.

and lives of individuals and can erode the public's sense of security.

[90] Concerning the necessity of the infringement for the performance of the duty, there may be exceptional circumstances in which some interference with liberty is required in order to prevent a breach of the peace.

[91] With respect to the extent of the infringement, any interference with individual liberty will be justified only insofar as it is necessary in order to prevent the breach of the peace from occurring (see *MacDonald*, at para. 39). As I mentioned earlier, an arrest is one of the most extreme intrusions on individual liberty available to the police. Where there are less invasive measures that would be effective in preventing the breach, they must be taken instead.

[92] On considering these factors, I do not see how so drastic a power as that of *arrest* can be reasonably necessary. I cannot conceive of circumstances in which a common law power of arrest will be required in order to prevent violence from occurring where there are no other means — available either at common law or in legislation — that would serve this purpose.

[93] In this regard, it is important to note the statutory powers of arrest that are already available to police officers in such situations. Section 129 of the *Criminal Code* reads:

Every one who

(a) resists or wilfully obstructs a public officer or peace officer in the execution of his duty or any person lawfully acting in aid of such an officer,

(b) omits, without reasonable excuse, to assist a public officer or peace officer in the execution of his duty in arresting a person or in preserving the peace, after having reasonable notice that he is required to do so

...

Les violations de la paix peuvent menacer la sécurité et la vie d'individus et peuvent compromettre le sentiment de sécurité du public.

[90] Pour ce qui est du caractère nécessaire de l'atteinte pour l'accomplissement du devoir, il se peut qu'il existe de rares circonstances dans lesquelles une certaine atteinte à la liberté est nécessaire pour prévenir une violation de la paix.

[91] Quant à l'ampleur de l'atteinte à la liberté individuelle, celle-ci n'est justifiée que dans la mesure où elle est nécessaire pour prévenir la violation de la paix (voir *MacDonald*, par. 39). Comme je l'ai mentionné précédemment, l'arrestation est une des mesures dont dispose la police qui porte le plus atteinte à la liberté individuelle. Ainsi, lorsque d'autres mesures moins attentatoires permettraient aussi de prévenir la violation, il faut y avoir recours.

[92] Après analyse de ces facteurs, je ne vois pas comment un pouvoir aussi draconien qu'un pouvoir d'*arrestation* pourrait être raisonnablement nécessaire. Je ne peux concevoir dans quelles circonstances un pouvoir d'arrestation en common law serait nécessaire pour prévenir un acte violent lorsqu'aucune autre mesure — autorisée par la common law et par les lois — ne permettrait d'atteindre cette fin.

[93] À cet égard, il importe de noter que les lois prévoient déjà des pouvoirs d'arrestation pour les policiers dans de telles situations. L'art. 129 du *Code criminel* mentionne notamment ce qui suit :

Quiconque, selon le cas :

a) volontairement entrave un fonctionnaire public ou un agent de la paix dans l'exécution de ses fonctions ou toute personne prêtant légalement main-forte à un tel fonctionnaire ou agent, ou lui résiste en pareil cas;

b) omet, sans excuse raisonnable, de prêter main-forte à un fonctionnaire public ou à un agent de la paix qui exécute ses fonctions en arrêtant quelqu'un ou en préservant la paix, après un avis raisonnable portant qu'il est requis de le faire;

...

is guilty of

(d) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding two years, or

(e) an offence punishable on summary conviction.

Additionally, s. 270 creates an offence for assaulting “a public officer or peace officer engaged in the execution of his duty or a person acting in aid of such an officer”. All of these offences may be prosecuted by indictment, which means that under s. 495(1)(a), an officer may arrest a person who is committing one of them without a warrant.

[94] Consequently, if an individual fails to comply with less intrusive measures taken by a police officer to avert a breach of the peace — by “resist[ing] or wilfully obstruct[ing]” the officer in the lawful execution of his or her duty, assaulting the officer, or omitting to assist the officer in preserving the peace after “having reasonable notice” of a requirement to do so — a statutory power of arrest already exists under the *Criminal Code*.

[95] The respondents’ purported power of arrest would result in serious interference with individual liberty. As a result, such an arrest cannot be justified under the ancillary powers doctrine. There is already a statutory power of arrest that can be exercised should an individual resist or obstruct an officer taking other, less intrusive measures. It is not reasonably necessary to recognize another common law power of arrest in such circumstances. Therefore, to be clear, the only available powers to arrest someone in order to prevent an apprehended breach of the peace initiated by other persons are the ones that are expressly provided for in the *Criminal Code*. In my view, these statutory powers are sufficient, and any additional common law power of arrest would be unnecessary.

[96] To the extent that the judges in the majority of the Court of Appeal concluded that Mr. Fleming’s

est coupable :

d) soit d’un acte criminel et passible d’un emprisonnement maximal de deux ans;

e) soit d’une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

En outre, l’art. 270 crée une infraction pour les voies de fait contre « un fonctionnaire public ou un agent de la paix agissant dans l’exercice de leurs fonctions, ou une personne qui leur prête main-forte ». Toutes ces infractions peuvent être punissables par mise en accusation, de sorte qu’un agent peut arrêter sans mandat en vertu de l’al. 495(1)a) la personne qui commet l’une ou l’autre de ces infractions.

[94] En conséquence, lorsqu’un individu ne se conforme pas à des mesures policières moins intrusives visant à empêcher une violation de la paix — en faisant « volontairement entrave » au travail de l’agent qui agit dans l’exercice légitime de ses fonctions, en l’agressant ou en ne l’aidant pas à préserver la paix après « un avis raisonnable portant qu’il est requis de le faire » —, le *Code criminel* prévoit déjà un pouvoir statuaire d’arrestation.

[95] Le pouvoir d’arrestation proposé par les intimés porterait gravement atteinte à la liberté individuelle. Ainsi, une telle arrestation ne peut être justifiée au regard de la doctrine des pouvoirs accessoires. Il existe déjà un pouvoir d’arrestation statuaire qui peut être exercé si un individu résiste ou fait entrave au travail d’un policier qui recourt à d’autres mesures moins intrusives. Il n’est pas raisonnablement nécessaire qu’un autre pouvoir d’arrestation soit reconnu en common law dans ces circonstances. Donc, pour être claire, les seuls pouvoirs d’arrestation d’un individu dont disposent les policiers pour prévenir une violation appréhendée de la paix initiée par d’autres individus sont les pouvoirs qui sont expressément prévus au *Code criminel*. À mon avis, ces pouvoirs d’arrestation statutaires suffisent et tout autre pouvoir d’arrestation que pourrait reconnaître la common law serait inutile.

[96] Dans la mesure où les juges majoritaires de la Cour d’appel ont conclu que l’arrestation de

arrest was justified under the ancillary powers doctrine because it had been effective in preventing any breach of the peace from occurring, they were respectfully in error. Nordheimer J.A. stated:

The trial judge faults the officers for not instituting a buffer zone between the respondent and the protestors and for not calling for backup from other available officers, as alternatives to arresting the respondent. While both of these routes were available, the basis for the trial judge's criticism of the officers is unclear. There was no need to institute a buffer zone if the matter could be addressed by removing the respondent as the source of the friction. Further, there is no reason to believe that a buffer zone of six or seven officers against eight to ten rushing protestors (with others available to join that group) would have been effective or whether it would have simply resulted in a larger confrontation. Similarly, there was no reason to call for backup, and run the risk of inflaming tensions by such a show of force if, again, the matter could be addressed by removing the respondent. [para. 57]

[97] Firstly, the argument that Mr. Fleming's arrest was effective in preventing violence is not very persuasive, given the trial judge's finding that there was not a real risk of such violence (A.R., vol. I, at p. 49). In other words, Mr. Fleming's arrest cannot be said to have prevented violence if violence was unlikely to occur even had he not been arrested.

[98] Secondly, the mere fact that a police action was effective cannot be relied upon to justify its being taken if it interfered with an individual's liberty. For an intrusion on liberty to be justified, the common law rule is that it must be "reasonably necessary". If the police can reasonably attain the same result by taking an action that intrudes less on liberty, a more intrusive measure will not be reasonably necessary no matter how effective it may be. An intrusion upon liberty should be a measure of last resort, not a first option. To conclude otherwise would be generally to sanction actions that infringe the freedom of individuals significantly as long as

M. Fleming était justifiée en application de la doctrine des pouvoirs accessoires parce qu'elle avait été efficace pour prévenir une violation de la paix, j'estime qu'ils avaient tort. Le juge Nordheimer a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] La juge du procès reproche aux policiers de ne pas avoir établi de zone tampon entre l'intimé et les manifestants et de ne pas avoir demandé de renforts au lieu d'arrêter l'intimé. Bien que les policiers aient pu recourir à ces deux options, le fondement des critiques de la juge du procès n'est pas clair. Il n'y avait pas lieu d'établir une zone tampon si l'affaire pouvait être réglée par l'expulsion de l'intimé, qui était la source des tensions. De plus, il n'y a aucune raison de croire qu'une zone tampon de six ou sept agents contre huit à dix manifestants qui approchaient rapidement (en plus des autres qui étaient prêts à rejoindre le groupe) aurait été efficace, ni aucune façon de savoir si elle n'aurait pas simplement donné lieu à une plus grande confrontation. De même, il n'y avait aucune raison de demander des renforts et de courir le risque d'aggraver la situation par une telle démonstration de force si, encore une fois, l'affaire pouvait être réglée par l'expulsion de l'intimé. [par. 57]

[97] Premièrement, l'argument selon lequel l'arrestation de M. Fleming avait été efficace pour prévenir la violence n'est pas très convaincant étant donné les conclusions de la juge du procès selon lesquelles il n'y avait pas de risque réel d'une telle violence (d.a., vol. I, p. 49). Autrement dit, on ne peut pas affirmer que l'arrestation de M. Fleming a permis de prévenir des actes de violence s'il était improbable que de tels actes soient commis, même s'il n'avait pas été arrêté.

[98] Deuxièmement, on ne peut se fonder sur le simple fait qu'une action policière ait été efficace pour justifier qu'elle ait été prise si elle a porté atteinte à la liberté d'un individu. Pour qu'une telle atteinte soit justifiée, la common law exige qu'elle soit « raisonnablement nécessaire ». Si les policiers peuvent raisonnablement atteindre le même résultat en prenant une mesure qui porte moins atteinte à la liberté, une mesure plus intrusive ne sera pas raisonnablement nécessaire, quelle que soit son efficacité. Une atteinte à la liberté devrait être une mesure de dernier recours et non la première option choisie par les autorités. Conclure autrement aurait pour

they are effective. That is a recipe for a police state, not a free and democratic society.

[99] The courts have held that police powers that involve interference with liberty will not be justified if they are *ineffective* at preventing breaches of the peace. For example, in *Figueiras*, the Ontario Court of Appeal said: “If the interference with individual rights bears no rational connection to the duty being performed or is not effective in furthering the police duty, then surely it is not a ‘necessary’ interference” (para. 93). This is not the same as saying that any powers are justified if they are effective.

[100] As Binnie J. stated in his concurring reasons in *Clayton*, “[w]hile the effectiveness itself of police action does not confer legitimacy, the *absence* of likely effectiveness would argue strongly against a valid blockade” (para. 99 (emphasis in original)). Thus, the respondents cannot rely merely on the fact that arresting Mr. Fleming was effective in order to establish that doing so was justified.

E. *Was Mr. Fleming’s Arrest Lawful?*

[101] In light of the above conclusion, Mr. Fleming’s arrest on May 24, 2009, was not authorized at common law.

[102] Because there is no common law power to arrest someone who is acting lawfully in order to prevent an apprehended breach of the peace, the officers in this case did not have lawful authority to arrest Mr. Fleming. The trial judge specifically found that Mr. Fleming had not done anything unlawful before being arrested; there was no evidence before her that he had committed any offence in walking along Argyle Street, entering D.C.E. property or standing there with his Canadian flag (A.R., vol. I, at pp. 66-67). Nor was there evidence that he had himself been about to commit an indictable offence or a breach of the peace. The respondents have not

effet d’autoriser généralement des actions qui portent considérablement atteinte à la liberté des individus, tant qu’elles sont efficaces. Il s’agirait d’une recette pour un État policier et non pour une société libre et démocratique.

[99] Selon la jurisprudence, les pouvoirs policiers qui entraînent une atteinte à la liberté ne sont pas justifiés lorsqu’ils *ne permettent pas* de prévenir des violations de la paix. Par exemple, dans l’arrêt *Figueiras*, la Cour d’appel de l’Ontario a déclaré ce qui suit : [TRADUCTION] « Si l’atteinte aux droits individuels n’a pas de lien rationnel avec le devoir accompli ou ne permet pas de favoriser l’accomplissement du devoir policier, il ne s’agit manifestement pas d’une atteinte “nécessaire” » (par. 93). Cela est différent de l’affirmation selon laquelle tous les pouvoirs sont justifiés pourvu qu’ils soient efficaces.

[100] Comme le juge Binnie l’a mentionné dans ses motifs concordants dans l’arrêt *Clayton* : « Même si, en soi, l’efficacité d’une intervention policière ne lui confère pas de légitimité, l’*absence* de toute chance de succès milite sérieusement contre sa validité » (par. 99 (en italique dans l’original)). Ainsi, les intimés ne peuvent pas se fonder uniquement sur l’efficacité de l’arrestation de M. Fleming pour la justifier.

E. *L’arrestation de M. Fleming était-elle légale?*

[101] Compte tenu de la conclusion que j’ai tirée précédemment, l’arrestation de M. Fleming le 24 mai 2009 n’était pas autorisée en common law.

[102] Comme il n’existe aucun pouvoir en common law d’arrêter un individu qui agit en toute légalité pour prévenir une violation appréhendée de la paix, les policiers n’avaient pas l’autorité légale d’arrêter M. Fleming en l’espèce. La juge du procès a spécifiquement conclu que M. Fleming n’avait rien fait d’illégal avant d’être arrêté; aucune preuve dans le dossier ne démontrait qu’il avait commis une infraction en marchant le long de la rue Argyle, en pénétrant sur les terres des D.D.C. ou en se trouvant debout avec son drapeau canadien (d.a., vol. I, p. 66-67). Aucune preuve ne démontrait non plus qu’il était lui-même sur le point de commettre un

sought to challenge this finding on appeal, nor have they cited or relied on any statutory power to arrest Mr. Fleming. They do not claim that the arrest was authorized pursuant to s. 129, s. 270, s. 495(1)(a) or any other provision of the *Criminal Code*. They rely *entirely* on a common law power to arrest someone who is acting lawfully in order to prevent an apprehended breach of the peace by other persons — a power that I have found to be non-existent.

[103] One purported error by the trial judge — relied on by both the majority of the Court of Appeal and the respondents in this appeal to challenge her conclusion that Mr. Fleming’s arrest was not lawful — lies in her comments that the flag rally was not an “Aboriginal Critical Incident” and that the O.P.P. was wrong to apply the Aboriginal Critical Incidents Framework in developing its operational plan. Some of the trial judge’s comments in referring to the O.P.P.’s use of the framework and her criticism of the O.P.P.’s consultation with local Indigenous groups were unfortunate and unwarranted.

[104] That being said, it is my view that this purported error is largely irrelevant to the central legal issues in this case. How the O.P.P. characterized the event in advance has no impact on the question of whether the respondents’ actions in arresting Mr. Fleming were lawful. I agree with Huscroft J.A. that any error on the trial judge’s part in this regard could not be legally relevant, because:

Nothing follows from it: the O.P.P.’s policy had no special status in law. Even assuming that the trial judge erred — assuming that the flag rally was an “Aboriginal Critical Incident” and the police were following the policy they had established — the lawfulness of Mr. Fleming’s arrest [did] not [depend] on whether it complied with police policy . . . [para. 82]

acte criminel ou de violer la paix. Les intimés n’ont pas cherché à contester cette conclusion en appel et n’ont pas non plus invoqué de pouvoir statutaire, ni ne se sont fondés sur un tel pouvoir, pour arrêter M. Fleming. Ils ne soutiennent pas que l’arrestation était autorisée par les art. 129, 270 ou l’al. 495(1)a) ou par quelque autre disposition du *Code criminel*. Ils se fondent *entièrement* sur un pouvoir de common law d’arrêter un individu qui agit en toute légalité pour prévenir une violation appréhendée de la paix par d’autres individus — un pouvoir qui, comme je l’ai conclu, n’existe pas.

[103] Une erreur qu’aurait commise la juge du procès et sur laquelle tant les juges majoritaires de la Cour d’appel que les intimés au présent pourvoi se sont fondés pour contester sa conclusion selon laquelle l’arrestation de M. Fleming n’était pas légale découle de ce qu’elle a mentionné que le rallye du drapeau n’était pas un « incident critique concernant les Autochtones » et que la P.P.O. avait eu tort d’appliquer le Cadre en cas d’incident critique concernant les Autochtones dans l’élaboration de son plan opérationnel. Certains commentaires de la juge du procès concernant l’utilisation de ce Cadre par la P.P.O. ainsi que ses critiques à l’égard de la consultation des groupes autochtones locaux par la P.P.O. étaient maladroits et injustifiés.

[104] Cela dit, je suis d’avis que cette prétendue erreur est très peu pertinente en ce qui concerne les questions de droit centrales en l’espèce. La manière dont la P.P.O. a catégorisé l’événement à l’avance n’a pas d’incidence sur la légalité de l’arrestation de M. Fleming par les intimés. Je suis d’accord avec le juge Huscroft pour dire que toute erreur de la part de la juge du procès à cet égard ne pouvait être juridiquement pertinente pour les raisons suivantes :

[TRADUCTION] Rien n’en découle : la politique de la P.P.O. n’avait aucun statut légal spécial. Même en supposant que la juge du procès a commis une erreur — donc en tenant pour acquis que le rallye du drapeau était un « incident critique concernant les Autochtones » et que la police suivait la politique qu’elle avait établie —, la légalité de l’arrestation de M. Fleming ne dépendait pas de sa conformité à la politique de la police . . . [par. 82]

[105] The conclusion that the respondents' purported common law power of arrest does not exist is on its own sufficient for this Court to allow the appeal, as it leads inevitably to the result that the respondents had no authority at common law to arrest Mr. Fleming in the circumstances of this case. As no other legal authority was proposed for the arrest, it was therefore unlawful.

[106] At the hearing of this appeal, however, the question arose whether the police have the power to require a person to temporarily move out of immediate harm's way in fulfillment of their common law duty to protect life. This discussion concerned an unlikely, but conceivable, situation in which an angry mob is about to attack someone who is lawfully exercising his or her freedom of speech and the person refuses to voluntarily accompany a lone police officer at the scene. Counsel for Mr. Fleming accepted that such a power "must be able to exist in certain type[s] of restricted circumstances" (transcript, at p. 10).

[107] Over the years, some courts have recognized that a common law police power short of arrest may exist "in truly extreme and exceptional circumstances" for the purpose of preventing an imminent breach of the peace (*Austin*, at para. 119). Stringent standards have been developed to ensure that any such substantial police interference with a person's liberty was demonstrably and reasonably necessary. The limited number of cases on this subject show that the exercise of such powers, if they exist, will generally not be found to be reasonably necessary unless, at a minimum, the apprehended breach of the peace is imminent, the risk of violence is sufficiently serious, the risk of it occurring is substantial, and no less intrusive measures are reasonably available (see the Irish case of *O'Kelly v. Harvey* (1883), 14 L.R.I. 105 (C.A.), at p. 109, and the decision of the House of Lords in *Laporte*, at paras. 62, 66, 68-69, 101-2, 114 and 141). Additionally, it must be demonstrated that the exercise of the power can in fact be effective in preventing the breach of the peace (see *Figueiras*, at para. 93).

[105] La conclusion selon laquelle les pouvoirs des intimés supposément reconnus par la common law n'existent pas suffit, à elle seule, pour que la Cour accueille l'appel, puisqu'elle mène inévitablement au résultat que les intimés ne disposaient d'aucun pouvoir en common law d'arrêter M. Fleming dans les circonstances de la présente affaire. Comme les intimés n'ont invoqué aucun autre fondement pour justifier l'arrestation, elle était illégale.

[106] Toutefois, lors de l'audition du présent pourvoi, il a été question de savoir si les policiers ont le pouvoir d'exiger qu'une personne s'éloigne temporairement du danger immédiat pour s'acquitter de leur devoir de common law de protéger la vie. Cette discussion concernait une situation improbable, mais concevable, dans laquelle une foule en colère est sur le point d'attaquer une personne qui exerce légalement sa liberté d'expression et qui refuse d'accompagner volontairement un policier seul sur les lieux. L'avocat de M. Fleming a reconnu qu'un tel pouvoir [TRADUCTION] « doit pouvoir exister dans certains types de circonstances restreintes » (transcription, p. 10).

[107] Au fil des ans, certains tribunaux ont reconnu qu'un pouvoir policier de common law, moins sévère que l'arrestation, peut exister [TRADUCTION] « dans des circonstances vraiment extrêmes et exceptionnelles » dans le but de prévenir une violation imminente de la paix (*Austin*, par. 119). Des normes rigoureuses ont été élaborées pour s'assurer que toute atteinte policière aussi importante à la liberté d'une personne était manifestement et raisonnablement nécessaire. Le nombre limité de causes sur ce sujet démontre que l'exercice de tels pouvoirs, s'ils existent, ne sera généralement pas jugé raisonnablement nécessaire à moins que, minimalement, la violation appréhendée de la paix soit imminente, le risque de violence soit suffisamment grave, le risque que la violence survienne soit important et que les policiers ne puissent raisonnablement recourir à aucune mesure moins intrusive (voir l'affaire irlandaise *O'Kelly c. Harvey* (1883), 14 L.R.I. 105 (C.A.), p. 109, et la décision de la Chambre des Lords dans *Laporte*, par. 62, 66, 68-69, 101-102, 114 et 141). En outre, il doit être démontré que l'exercice du pouvoir peut de fait être efficace pour prévenir la violation de la paix (voir *Figueiras*, par. 93).

[108] It is neither necessary nor advisable for this Court to comment on whether, when fulfilling their duties of preserving the peace, preventing crime, and protecting life and property, the police may have some other common law powers short of arrest to prevent an apprehended breach of the peace. The instant case was not advanced on the basis that such a power exists at common law in Canada. Any such power is clearly not the power the respondents exercised against Mr. Fleming in the instant case: they intended to arrest Mr. Fleming, and that is plainly what they did. There is no dispute on this point. Therefore, it is not necessary to determine whether such powers exist and whether one of them would have been available to the respondents in the circumstances of this case.

[109] Further, in Canada, because any such hypothetical power would infringe on individual liberty (see *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, at para. 25), it would also need to be justified under the ancillary powers doctrine. It would be inconsistent with the cautious and restrained approach to common law police powers that courts are required to take if we were to recognize this power in this case on the basis of hypothetical scenarios. I would therefore leave the recognition of such a power, if one exists, either to Parliament or to a court hearing a case in which the power is raised squarely on the facts.

F. *The Breach of Mr. Fleming's Right Under Section 2(b) of the Charter*

[110] The trial judge held that the actions of the police had violated Mr. Fleming's right to freedom of expression by preventing him from taking part in the flag rally and expressing his views about contentious political issues in his community. The respondents have not challenged this conclusion specifically other than by endorsing the Court of Appeal's conclusion that Mr. Fleming's arrest was lawful. I will only make a few additional comments on this issue.

[108] Il n'est ni nécessaire ni souhaitable que la Cour formule des commentaires sur l'existence ou non de pouvoirs hypothétiques en common law, moins sévères que l'arrestation, auxquels pourraient recourir les policiers lorsqu'ils s'acquittent de leurs devoirs de maintenir la paix, de prévenir le crime et de protéger la vie des personnes et les biens, pour prévenir une violation appréhendée de la paix. La présente cause n'a pas été présentée sur la base de l'existence d'un tel pouvoir en common law au Canada. Un tel pouvoir n'est clairement pas le pouvoir que les intimés ont exercé contre M. Fleming dans la présente affaire; ils entendaient mettre M. Fleming en état d'arrestation et c'est clairement ce qu'ils ont fait. Cette question ne fait l'objet d'aucun débat. Il n'est donc pas nécessaire que nous déterminions l'existence de tels pouvoirs et la possibilité pour les intimés d'y recourir dans les circonstances de la présente affaire.

[109] En outre, au Canada, puisque tout pouvoir hypothétique de ce type porterait atteinte à la liberté individuelle (voir *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, par. 25), il devrait également être justifié au regard de la doctrine des pouvoirs accessoires. Il ne serait pas compatible avec l'approche prudente et mesurée que les tribunaux sont tenus d'adopter en matière de reconnaissance de pouvoirs policiers en common law que nous ayons à reconnaître ce pouvoir en l'espèce sur le fondement de scénarios hypothétiques. Je laisserais donc le soin au législateur ou au tribunal saisi d'une cause où la question de ce pouvoir sera clairement soulevée compte tenu des faits en cause de le reconnaître, s'il en existe un.

F. *L'atteinte au droit garanti à M. Fleming par l'al. 2b) de la Charte*

[110] La juge du procès a conclu que l'intervention policière avait porté atteinte au droit à la liberté d'expression de M. Fleming, parce qu'elle l'avait empêché de prendre part au rallye du drapeau et d'exprimer son point de vue sur les questions politiques litigieuses dans sa collectivité. Les intimés n'ont pas contesté cette conclusion spécifiquement, autrement qu'en appuyant la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle l'arrestation de M. Fleming était légale. Je ne formulerai que quelques commentaires additionnels à cet égard.

[111] The ancillary powers doctrine has been applied by this Court previously in the context of *Charter* rights that are qualified by the language used in the *Charter* itself — such as the right to be secure against *unreasonable* search and seizure as provided for in s. 8 or the right not to be *arbitrarily* detained as provided for in s. 9. The Court has held that, where a police action is authorized by the common law, there is no infringement of these *Charter* rights, because the internal limits of the rights are respected. For example, a lawful detention pursuant to a common law power was held not to be *arbitrary* for the purposes of s. 9 in *Clayton and Mann*; likewise, a lawful search pursuant to a common law power was held not to be *unreasonable* for the purposes of s. 8 in *MacDonald*. The internal limits of those rights require that the police conduct be authorized by law, which can include the common law. Provided that the remaining criteria of the applicable internal limits are satisfied, there will be no *Charter* breach, and therefore no need to justify a breach pursuant to s. 1.

[112] However, some of the interveners in this appeal are suggesting — as the Ontario Court of Appeal did in *Figueiras*, at para. 53 — that the analysis is different in the case of rights that are guaranteed by the *Charter* in unqualified language, such as the right to freedom of expression under s. 2(b) (see P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), vol. 2, at p. 43-6). These interveners argue that the ancillary powers doctrine is insufficient to demonstrate the absence of a *Charter* breach where such rights are limited by police powers, since the language of the relevant *Charter* provisions does not restrict infringements to “unreasonable” or “arbitrary” state action. They submit that, where a common law police power limits freedom of expression, the state would still be required to justify the limit under s. 1 of the *Charter* by means of the familiar test from *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. In their opinion, the fact that the limit is authorized by the common law — and is therefore “prescribed by law” (see *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at pp. 978-79) — does not mean that the limit can

[111] La doctrine des pouvoirs accessoires a déjà été appliquée par la Cour dans le contexte de droits garantis par la *Charte* qui comportent des limites énoncées dans le libellé même des dispositions pertinentes — c’est le cas notamment du droit de ne pas être assujéti à des fouilles et saisies *abusives* garanti par l’art. 8 ou de celui de ne pas être détenu *arbitrairement* prévu à l’art. 9. La Cour a jugé que, lorsqu’une intervention policière est autorisée par la common law, il n’y a pas d’atteinte à ces droits garantis par la *Charte*, parce que leur limite intrinsèque est respectée. Par exemple, il a été jugé dans les arrêts *Clayton* et *Mann* qu’une détention légale en vertu d’un pouvoir reconnu par la common law n’était pas *arbitraire* aux termes de l’art. 9; de même, il a été jugé dans l’arrêt *MacDonald* qu’une fouille légale menée en vertu d’un pouvoir conféré par la common law n’était pas *abusive* aux termes de l’art. 8. Les limites intrinsèques de ces droits exigent que la conduite policière soit autorisée par la loi, ce qui peut inclure la common law. Dans la mesure où les autres critères des limites intrinsèques applicables sont respectés, il n’y a pas atteinte aux droits garantis par la *Charte* et il n’est pas nécessaire de la justifier au regard de l’article premier.

[112] Cependant, certains des intervenants dans le présent pourvoi — ainsi que la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *Figueiras*, au par. 53 — laissent entendre que l’analyse est différente lorsque les droits en jeu garantis par la *Charte* ne comportent pas de limites intrinsèques, comme le droit à la liberté d’expression prévu à l’al. 2b) (voir P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), vol. 2, p. 43-6). Selon ces intervenants, la doctrine des pouvoirs accessoires est insuffisante pour démontrer l’absence d’une violation de la *Charte* lorsque les droits qu’elle protège sont restreints par des pouvoirs des policiers, puisque le libellé des dispositions pertinentes de la *Charte* ne limite pas les atteintes aux mesures prises par l’État qui sont « abusives » ou « arbitraires ». Ils plaident que, lorsqu’un pouvoir policier reconnu par la common law limite la liberté d’expression, l’État est tout de même tenu de justifier l’atteinte au regard de l’article premier de la *Charte*, en appliquant le test bien connu établi dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. À leur avis, le fait que la restriction soit autorisée par la common law — et qu’elle soit

be demonstrably justified in a free and democratic society.

[113] It is unnecessary to resolve this issue in this case. Given that the actions that limited Mr. Fleming’s freedom of expression were not authorized at common law, they were not “prescribed by law” and therefore cannot possibly be justified under s. 1 (see *Clayton*, at para. 19, per Abella J., and at para. 80, per Binnie J.). The issue of whether the *Oakes* test must be applied in order to justify a limit on a s. 2(b) right where the limiting action is the valid exercise of a common law police power is best left for another case in which it arises squarely and is fully argued.

G. *Excessive Force*

[114] The majority of the Ontario Court of Appeal, having found that Mr. Fleming’s arrest was lawful, ordered a new trial solely on the issue of whether the respondents had used excessive force. In light of my earlier conclusions, a new trial on this issue is not warranted.

[115] Section 25(1) of the *Criminal Code* states:

Every one who is required or authorized by law to do anything in the administration or enforcement of the law

...

(b) as a peace officer or public officer,

...

is, if he acts on reasonable grounds, justified in doing what he is required or authorized to do and in using as much force as is necessary for that purpose.

ainsi « prescrite par une règle de droit » (voir *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, p. 978-979) — ne veut pas dire qu’il peut être démontré qu’elle est justifiée dans une société libre et démocratique.

[113] Il n’est pas nécessaire de résoudre cette question en l’espèce. Puisque les actes qui ont porté atteinte à la liberté d’expression de M. Fleming n’étaient pas autorisés en common law, ils n’étaient pas « prescrits par une règle de droit » et ne peuvent donc pas se justifier au regard de l’article premier (voir *Clayton*, par. 19, la juge Abella, et par. 80, le juge Binnie). La question de savoir s’il faut appliquer le critère établi dans l’arrêt *Oakes* pour justifier les atteintes au droit garanti par l’al. 2b) lorsque les actes qui restreignent la liberté font partie de l’exercice valide d’un pouvoir policier en common law est une question qu’il sera préférable d’aborder dans un autre cas où elle sera directement soulevée et entièrement débattue.

G. *Force excessive*

[114] Les juges majoritaires de la Cour d’appel de l’Ontario, ayant conclu que l’arrestation de M. Fleming était légale, ont ordonné la tenue d’un nouveau procès uniquement sur la question de savoir si les intimés avaient employé une force excessive. Compte tenu de mes conclusions, la tenue d’un nouveau procès sur cette question n’est pas justifiée.

[115] Le paragraphe 25(1) du *Code criminel* est ainsi libellé :

Quiconque est, par la loi, obligé ou autorisé à faire quoi que ce soit dans l’application ou l’exécution de la loi :

...

b) soit à titre d’agent de la paix ou de fonctionnaire public;

...

est, s’il agit en s’appuyant sur des motifs raisonnables, fondé à accomplir ce qu’il lui est enjoint ou permis de faire et fondé à employer la force nécessaire pour cette fin.

[116] This section authorizes police officers to use “as much force as is necessary” in the execution of their duties. It affords them a defence to a claim of battery, provided that the section’s requirements are satisfied. The provision will not shield officers from liability if the force they used is found to be excessive.

[117] However, police officers cannot rely on s. 25(1) to justify the use of force if they had no legal authority — either under legislation or at common law — for their actions (see *Figueiras*, at para. 147; Coughlan and Luther, at p. 32).

[118] Because the respondents were not authorized at common law to arrest Mr. Fleming, no amount of force would have been justified for the purpose of accomplishing that task. They were not doing what they were “required or authorized to do” within the meaning of s. 25(1).

[119] As a result, no new trial is needed on the issue of excessive force. There is no basis for intervening in the trial judge’s conclusion that the respondents were liable for battery for their use of force in unlawfully arresting Mr. Fleming.

VI. Conclusion

[120] For the foregoing reasons, I would allow the appeal, set aside the order of the Ontario Court of Appeal and restore the trial judge’s order. Costs are awarded throughout: costs in this Court and the agreed-upon trial and appeal costs of \$151,000 and \$48,000 respectively.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Gowling WLG (Canada), Hamilton.

Solicitor for the respondents: Attorney General of Ontario, Toronto.

[116] Ce paragraphe autorise les policiers à employer la « force nécessaire » dans l’exécution de leurs devoirs. Il leur fournit un moyen de défense contre des accusations de voies de fait, à condition qu’il soit satisfait aux exigences qui y sont énoncées. Cette disposition ne les met toutefois pas à l’abri de leur responsabilité si la force qu’ils ont utilisée est jugée excessive.

[117] Les policiers ne peuvent toutefois pas se fonder sur le par. 25(1) pour justifier le recours à la force s’ils n’avaient pas le pouvoir — reconnu par une loi ou par la common law — d’agir comme ils l’ont fait (voir *Figueiras*, par. 147; Coughlan et Luther, p. 32).

[118] Comme les intimés n’étaient pas autorisés par la common law à arrêter M. Fleming, aucune force n’aurait été justifiée aux fins d’accomplir cette tâche. Ils n’étaient pas en train de s’acquitter de ce qu’ils étaient « obligé[s] ou autorisé[s] à faire » au sens où il faut l’entendre pour l’application du par. 25(1).

[119] En conséquence, la tenue d’un nouveau procès n’est pas nécessaire pour examiner la question de l’utilisation d’une force excessive. Il n’y a aucune raison de modifier la conclusion de la juge du procès selon laquelle les intimés étaient responsables de voies de fait pour avoir utilisé la force lors de l’arrestation illégale de M. Fleming.

VI. Conclusion

[120] Pour les motifs qui précèdent, j’accueillerais le pourvoi, j’annulerais l’ordonnance de la Cour d’appel de l’Ontario et je rétablirais l’ordonnance de la juge du procès. Les dépens sont accordés devant toutes les cours, à savoir ceux devant cette Cour, ainsi que ceux pour le procès et l’appel, dont les parties ont convenu, soit 151 000 \$ et 48 000 \$ respectivement.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l’appelant : Gowling WLG (Canada), Hamilton.

Procureur des intimés : Procureur général de l’Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.

Procureur de l'intervenante la procureure générale du Québec : Procureure générale du Québec, Québec.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Dewart Gleason, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Dewart Gleason, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Louis P. Strezos and Associate, Toronto; Greenspan Humphrey Weinstein, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Louis P. Strezos and Associate, Toronto; Greenspan Humphrey Weinstein, Toronto.

Solicitor for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police: City of Vancouver, Law Department, Vancouver.

Procureur de l'intervenante l'Association canadienne des chefs de police : City of Vancouver, Law Department, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian Association for Progress in Justice: Norton Rose Fulbright Canada, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Canadian Association for Progress in Justice : Norton Rose Fulbright Canada, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian Constitution Foundation: McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Canadian Constitution Foundation : McCarthy Tétrault, Toronto.