

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

136-22-CA

SCOTT MORRISON

APPELLANT

- and -

HIS MAJESTY THE KING

RESPONDENT

Morrison v. R., 2024 NBCA 54

CORAM:

The Honourable Chief Justice Richard
The Honourable Justice Baird
The Honourable Justice LaVigne

Appeal from a decision of the Provincial Court:
December 22, 2022 (conviction)

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard and judgment rendered:
October 10, 2023

Reasons delivered:
April 18, 2024

Counsel at hearing:

For the appellant:
Ben Reentovich

For the respondent:
Patrick McGuinty and
Joanne Park

SCOTT MORRISON

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LE ROI

INTIMÉ

Morrison c. R., 2024 NBCA 54

CORAM :

l'honorable juge en chef Richard
l'honorable juge Baird
l'honorable juge LaVigne

Appel d'une décision de la Cour provinciale :
le 22 décembre 2022 (déclaration de culpabilité)

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu et jugement rendu :
le 10 octobre 2023

Motifs déposés :
le 18 avril 2024

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :
Ben Reentovich

Pour l'intimé :
Patrick McGuinty et
Joanne Park

THE COURT

On October 10, 2023, the appeal was allowed, the convictions were set aside, and the proceedings in the underlying matter were stayed. These are the reasons for this decision.

LA COUR

Le 10 octobre 2023, l'appel a été accueilli, les déclarations de culpabilité ont été annulées et l'instance dans l'affaire sous-jacente a été suspendue. Voici les motifs de cette décision.

The judgment of the Court was delivered by

RICHARD, C.J.N.B.

I. Introduction

[1] The law identifies two main reasons to consider the unusual and severe action of halting a criminal prosecution due to abuse of process (see *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309, and the cases cited therein, especially *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297). The primary reason is when the actions of the state affect the fairness of the trial and no other remedy can cure the unfairness. The secondary, or residual, reason involves situations where the actions threaten the credibility of the justice system itself.

[2] In this case, the abuse of process was particularly blatant, stemming from a judge's improper conduct. This occurred when the judge, while deliberating on a pre-trial matter, had unauthorized discussions with two police officers to gain more information about the case. Both officers provided information, not realizing their actions were inappropriate. The discovery of these discussions led to a request to stay the proceedings. This was denied, and the accused was found guilty of multiple offences. At the close of the hearing of an appeal against conviction on the sole ground the motion judge erred in not staying the proceedings, I joined my colleagues and ruled that the appeal should be allowed, the convictions set aside and the proceedings stayed. These are the reasons that compelled me to do so.

II. Background

[3] Although the factual background is disturbing, it is not complicated.

[4] Mr. Morrison was charged with several offences and was tried in the Provincial Court. During the proceedings, a blended *voir dire*/trial was held to determine

whether some of Mr. Morrison's *Charter*-protected rights had been violated and, if so, whether items of evidence should be excluded. At the close of the arguments presented on the *voir dire*, the trial judge reserved his decision. He ultimately determined there had been no violation of Mr. Morrison's *Charter* rights and therefore ruled the impugned evidence to be admissible at trial. The trial resumed with counsel's final arguments, and, again, the judge reserved his decision.

[5] Before the trial judge's decision was delivered, Crown counsel informed Mr. Morrison's lawyer that certain information that had just come to his attention. Specifically, he disclosed that, after submissions had been made on the *voir dire*, the judge had personally contacted both a witness in the proceeding and the affiant of an Information to Obtain a search warrant ("ITO") seeking to obtain from them additional information regarding the case. This caused defence counsel to apply for a stay of proceedings and for an order that the judge recuse himself from the proceedings.

[6] At the hearing of this application, the trial judge determined that, since the misconduct alleged was his own, he could not rule on a motion for a stay of proceedings; however, he agreed he ought to recuse himself and therefore declared a mistrial. In doing so, he stated as follows:

With respect to these matters counsel for the accused applicant Scott Morrison has filed a notice of application dated and filed on September 27, 2022 in which he seeks a stay of proceedings pursuant to s. 24(1) of the *Charter*. The basis of his application is that I had contact after the conclusion of the hearing of the evidence with a witness and the affiant in the information to obtain before the Court. Counsel for the accused suggests that my contact was in relation to the issue of standing to challenge the search of the vehicle on the *Charter voir dire*. He also asks that I recuse myself as he suggests that I cannot impartially adjudicate the matter. My intention was simply to clarify an apparent inconsistency in an exhibit and ultimately, I did not use any information provided to me in the conversation described in the application in rendering my decision on the *Charter voir dire* and in fact I did find that the accused applicant had standing to advance the *Charter* issue that is the challenge to the search of the vehicle which is patently

clear in my decision rendered on July 28th 2022. [Emphasis added.]

[7] Before the matter was to resume before another judge, Mr. Morrison filed a new application for a stay of proceedings.

[8] At the hearing, presided over by a different judge (the “motion judge”), testimony was provided by the two police officers involved – the witness from the *voir dire* proceedings and the officer who had sworn the ITO. The former, with 11 years of policing experience, testified that, on the day the decision on the *voir dire* was due, the trial judge personally contacted him on his cell phone. This inquiry was about licence plates and vehicle identification numbers (VINs). At the time, the officer was vacationing at a campground with his family and did not have access to the requested information. However, he shared an observation about the occasional practice of swapping plates on vehicles to evade police detection. Following this, the trial judge requested the contact information of his partner, which he provided. The ITO affiant, with nearly 15 years of service in the police force, testified that she was alerted by the first officer through a text message that the trial judge wished to discuss the Morrison case with her. Before she could reply, the judge contacted her directly. Given her proximity to the courthouse, she went to meet the judge in his chambers. There, the judge inquired about the relationship between VINs and licence plates, to which she responded.

[9] Alarming, these seasoned officers did not initially recognize the inappropriateness of their discussions with the trial judge. The matter only surfaced when the officer who had testified at the *voir dire* casually mentioned the judge’s call during a separate conversation with another Crown counsel. Acting responsibly, this counsel informed her colleague handling the Morrison case, who then reached out to both officers for confirmation of the events. This prompted a moment of realization for the officers, as they recognized the impropriety of their interactions with the judge. On the instructions of Crown counsel, they amended their reports to include the details of these conversations. These amended documents were swiftly provided to Mr. Morrison’s counsel.

[10] The motion judge dismissed Mr. Morrison's motion for a stay of proceedings. The judge quite properly recognized *Babos* as the leading authority on the matter. He categorized the case as falling within the residual category, appropriately explaining that any trial unfairness in the matter would be cured by a new trial. Applying the *Babos* requirements for the justification of a stay under the residual category, the judge concluded that a stay of proceedings was not necessary for the justice system to disassociate itself from the improper conduct that occurred in this matter. As the motion judge's reasons were delivered orally, and are not reported, I consider it important to reproduce his words at length:

And I think in this situation, it's been official in these circumstances to consider the different interests at play. First of all, looking at the nature and seriousness of the impugned conduct. I think everyone is in agreement that what the trial Judge did was wrong.

It is not for me to delve into his conduct in great detail. He has been suspended and further discipline proceedings may result in more sanctions and possibly could be more severe sanctions than what has been levied thus far but that's unknown at this point. I think we can agree, as I said, that the Judge was wrong. There's a question of the degree to his actions. As mentioned, I don't think there was any ill will or malice towards the accused. In fact, as mentioned it appears that he ruled in his favor. As judges we all have questions sometimes when we sit down to do judgements it would be nice to know the answers to but unfortunately, sometimes, we don't get to know those answers. And although the temptation would be there to try and get those answers, that's not how the process works. Obvious, obviously in this case the Judge made a poor decision in trying to get answers.

I think it's also safe to say that the conduct here is isolated. It doesn't reflect a systemic or ongoing problem. We heard from two officers this morning who testified that this is the first time they've ever been put in this situation.

The other interest that has to be looked at is the charges against the accused. They are serious charges. There are s. 5(2) drug charges involving Schedule I drugs. The life – er – the maximum penalty for those charges is life in prison

so, obviously, they are serious charges, and it is well known of the problems that fall upon society, as a result of drugs being sold in jurisdictions across the country. That's also reflected in the sentences routinely imposed for s. 5(2) convictions. In addition to those charges, there's a possession of a weapon, some stolen property charges, flight from police, dangerous driving as well. So those are not minor charges as well. As a result, there would be a high interest in society of having the charges disposed of on their merits.

[...]

So, in balancing all of the interests involved I am of the view that a stay of proceedings is not appropriate in the circumstances. There can be a fair trial in the matter. That is conceded. The seriousness of the Judge's conduct has been recognized immediately and initial steps were instituted to show that this type of behaviour won't be condoned. There could still be further sanctions against the Judge after the discipline committee completes its process. The Judge has already been suspended which is seen – which is a serious remedy. Many judges dislike being overturned on appeal after being told they did something wrong. I'm pretty sure there's not a judge in this province or many other provinces that would want to do something significant (ph) – significant enough to suffer the shame and humiliation of being suspended and subject to possibly more sanctions. The Provincial Court through its discipline procedure can fully examine the effect of the Judge's actions – fully examine the effect judge's actions – fully examine the effect Judge's actions have had on the integrity of the justice system and impose whatever penalty it feels is necessary over and above the suspension already imposed. The final decision on what is required will send a message that what happened is not appropriate based on the findings through the discipline process.

Despite the positions of both the defence and the Crown, as I said, I am of the opinion that the stay of proceedings is not the appropriate remedy in the situation. There is an alternate remedy and process in place to ensure that the Court adequately dissociates itself from the trial Judge's impugned conduct going forward. Judge's mith (ph) – has been suspended and faces possibly more sanctions after an investigation and possibly a hearing. Adding a stay of

proceedings would not serve the public or the justice system any further. These matters should be determined on their merits. The suspension of a judge is a rare and severe action to take and clearly sends a message that the behaviour in question was wrong. And further sanctions will be considered after balancing all of the interests as suggested in the *Babos* case. I'm satisfied that staying the charges against the accused would not gain anything further so, therefore, the application is dismissed. [...] [Emphasis added.]

[11] In the aftermath of this ruling, Mr. Morrison was eventually convicted of possession of cocaine (s. 4(1) of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19), failure to stop (s. 320.17 of the *Criminal Code*) and two counts of possession of stolen property (s. 355(b)(i)).

[12] Mr. Morrison appeals on the ground that the prosecution against him should have been stayed on account of judicial misconduct. Before the Provincial Court, as before us, counsel for the Attorney General conceded that, in the circumstances of this case, a stay of proceedings should be ordered.

III. Analysis

[13] The standard of appellate review in this matter was stated in *Regan* in the following terms:

The decision to grant a stay is a discretionary one, which should not be lightly interfered with: “an appellate court will be justified in intervening in a trial judge’s exercise of his discretion only if the trial judge misdirects himself or if his decision is so clearly wrong as to amount to an injustice” (*Tobiass, supra*, at para. 87; *Elsom v. Elsom*, [1989] 1 S.C.R. 1367, at p. 1375). Furthermore, where a trial judge exercises her or his discretion, that decision cannot be replaced simply because the appellate court has a different assessment of the facts (*Stein v. The Ship “Kathy K”*, [1976] 2 S.C.R. 802; see also *R. v. Oickle*, [2000] 2 S.C.R. 3, 2000 SCC 38; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507).

This does not mean, however, that the trial judge is completely insulated from review. It is settled law that where the “trial judge made some palpable and overriding error which affected his assessment of the facts”, the decision based on these facts may be reversed (*Kathy K*, at p. 808). In the present case, I find that the trial judge made palpable and overriding factual errors which set his assessment of the facts askew. I also find that he misdirected himself regarding the law for granting a stay by overlooking key elements of the analysis, thereby committing an error which was properly reversed by the Court of Appeal. [paras. 117-118]

[14] Mr. Morrison claims the motion judge erred in the exercise of this discretion in two distinct ways: (1) the motion judge relied on facts not before him to make his determination; and (2) the motion judge was clearly wrong in determining that the parallel disciplinary proceedings were sufficient to address the harm done to the administration of justice. Counsel for the Attorney General concedes both grounds.

[15] In rendering his decision, the motion judge stated that it was “safe to say that the conduct here is isolated,” adding that “[w]e heard from two officers this morning who testified that this is the first time they have ever been put in this situation.” Counsel for Mr. Morrison argues that the fact these two officers might not have experienced this type of conduct before does not necessarily mean it was an isolated incident. While I do not necessarily disagree with counsel’s statement, I am not prepared to find error in the motion judge’s statement.

[16] In its decision in *R. v. Teskey*, 2007 SCC 25, [2007] 2 S.C.R. 267, the Supreme Court highlighted that trial judges are afforded a presumption of judicial integrity. This presumption, though rebuttable, requires anyone claiming judicial impropriety to provide clear and convincing evidence that would make a reasonable person suspect a breach of the judicial oath of office. In the case at hand, despite evident misconduct, there was a lack of substantial evidence indicating any previous occurrences of such behaviour. Consequently, the presumption of judicial integrity stands unchallenged for any actions outside of the specific misconduct addressed in this case.

[17] Mr. Morrison also alleges the motion judge erred in considering the impact of the disciplinary proceedings on the trial judge. He takes issue with the following statement:

[...] The Judge has already been suspended which is seer – which is a serious remedy. Many judges dislike being overturned on appeal after being told they did something wrong. I'm pretty sure there's not a judge in this province or many other provinces that would want to do something signif (ph) – significant enough to suffer the shame and humiliation of being suspended and subject to possibly more sanctions. [...]

[18] Counsel for Mr. Morrison rhetorically asks whether it is universal that judges dislike being overturned on appeal, or whether every judge would feel shame and humiliation at being suspended. While he acknowledges the motion judge was speaking in generalities, he argues the judge was really addressing the impact of the suspension on the trial judge. He argues that, while there is no direct evidence as to how the trial judge feels about the suspension, the trial judge's own words suggest he did not believe he had done anything wrong. Recall the judge stated his intention in making the phone calls as simply to clarify an apparent inconsistency in an exhibit and that, ultimately, he did not use the information he obtained from the officers.

[19] Without commenting on the generalities to which the motion judge alluded, I do agree with both Mr. Morrison's counsel and counsel for the Attorney General that the judge appears to have shifted the focus away from the damage done to the integrity of the justice system and placed it instead on the disciplinary actions taken against the original trial judge.

[20] As stated in the opening paragraph, there are two general categories of cases in which it might be appropriate for a court to take the rare and drastic step of staying proceedings in a criminal matter on account of abuse of process: (1) where state conduct compromises trial fairness; and (2) where the integrity of the justice system would be undermined.

[21] In *Babos*, Moldaver J. explained the test to be used in determining whether a stay is warranted:

The test used to determine whether a stay of proceedings is warranted is the same for both categories and consists of three requirements:

- (1) There must be prejudice to the accused's right to a fair trial or the integrity of the justice system that "will be manifested, perpetuated or aggravated through the conduct of the trial, or by its outcome" (*Regan*, at para. 54);
- (2) There must be no alternative remedy capable of redressing the prejudice; and
- (3) Where there is still uncertainty over whether a stay is warranted after steps (1) and (2), the court is required to balance the interests in favour of granting a stay, such as denouncing misconduct and preserving the integrity of the justice system, against "the interest that society has in having a final decision on the merits" (*ibid.*, at para. 57).
[para. 32]

[22] Moldaver J. explained that the test is the same for both categories "because concerns regarding trial fairness and the integrity of the justice system are often linked and regularly arise in the same case" (para. 33). He then elaborated on the first stage of the test:

Commencing with the first stage of the test, when the main category is invoked, the question is whether the accused's right to a fair trial has been prejudiced and whether that prejudice will be carried forward through the conduct of the trial; in other words, the concern is whether there is ongoing unfairness to the accused.

By contrast, when the residual category is invoked, the question is whether the state has engaged in conduct that is offensive to societal notions of fair play and decency and whether proceeding with a trial in the face of that conduct would be harmful to the integrity of the justice system. To

put it in simpler terms, there are limits on the type of conduct society will tolerate in the prosecution of offences. At times, state conduct will be so troublesome that having a trial – even a fair one – will leave the impression that the justice system condones conduct that offends society’s sense of fair play and decency. This harms the integrity of the justice system. In these kinds of cases, the first stage of the test is met. [paras. 34-35]

[23] In the present case, everyone focused exclusively on the residual category. The motion judge observed that “both parties agree that it is the residual category from *Babos* that is involved in the case at bar.” He then went on to assess the matter accordingly. With respect to all involved, I do not agree that trial fairness was not engaged. I will return to this later.

[24] In *Babos*, Moldaver J. went on to explain the next stages of the test.

[25] Regarding the second stage, he noted that “the question is whether any other remedy short of a stay is capable of redressing the prejudice” (para. 39). For cases concerned with trial fairness, “the focus is on restoring an accused’s right to a fair trial” (para. 39); whereas for cases in which the prejudice complained of is to the integrity of the justice system, “remedies must be directed towards that harm” (para. 39). He explained that, in these cases, “the focus is on whether an alternate remedy short of a stay of proceedings will adequately dissociate the justice system from the impugned state conduct going forward” (para. 39).

[26] I pause here to note that, while cases involving applications for a stay of proceedings generally speak in terms of “state misconduct,” it is recognized that “this will not always be so” as there are circumstances where the integrity of the justice system may be implicated in the absence of such misconduct (*Babos*, at para. 37).

[27] As for the third stage of the test, Moldaver J. explained it as follows:

Finally, the balancing of interests that occurs at the third stage of the test takes on added significance when the

residual category is invoked. This Court has stated that the balancing need only be undertaken where there is still uncertainty as to whether a stay is appropriate after the first two parts of the test have been completed (*Tobiass*, at para. 92). When the main category is invoked, it will often be clear by the time the balancing stage has been reached that trial fairness has not been prejudiced or, if it has, that another remedy short of a stay is available to address the concern. In those cases, no balancing is required. In rare cases, it will be evident that state conduct has permanently prevented a fair trial from taking place. In these “clearest of cases”, the third and final balancing step will often add little to the inquiry, as society has no interest in unfair trials.

However, when the residual category is invoked, the balancing stage takes on added importance. Where prejudice to the integrity of the justice system is alleged, the court is asked to decide which of two options better protects the integrity of the system: staying the proceedings, or having a trial despite the impugned conduct. This inquiry necessarily demands balancing. The court must consider such things as the nature and seriousness of the impugned conduct, whether the conduct is isolated or reflects a systemic and ongoing problem, the circumstances of the accused, the charges he or she faces, and the interests of society in having the charges disposed of on the merits. Clearly, the more egregious the state conduct, the greater the need for the court to dissociate itself from it. When the conduct in question shocks the community’s conscience and/or offends its sense of fair play and decency, it becomes less likely that society’s interest in a full trial on the merits will prevail in the balancing process. But in residual category cases, balance must always be considered. [footnote omitted; paras. 40-41]

[28] One cannot lose sight of the Supreme Court’s consistent reminder that the drastic remedy of staying proceedings is reserved for the clearest of cases and will only rarely be granted. On this point, Moldaver J. noted:

Undoubtedly, the balancing of societal interests that must take place and the “clearest of cases” threshold presents an accused who seeks a stay under the residual category with

an onerous burden. Indeed, in the residual category, cases warranting a stay of proceedings will be “exceptional” and “very rare” (*Tobiass*, at para. 91). But this is as it should be. It is only where the “affront to fair play and decency is disproportionate to the societal interest in the effective prosecution of criminal cases” that a stay of proceedings will be warranted (*R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659, at p. 1667). [para. 44]

[29] In my respectful view, the present case meets the *Regan* threshold for appellate intervention. The motion judge erred in his characterization of the egregiousness of the misconduct. After observing that “everyone is in agreement that what the trial judge did was wrong,” the motion judge went on to characterize the misconduct as the trial judge having “made a poor decision.”

[30] With respect, to characterize the misconduct in the present case as a “poor decision” grossly understates its seriousness. Personally, I find it difficult to overstate the seriousness of this misconduct.

[31] In Canada, whether judges are guided by a set of written principles, such as the Canadian Judicial Council’s *Ethical Principles for Judges*, or by unwritten norms, as is the case in New Brunswick for provincially appointed judges, there is no denying the universally accepted ethical standard that all Canadian judges must embody integrity. This encompasses, at its core, adherence to the law. The centrality of this principle to the judicial role is such that a judge’s integrity is presumed.

[32] Except in specific instances (such as judicial notice), which do not apply in this context, it is a well-established principle that criminal trial decisions must rely solely on the evidence presented in court. This includes witness testimony, exhibits, and any formal admissions. This foundational rule has been emphasized to juries in common law jurisdictions worldwide for many years, underscoring its importance. The principle is so fundamental that trial judges, when presiding over cases without a jury, do not need to articulate this as they are expected to inherently understand their obligation to remain impartial and base their decisions exclusively on the evidence and admissions presented

during the trial. This expectation forms a critical part of ensuring trial fairness and is part of the fundamental principles of justice. The Supreme Court explicitly states that judges must strive for neutrality and fairness, highlighting this as “a cardinal rule of judicial conduct” (*R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484, [1997] S.C.J. No. 84 (QL), at para. 118).

[33] It is also the law in this country that “all judges are subject to the same fundamental duties to be and to appear to be impartial” (*S. (R.D.)*, at para. 115).

[34] On the topics of trial fairness and impartiality, *S. (R.D.)* is informative. As Corey J. stated, “[a] system of justice, if it is to have the respect and confidence of its society, must ensure that trials are fair and that they appear to be fair to the informed and reasonable observer. This is a fundamental goal of the justice system in any free and democratic society” (para. 91).

[35] The trial judge’s breach of fundamental legal and ethical standards was stark and unequivocal. This incident transcended mere judicial error, representing a clear defiance of established legal and ethical guidelines. This lapse not only questions the judge’s understanding of procedural propriety but also highlights a serious disregard for the principles of fairness and impartiality that underpin the justice system.

[36] Fortunately, cases of judicial misconduct of this nature are rare. This does not mean they are non-existent.

[37] In *R. v. H. (C.D.)*, 2015 ONCA 102, [2015] O.J. No. 672 (QL), a trial judge acquitted an accused of sexual assault and other offences while finding him guilty of common assault. Before sentencing, the judge visited the dating website where the accused and the complainant met, and later called the officer in charge to his office and told her that defence counsel “would have been able to hang the victim with all of the available information” had she visited the site (para. 5). At that stage, the judge had already acquitted the accused of some of the offences. The officer reported the conversation to Crown counsel, who later sought to appeal the acquittals and asked for a mistrial on the convictions. The judge held he was *functus officio* regarding the acquittals,

but he did declare a mistrial regarding the offence for which he had found the accused guilty. In doing so, he stated the following:

The only information I had at the time I gave my decision on December 18th, 2013 was the evidence heard in court and reviewed in my decision. I finished my written decision, left the office, and while at home during the evening went online out of curiosity about the Match.com website which had been mentioned in evidence. After signing in, using an anonymous user name, I was faced with a great number of very personal questions. I then logged out. I did not conduct any research about the complainant, and no information about the complainant was made available to me.

My conversation with Detective Lehman about the website was based on the type and extent to [*sic*] the questions I found from my brief log in the previous evening after I had written my decision, and that any person using the website is required to disclose a great deal of personal information. My point was, if this type of information could be accessed, it might be useful as a potential investigative tool and for counsel in a criminal trial.

Notwithstanding what I have said, my off the record conversation with Detective Lehman in the absence of counsel was clearly an error in judgment on my part and is the basis of the Crown's argument of perceived apprehension of bias on my part. The Crown made it clear that it is not their case that I am or was biased, but that there is an appearance of bias. [paras. 7-8]

[38] The Court of Appeal for Ontario allowed the Crown appeal, set aside the acquittals and ordered a new trial. In doing so, the Court stated as follows:

[...] Two considerations support this conclusion. (1) In declaring a mistrial, the trial judge himself recognized that the verdicts were tainted by reasonable apprehension of bias; and (2) the conduct of the trial judge in conducting his own evidentiary research while the decision was under reserve -- whether or not he had already written his reasons or he accessed any actual details about the complainant -- and his comment to the officer about using the website

information to “hang” the complainant, created the appearance of bias. [para. 10]

[39] Another example of inappropriate judicial investigation is found in *R. v. Ghaleenovee*, 2015 ONSC 1707, [2015] O.J. No. 1310 (QL), in which it was held that trial fairness was compromised when a judge used an image from Google Street View, which he had himself downloaded, to make an adverse credibility finding against an accused person.

[40] In *R. v. M. (J.)*, 2021 ONCA 150, [2021] O.J. No. 1218 (QL), the judge referred to an article published in Scientific American that had not been provided by trial counsel. The Court of Appeal for Ontario held that “its use compromised the integrity and fairness of the trial process” (para. 74).

[41] None of these cases involved a motion for a stay of proceedings. Perhaps this is because none of these cases are quite as egregious as the present one. I consider the facts in *H. (C.D.)* to be quite alarming, but this was a Crown appeal against acquittals. None of the cases involved private communications with two veteran police officers to obtain additional facts while the trial judge’s decision was under reserve.

[42] Analyzing this case through the lens of the criteria outlined in *Babos*, it becomes apparent that considerations of trial fairness and the integrity of the justice system were critically undermined. From my perspective, trial fairness was significantly breached due to the trial judge’s blatant violation of established legal and ethical standards. This occurred through his private communication with two police officers to solicit additional information while his decision was pending. The unfairness to Mr. Morrison, stemming from allowing this judge to continue overseeing his trial, would be undeniable. Furthermore, the integrity of the justice system was unequivocally compromised by the actions of both the judge and the officers. Therefore, the case fulfills the first prerequisite of the *Babos* test.

[43] The second part of the test leads to different outcomes, which is likely why the decision focused only on the “residual category.” If the issue was just about

whether the trial was fair, the discussion might have stopped there. In *Babos*, Moldaver J. mentioned that solutions like ordering a new trial can fix the fairness issue (para. 39). In my view, the trial judge's recusal and remitting the case to another judge would have been enough to overcome any trial fairness concerns, but this would not necessarily clear the justice system from being connected to serious wrongdoings.

[44] Mr. Morrison's request to stay his trial was judged only on the "residual category." This is likely because it was clear to everyone that a new trial would fix any unfairness issues, but it was not obvious that it would disassociate the justice system from the misconduct. This approach makes sense, but it overlooks the fact that the damage to the trial's fairness, although fixable, should also be considered when evaluating the seriousness of the misconduct.

[45] At the third stage of the test, where the residual category is invoked, the motion judge was asked to determine the best option to protect the integrity of the system, that is either to stay the proceedings or have a trial despite the misconduct that had occurred. At this stage, the motion judge was to consider several factors, which he did. Among these are the nature and seriousness of the impugned conduct. For this factor to be properly considered, the seriousness of the conduct had to be properly characterized. As explained above, this was erroneously done and therefore the conclusion that stems from the motion judge's analysis is flawed and not owed any deference.

[46] Had the motion judge properly characterized the nature and extent of the misconduct in this case, he then would have weighed it together with (1) his finding that this incident did not reflect a systemic and ongoing problem, (2) the circumstances of the accused, (3) the charges against him, and (4) society's interest in having the charges disposed on the merits. While the judge undertook the balancing of all these considerations, his analysis was skewed by his failure to properly characterize the seriousness of the misconduct.

[47] In *Babos*, Moldaver J. illustrates this with an example, which, in my view, is apposite:

The following hypothetical may serve as a useful illustration. Take a case where it is discovered, after trial, that the police have tampered with the jury in order to secure the conviction of an accused. Manifestly, the police conduct would impinge on the accused's right to a fair trial – but it would also impinge on the integrity of the justice system.

Ordering a new trial would probably redress the unfairness of the original trial. But the inquiry would not end there. The court would also have to decide whether ordering a new trial, or some other remedy, would suffice to dissociate it from the prejudice occasioned to the integrity of the justice system by the police misconduct. If no remedy would suffice, the court would have to engage in the balancing process and determine whether the integrity of the justice system would be better served by a stay of proceedings or a full trial on the merits. Given the seriousness of the misconduct – jury tampering strikes at the very heart of the criminal justice system – the residual category might well necessitate a stay of proceedings to redress the threat to the integrity of the justice system, even though the unfairness that marred the first trial could be cured by a second trial. [paras. 46-47]

[48] Replacing this hypothetical scenario with the current situation leads to the same conclusion.

[49] This was egregious judicial misconduct of the type that shocks the community's conscience and offends its sense of fair play and decency. Judges hold positions of trust within our community, and the public is entitled to assume that they will act in accordance with governing legal and ethical norms. Weighing this misconduct against the motion judge's determination that the issue was not systemic or continuous, alongside Mr. Morrison's specific situation, the nature of the charges against him, and the societal interest in adjudicating these charges on their merits, it becomes clear to me that the balance tips significantly towards staying the proceedings. Such an action serves as a forceful repudiation of the misconduct witnessed in this case and is essential for

maintaining or restoring public trust in the justice system's integrity. Anything less would fail to adequately distance the system from such reprehensible behaviour. Therefore, this instance stands out as a prime example where invoking the extraordinary measure of a stay of proceedings is both justified and necessary.

[50] It is crucial to underscore that the decision to stay the proceedings, as a measure to disassociate the justice system from the misconduct observed, not only upholds the integrity of the judicial process but also stands as a firm denunciation of the inappropriate behaviour. Particularly in this instance, where the two experienced police officers involved admitted to providing information to the judge, oblivious to the impropriety of their actions, it underscores the gravity of the situation. Therefore, it must be explicitly stated that private communications between judges and any witnesses, including police officers, regarding active criminal cases are profoundly inappropriate. Although the initiation of such discussions by a judge might compel individuals to participate, this ruling should serve as instructive, empowering them to decline involvement and obligate them to promptly inform the Crown or defence counsel.

IV. Conclusion

[51] It is for these reasons that I joined my colleagues in allowing the appeal, setting aside the convictions and ordering that the proceedings be stayed.

LE JUGE RICHARD, J.C.N.-B.

I. Introduction

[1] Le droit cerne deux raisons principales pour considérer de prendre la mesure inhabituelle et draconienne qu'est la suspension d'une affaire pénale pour cause d'abus de procédure (voir *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309, et les décisions qui y sont citées, particulièrement *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297). La première raison concerne les situations où les actions de l'État nuisent à l'équité du procès et où aucune autre réparation ne saurait remédier à l'injustice. La deuxième raison, ou la raison résiduelle, concerne les situations où les actions présentent une menace pour la crédibilité du système de justice lui-même.

[2] En l'espèce, l'abus de procédure était particulièrement flagrant, découlant de la conduite irrégulière du juge. Cela s'est produit lorsque le juge, pendant ses délibérations sur une question préalable au procès, a eu des discussions non autorisées avec deux agents de police afin d'obtenir de plus amples renseignements au sujet de l'affaire. Les deux agents ont fourni des renseignements, ne se rendant pas compte que leurs actions étaient inappropriées. La découverte de ces discussions a mené à une demande de suspension de l'instance. Cette demande a été rejetée, et l'accusé a été déclaré coupable de nombreuses infractions. À la fin de l'audition d'un appel interjeté contre la déclaration de culpabilité au seul motif que le juge saisi de la motion avait commis une erreur en ne suspendant pas l'instance, je me suis associé à mes collègues pour conclure que l'appel devrait être accueilli, les déclarations de culpabilité annulées et l'instance suspendue. Voici les motifs qui m'ont amené à cette conclusion.

II. Contexte

[3] Bien que le contexte factuel soit bouleversant, il n'est pas complexe.

[4] M. Morrison a été accusé de plusieurs infractions et a subi son procès devant la Cour provinciale. Pendant l'instance, un voir-dire mixte/procès a été tenu afin de déterminer si certains des droits de M. Morrison garantis par la *Charte* avaient été violés et, le cas échéant, si certains éléments de preuve devraient être écartés. À la clôture des observations présentées lors du voir-dire, le juge du procès a mis sa décision en délibéré. Il a jugé au bout du compte qu'il n'y avait pas eu de violation des droits de M. Morrison garantis par la *Charte* et, par conséquent, a conclu que les éléments de preuve contestés étaient admissibles au procès. Le procès a repris avec les observations finales des avocats puis, encore une fois, le juge a mis sa décision en délibéré.

[5] Avant que la décision du juge du procès ne soit rendue, l'avocat du ministère public a informé l'avocat de M. Morrison de certains renseignements dont il venait tout juste de prendre connaissance. Plus précisément, il lui a révélé que, après la présentation des observations des avocats au voir-dire, le juge avait contacté personnellement un témoin dans l'instance ainsi que l'auteur de la dénonciation en vue de l'obtention d'un mandat de perquisition ("dénonciation") afin d'obtenir d'eux des renseignements supplémentaires concernant l'affaire. En conséquence, l'avocat de la défense a demandé la suspension de l'instance et une ordonnance enjoignant au juge de se récuser de l'instance.

[6] À l'audition de cette demande, le juge du procès a conclu que, puisque l'inconduite alléguée était la sienne, il ne pouvait pas trancher une motion en suspension de l'instance; toutefois, il a convenu qu'il devait se récuser et, par conséquent, a déclaré la nullité du procès. Ce faisant, il a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION]

En ce qui concerne ces questions, l'avocat de l'accusé requérant Scott Morrison a déposé un avis de requête daté et déposé le 27 septembre 2022 dans lequel il sollicite la suspension de l'instance au titre du par. 24(1) de la *Charte*. Sa demande est fondée sur le fait que j'ai contacté, après la fin de l'audition de la preuve, un témoin et l'auteur de la dénonciation déposée auprès de la Cour. L'avocat de l'accusé avance que les contacts que j'ai eus concernaient la question de la qualité pour contester la fouille du

véhicule lors du voir-dire fondé sur la *Charte*. Il demande aussi que je me récuse et prétend que je ne suis pas capable de statuer sur l'affaire de façon impartiale. Mon intention était simplement de clarifier une incohérence apparente dans une pièce et, finalement, je n'ai utilisé aucun renseignement m'ayant été fourni au cours de la conversation décrite dans la demande pour rendre ma décision à l'issue du voir-dire fondé sur la *Charte* et, en fait, j'ai conclu que l'accusé requérant avait la qualité pour soulever la question fondée sur la *Charte*, à savoir la contestation de la fouille du véhicule, ce qui ressort clairement de ma décision rendue le 28 juillet 2022. [C'est moi qui souligne.]

[7] Avant que l'affaire ne reprenne devant un autre juge, M. Morrison a déposé une nouvelle demande de suspension de l'instance.

[8] Pendant l'audience, présidée par un autre juge (le juge saisi de la motion), des témoignages ont été fournis par les deux agents de police en cause, soit le témoin lors des procédures de voir-dire et l'agente ayant souscrit la dénonciation. Le premier, qui avait 11 ans d'expérience en tant que policier, a témoigné que, la journée où la décision sur le voir-dire devait être rendue, le juge du procès l'a contacté personnellement sur son téléphone cellulaire. Il voulait obtenir des renseignements au sujet des plaques d'immatriculation et des numéros d'identification de véhicule (NIV). À ce moment-là, l'agent était en vacances dans un terrain de camping avec sa famille et n'avait pas accès aux renseignements demandés. Toutefois, il lui a fait part d'une observation concernant la pratique occasionnelle d'échanger les plaques d'immatriculation sur les véhicules pour échapper à la détection policière. Par la suite, le juge du procès lui a demandé les coordonnées de sa consœur, et il les lui a fournies. L'auteure de la dénonciation, qui avait près de 15 ans de service au sein de la force policière, a témoigné qu'elle a été informée par le premier agent au moyen d'un message texte que le juge du procès souhaitait discuter de l'affaire Morrison avec elle. Avant qu'elle n'ait eu la chance de lui répondre, le juge l'a contactée directement. Puisqu'elle se trouvait à proximité du palais de justice, elle est allée rencontrer le juge dans son cabinet, où il lui a posé des questions au sujet du lien entre les NIV et les plaques d'immatriculation, auxquelles questions elle a répondu.

[9] Fait inquiétant, ces agents expérimentés n'ont pas reconnu initialement le caractère inapproprié de leurs discussions avec le juge du procès. La question n'a été soulevée que lorsque l'agent qui avait témoigné au voir-dire a mentionné par hasard l'appel du juge au cours d'une conversation distincte avec une autre avocate du ministère public. Agissant de manière responsable, cette avocate en a informé son collègue qui s'occupait de l'affaire Morrison, ce dernier ayant ensuite contacté les deux agents pour confirmer les événements. Les agents ont alors eu une prise de conscience, se rendant compte du caractère inapproprié de leurs interactions avec le juge. Suivant les directives données par l'avocat du ministère public, ils ont modifié leurs rapports pour y inclure les détails de ces conversations. Ces documents modifiés ont été fournis sans délai à l'avocat de M. Morrison.

[10] Le juge saisi de la motion a rejeté la motion de M. Morrison en suspension de l'instance. Le juge a reconnu avec justesse l'arrêt *Babos* comme l'arrêt de principe sur la question. Il a catégorisé l'affaire comme entrant dans la catégorie résiduelle, expliquant, à juste titre, que la tenue d'un nouveau procès permettrait de remédier à toute iniquité procédurale dans l'affaire. Appliquant les exigences établies dans l'arrêt *Babos* justifiant la suspension de l'instance au titre de la catégorie résiduelle, le juge a conclu que la suspension de l'instance n'était pas nécessaire pour permettre au système de justice de se dissocier de la conduite irrégulière ayant eu lieu en l'espèce. Compte tenu du fait que les motifs du juge saisi de la motion ont été rendus oralement et ne sont donc pas publiés, j'estime qu'il est important de les reproduire en détail :

[TRADUCTION]

Et je pense que, dans cette situation, il était justifié dans les circonstances de tenir compte des différents intérêts en jeu. Tout d'abord, en examinant la nature et la gravité de la conduite reprochée, je pense que tous conviennent que le juge du procès a eu tort d'agir ainsi.

Il ne m'appartient pas d'examiner à fond sa conduite. Il a été suspendu et d'autres procédures disciplinaires pourraient entraîner d'autres sanctions et ces sanctions pourraient être plus sévères que celles infligées jusqu'à présent, mais on n'en sait rien à ce moment-ci. Je pense que nous pouvons convenir, comme je l'ai indiqué, que le juge

a eu tort. Une question du degré [de gravité] de ces actions se pose. Comme je l'ai mentionné, je ne pense pas qu'il y avait de la mauvaise volonté ou de la malveillance à l'égard de l'accusé. En fait, comme je l'ai mentionné, il semble qu'il aurait statué en sa faveur. En tant que juges, nous nous posons tous parfois des questions lorsque nous nous assoyons pour rédiger des jugements, questions auxquelles nous aimerions bien connaître les réponses, mais, malheureusement, parfois, nous n'arrivons pas à connaître ces réponses. Et, bien que nous puissions être tentés d'obtenir ces réponses, ce n'est pas comme ça que le processus fonctionne. Évident – évidemment, en l'espèce, le juge a pris une mauvaise décision en tentant d'obtenir des réponses.

Je pense qu'on peut aussi affirmer sans crainte de se tromper que la conduite visée en l'espèce était un cas isolé. Elle n'est pas la manifestation d'un problème systémique ou persistant. Nous avons entendu le témoignage de deux agents ce matin, qui ont déclaré que c'est la première fois qu'ils se retrouvaient dans cette situation.

L'autre intérêt qu'il faut examiner est les accusations portées contre l'accusé. Il s'agit d'accusations graves. Il y a des accusations liées à la drogue fondées sur le par. 5(2) concernant des drogues inscrites à l'annexe I. La peine à perpétuité – euh – maximale pour ces accusations est l'emprisonnement à perpétuité, donc, évidemment, il s'agit d'accusations graves, et c'est bien connu des problèmes auxquels est confrontée la société, du fait que des drogues sont vendues dans l'ensemble des provinces et des territoires du pays. Cela est aussi reflété dans les peines régulièrement infligées pour des déclarations de culpabilité fondées sur le par. 5(2). En plus de ces accusations, il y a en outre des accusations pour possession d'une arme, possession de biens volés, fuite pour échapper à la police, et conduite dangereuse aussi. Il ne s'agit pas non plus d'accusations moins graves. Par conséquent, il y aurait un grand intérêt pour la société à ce que les accusations soient jugées au fond.

[...]

Donc, en soupesant tous les intérêts en cause, j'estime que la suspension de l'instance n'est pas appropriée dans les circonstances. Il peut y avoir un procès équitable en

l'espèce. Cela est admis. La gravité de la conduite du juge a été reconnue immédiatement et des mesures initiales ont été prises pour montrer que ce genre de comportement ne sera pas toléré. D'autres sanctions pourraient toujours être infligées au juge après que le comité de discipline achèvera son processus. Le juge a déjà été suspendu, ce qui est sérieux – ce qui constitue une réparation sérieuse. Beaucoup de juges n'aiment pas que leurs décisions soient infirmées en appel après s'être fait dire qu'ils ont mal agi. Je suis pas mal certain qu'aucun juge dans notre province ou dans plusieurs autres provinces ne voudrait faire quelque chose de suffisamment (ph) – de suffisamment important pour éprouver la honte et l'humiliation d'être suspendu et de possiblement faire l'objet d'autres sanctions. La Cour provinciale, par l'intermédiaire de sa procédure disciplinaire, peut examiner en profondeur l'incidence des actions du juge – examiner en profondeur l'incidence des actions du juge – examiner en profondeur l'incidence que les actions du juge ont eue sur l'intégrité du système de justice et infliger la sanction qu'elle estime nécessaire en plus de la suspension déjà infligée. La décision finale quant à ce qui est nécessaire enverra un message que ce qui s'est produit n'est pas approprié compte tenu des conclusions tirées dans le cadre du processus disciplinaire.

Malgré les positions tant de la défense que du ministère public, comme je l'ai indiqué, j'estime que la suspension de l'instance n'est pas la réparation appropriée dans cette situation. Il y a une autre réparation et un processus en place qui permettront à la Cour de se dissocier suffisamment à l'avenir de la conduite reprochée du juge. Le juge mit (ph) – a été suspendu et pourrait faire l'objet d'autres sanctions après la tenue d'une enquête et possiblement d'une audience. Accorder en plus la suspension de l'instance ne servirait pas davantage le public ou le système de justice. Les questions en l'espèce devraient être tranchées au fond. La suspension d'un juge est une mesure rare et draconienne à prendre et envoie clairement un message que le comportement en question était fautif. Et après que tous les intérêts auront été soupesés, comme il est proposé dans l'affaire *Babos*, d'autres sanctions seront considérées. Je suis convaincu que la suspension des accusations portées contre l'accusé n'apporterait aucun autre avantage, donc, par conséquent, la demande est rejetée. [C'est moi qui souligne.]

[11] À la suite de cette décision, M. Morrison a fini par être déclaré coupable de possession de cocaïne (par. 4(1) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19), d'omission d'arrêter (art. 320.17 du *Code criminel*) et de deux chefs de possession de biens volés (ss-al. 355b(i)).

[12] M. Morrison interjette appel au motif que la poursuite intentée contre lui aurait dû être suspendue en raison d'une inconduite judiciaire. Devant la Cour provinciale, comme devant nous, l'avocat du procureur général a concédé que, dans les circonstances de l'espèce, il y avait lieu d'ordonner la suspension de l'instance.

III. Analyse

[13] La norme de contrôle en appel qui s'applique en l'espèce a été énoncée ainsi dans l'arrêt *Regan* :

La décision d'accorder une suspension des procédures est une décision de nature discrétionnaire qui ne peut être modifiée à la légère : « une cour d'appel ne sera justifiée d'intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance que si celui-ci s'est fondé sur des considérations erronées en droit ou si sa décision est erronée au point de créer une injustice » (*Tobiass*, précité, par. 87; *Elsom c. Elsom*, [1989] 1 R.C.S. 1367, p. 1375). De plus, lorsqu'un juge du procès exerce son pouvoir discrétionnaire, la cour d'appel ne peut y substituer sa propre décision uniquement parce qu'elle arrive à une appréciation différente des faits (*Stein c. Le navire « Kathy K »*, [1976] 2 R.C.S. 802; voir également *R. c. Oickle*, [2000] 2 R.C.S. 3, 2000 CSC 38; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507).

Cela ne signifie toutefois pas que le juge du procès se trouve entièrement à l'abri de tout contrôle. Selon un principe juridique bien établi, lorsque le « juge du procès a commis une erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits », la décision fondée sur ces faits peut être modifiée (*Kathy K*, p. 808). En l'espèce, je conclus que le juge du procès a commis des erreurs factuelles manifestes et dominantes qui ont faussé son appréciation

des faits. Je conclus aussi qu'il s'est fondé sur des considérations erronées en droit pour suspendre les procédures en omettant de tenir compte d'éléments clés de l'analyse, commettant ainsi une erreur que la Cour d'appel a corrigée à bon droit. [par. 117 et 118]

[14] M. Morrison soutient que le juge saisi de la motion a commis deux erreurs distinctes dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire : (1) il s'est fondé sur des faits qui ne lui avaient pas été présentés pour arriver à sa conclusion; et (2) il avait manifestement tort de conclure que les procédures disciplinaires parallèles étaient suffisantes pour corriger le préjudice causé à l'administration de la justice. L'avocat du procureur général concède les deux moyens.

[15] En rendant sa décision, le juge saisi de la motion a dit que l'on pouvait [TRADUCTION] « affirmer sans crainte de se tromper que la conduite visée en l'espèce était un cas isolé », ajoutant que [TRADUCTION] « [n]ous avons entendu le témoignage de deux agents ce matin, qui ont déclaré que c'est la première fois qu'ils se retrouvaient dans cette situation ». L'avocat de M. Morrison soutient que le fait que ces deux agents n'ont peut-être pas été confrontés à ce genre de conduite dans le passé ne signifie pas nécessairement qu'il s'agit d'un cas isolé. Bien que je ne rejette pas nécessairement l'argument de l'avocat, je ne suis pas disposé à conclure que le juge saisi de la motion a commis une erreur dans sa déclaration.

[16] Dans sa décision rendue dans *R. c. Teskey*, 2007 CSC 25, [2007] 2 R.C.S. 267, la Cour suprême a souligné le fait qu'une présomption d'intégrité judiciaire est accordée aux juges de première instance. Selon cette présomption, qui est réfutable, quiconque allègue une irrégularité judiciaire doit présenter une preuve claire et convaincante qui amènerait une personne raisonnable à soupçonner que le juge n'a pas respecté son serment professionnel. Dans l'affaire qui nous occupe, en dépit d'une inconduite évidente, il manquait de preuve substantielle établissant qu'une telle conduite s'était produite auparavant. Par conséquent, la présomption d'intégrité judiciaire n'est pas réfutée pour ce qui est de toute action ne se rapportant pas à l'inconduite précise traitée en l'espèce.

[17] M. Morrison soutient en outre que le juge saisi de la motion a commis une erreur en examinant l'incidence des procédures disciplinaires sur le juge du procès. Il conteste les déclarations suivantes :

[TRADUCTION]

[...] Le juge a déjà été suspendu, ce qui est sér – ce qui constitue une réparation sérieuse. Beaucoup de juges n'aiment pas que leurs décisions soient infirmées en appel après s'être fait dire qu'ils ont mal agi. Je suis pas mal certain qu'aucun juge dans notre province ou dans plusieurs autres provinces ne voudrait faire quelque chose de suffis (ph) – de suffisamment important pour éprouver la honte et l'humiliation d'être suspendu et de possiblement faire l'objet d'autres sanctions. [...]

[18] L'avocat de M. Morrison demande pour la forme si c'est un fait universel que les juges n'aiment pas que leurs décisions soient infirmées en appel, ou si tous les juges éprouveraient de la honte et de l'humiliation s'ils étaient suspendus. Bien qu'il reconnaisse que le juge saisi de la motion parlait de façon générale, il soutient que ce dernier traitait réellement de l'incidence de la suspension sur le juge du procès. Il fait valoir que, bien qu'il n'y ait pas de preuve directe quant à la façon dont le juge du procès se sent relativement à la suspension, les propos mêmes tenus par le juge du procès laissent entendre qu'il ne croyait pas avoir agi à tort. Rappelons-nous que le juge a indiqué que, en faisant les appels téléphoniques, son intention était simplement de clarifier une incohérence apparente dans une pièce et, au bout du compte, il n'a pas utilisé les renseignements obtenus des agents.

[19] Sans discuter des généralités auxquelles a fait allusion le juge saisi de la motion, je suis d'accord avec l'avocat de M. Morrison et l'avocat du procureur général quant au fait que le juge semble avoir fait passer au second plan le préjudice causé à l'intégrité du système de justice et avoir plutôt mis l'accent sur les mesures disciplinaires prises contre le juge affecté au procès à l'origine.

[20] Comme il a été indiqué dans le paragraphe d'ouverture, il y a deux catégories générales de cas où il pourrait être approprié pour un tribunal de prendre la

mesure rare et draconienne de suspendre l'instance dans une affaire pénale pour cause d'abus de procédure : (1) là où la conduite de l'État compromet l'équité du procès; et (2) là où l'intégrité du système de justice serait minée.

[21] Dans l'arrêt *Babos*, le juge Moldaver a expliqué le test à utiliser pour déterminer si la suspension se justifie :

Le test servant à déterminer si l'arrêt des procédures se justifie est le même pour les deux catégories et comporte trois exigences :

- (1) Il doit y avoir une atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable ou à l'intégrité du système de justice qui « sera révélé[e], perpétué[e] ou aggravé[e] par le déroulement du procès ou par son issue » (*Regan*, par. 54);
- (2) Il ne doit y avoir aucune autre réparation susceptible de corriger l'atteinte;
- (3) S'il subsiste une incertitude quant à l'opportunité de l'arrêt des procédures à l'issue des deux premières étapes, le tribunal doit mettre en balance les intérêts militant en faveur de cet arrêt, comme le fait de dénoncer la conduite répréhensible et de préserver l'intégrité du système de justice, d'une part, et « l'intérêt que représente pour la société un jugement définitif statuant sur le fond », d'autre part (*ibid.*, par. 57). [par. 32]

[22] Le juge Moldaver a expliqué que le test est le même pour les deux catégories « parce que les problèmes touchant l'équité du procès et ceux touchant l'intégrité du système de justice sont souvent liés et se posent couramment dans la même affaire » (par. 33). Il a alors exposé en détail la première étape du test :

Passons d'abord à la première étape du test. Lorsqu'on invoque la catégorie principale, la question est celle de savoir s'il y a eu atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable et si cette atteinte sera perpétuée par le

déroulement du procès; autrement dit, il faut chercher à savoir s'il y a une injustice persistante envers l'accusé.

Par contre, lorsque la catégorie résiduelle est invoquée, il s'agit de savoir si l'État a adopté une conduite choquant le sens du franc-jeu et de la décence de la société et si la tenue d'un procès malgré cette conduite serait préjudiciable à l'intégrité du système de justice. Pour dire les choses plus simplement, il y a des limites au genre de conduite que la société tolère dans la poursuite des infractions. Parfois, la conduite de l'État est si troublante que la tenue d'un procès – même un procès équitable – donnera l'impression que le système de justice cautionne une conduite heurtant le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société, et cela porte préjudice à l'intégrité du système de justice. Dans ce genre d'affaires, la première étape du test est franchie. [par. 34 et 35]

[23] Dans l'affaire qui nous occupe, tous se sont arrêtés exclusivement à la catégorie résiduelle. Le juge saisi de la motion a fait remarquer que [TRADUCTION] « les deux parties conviennent que c'est la catégorie résiduelle établie dans l'arrêt *Babos* qui est engagée en l'espèce ». Il a ensuite évalué l'affaire en conséquence. Avec égards pour tous les intéressés, je n'estime pas que l'équité du procès n'était pas engagée. J'y reviendrai plus loin.

[24] Dans l'arrêt *Babos*, le juge Moldaver a ensuite expliqué les étapes suivantes du test.

[25] En ce qui concerne la deuxième étape du test, il a indiqué qu'« il s'agit de déterminer si une autre réparation, moindre que l'arrêt des procédures, permettrait de corriger le préjudice » (par. 39). Dans les cas où l'équité du procès est engagée, « l'objectif est de rétablir le droit de l'accusé à un procès équitable » (par. 39); en revanche, dans les cas où le préjudice dénoncé porte atteinte à l'intégrité du système de justice, « les réparations doivent s'attaquer à ce préjudice » (par. 39). Il a expliqué que, dans ces cas, « [l]'accent est [...] mis sur la question de savoir si une autre réparation, moindre que l'arrêt des procédures, permettra au système de justice de se dissocier suffisamment à l'avenir de la conduite reprochée à l'État » (par. 39).

[26] Je prends une pause ici pour souligner que, bien que les affaires mettant en cause des demandes de suspension d'instance parlent généralement de la « conduite répréhensible de l'État », il est reconnu qu'« il n'en est pas toujours ainsi » puisqu'il y a des situations où l'intégrité du système de justice est en jeu en l'absence d'une telle conduite répréhensible (*Babos*, par. 37).

[27] Quant à la troisième étape du test, le juge Moldaver a donné l'explication suivante :

Enfin, la mise en balance des intérêts effectuée à la troisième étape du test revêt une importance accrue lorsque la catégorie résiduelle est invoquée. La Cour a indiqué que la mise en balance n'est nécessaire que s'il subsiste une incertitude quant à l'opportunité de l'arrêt des procédures à l'issue des deux premiers volets du test (*Tobiass*, par. 92). Lorsque la catégorie principale est invoquée, il est souvent clair, au moment où le tribunal atteint l'étape de la mise en balance, qu'il n'y a pas eu atteinte à l'équité du procès ou que, en cas d'atteinte à celle-ci, une autre réparation, moindre que l'arrêt des procédures, permettrait de régler la question. Aucune mise en balance n'est nécessaire dans ces circonstances. Dans de rares cas, la conduite de l'État a manifestement empêché en permanence la tenue d'un procès équitable. Dans ces « cas les plus manifestes », la troisième et dernière étape, la mise en balance, ajoute souvent peu de choses à l'analyse, parce que la société n'a aucun intérêt dans la tenue de procès inéquitables.

Par contre, lorsque c'est la catégorie résiduelle qui est invoquée, l'étape de la mise en balance revêt une importance accrue. Si on allègue une atteinte à l'intégrité du système de justice, le tribunal est appelé à décider quelle des deux solutions suivantes assure le mieux l'intégrité du système de justice : l'arrêt des procédures ou la tenue d'un procès en dépit de la conduite contestée. Cette analyse suppose nécessairement une mise en balance. Le tribunal doit prendre en compte des éléments comme la nature et la gravité de la conduite reprochée – que celle-ci soit un cas isolé ou la manifestation d'un problème systémique et persistant –, la situation de l'accusé, les accusations auxquelles il doit répondre et l'intérêt de la société à ce que les accusations soient jugées au fond. De toute évidence, plus la conduite de l'État est grave, plus il est nécessaire

que le tribunal s'en dissocie. Lorsque la conduite en question choque la conscience de la communauté ou heurte son sens du franc-jeu et de la décence, il est peu probable que l'intérêt de la société dans la tenue d'un procès complet sur le fond l'emporte au terme de la mise en balance. Or, dans les cas faisant partie de la catégorie résiduelle, il faut toujours tenir compte de l'équilibre. [Note de bas de page omise; par. 40 et 41]

[28] On ne peut pas faire abstraction du rappel constant fait par la Cour suprême selon lequel la réparation draconienne consistant en la suspension de l'instance est réservée aux cas les plus manifestes et ne sera que rarement accordée. Sur ce point, le juge Moldaver a dit ce qui suit :

La mise en balance nécessaire des intérêts de la société et le critère des « cas les plus manifestes » imposent sans aucun doute un lourd fardeau à l'accusé qui demande l'arrêt des procédures au titre de la catégorie résiduelle. En fait, les cas faisant partie de la catégorie résiduelle qui justifient l'arrêt des procédures sont « exceptionnels » et « très rares » (*Tobiass*, par. 91). Mais les choses sont comme elles doivent être. Ce n'est que lorsque l'« atteinte au franc-jeu et à la décence est disproportionnée à l'intérêt de la société d'assurer que les infractions criminelles soient efficacement poursuivies » que l'arrêt des procédures est justifié (*R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, p. 1667). [par. 44]

[29] À mon humble avis, la présente affaire satisfait au critère établi dans l'arrêt *Regan* justifiant l'intervention en appel. Le juge saisi de la motion a commis une erreur dans la façon dont il a qualifié la gravité de l'inconduite. Après avoir fait remarquer que [TRADUCTION] « tous conviennent que le juge du procès a eu tort d'agir ainsi », le juge saisi de la motion a ensuite qualifié l'inconduite de [TRADUCTION] « mauvaise décision [prise] » par le juge du procès.

[30] Avec égards, le fait de qualifier l'inconduite en l'espèce de [TRADUCTION] « mauvaise décision » minimise grandement sa gravité. Personnellement, je trouve difficile d'exagérer la gravité de cette inconduite.

[31] Au Canada, que les juges soient guidés par un ensemble de principes écrits, comme les *Principes de déontologie judiciaire* du Conseil canadien de la magistrature, ou par des normes non écrites, comme c'est le cas au Nouveau-Brunswick pour les juges de nomination provinciale, nul ne peut nier la norme éthique universellement acceptée selon laquelle tous les juges canadiens doivent incarner l'intégrité, dont le respect du droit est une composante essentielle. Le caractère fondamental de ce principe pour les fonctions judiciaires est tel que l'intégrité du juge est présumée.

[32] Sauf dans des cas précis (comme la connaissance d'office), qui ne s'appliquent pas en l'espèce, il s'agit d'un principe bien établi que les décisions rendues à l'issue de procès criminels doivent être fondées uniquement sur la preuve présentée en salle d'audience. Cela comprend les témoignages des témoins, les pièces et tout aveu formel. Cette règle fondamentale a été soulignée aux jurés dans les ressorts de common law dans le monde entier depuis de nombreuses années, ce qui met en évidence son importance. Le principe est si fondamental que, lorsqu'ils président des affaires sans jury, les juges de première instance n'ont pas à l'énoncer, puisque l'on s'attend à ce qu'ils comprennent intrinsèquement leur obligation de demeurer impartial et de fonder leurs décisions exclusivement sur la preuve et les aveux présentés pendant le procès. Cette attente constitue un élément essentiel pour assurer l'équité du procès et fait partie des principes fondamentaux de justice. La Cour suprême affirme expressément que les juges doivent s'efforcer d'atteindre la neutralité et l'équité, soulignant que cela doit être « la règle cardinale qui guide leur conduite » (*R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, [1997] A.C.S. n° 84 (QL), par. 118).

[33] Il est en outre établi en droit dans notre pays que « tous les juges sont assujettis aux mêmes obligations fondamentales d'être impartiaux et de paraître impartiaux » (*S. (R.D.)*, par. 115).

[34] L'arrêt *S. (R.D.)* est informatif en ce qui concerne les questions relatives à l'équité du procès et l'impartialité. Comme l'a déclaré le juge Corey, « [p]our mériter le respect et la confiance de la société, le système de justice doit faire en sorte que les

procès soient équitables et qu'ils paraissent équitables aux yeux de l'observateur renseigné et raisonnable. Tel est le but fondamental assigné au système de justice dans une société libre et démocratique » (par. 91).

[35] La violation par le juge du procès des normes juridiques et éthiques fondamentales était évidente et non équivoque. Cet incident allait au-delà d'une simple erreur judiciaire et correspondait à un mépris flagrant des lignes directrices juridiques et éthiques établies. Ce manquement remet en question non seulement la compréhension du juge de la légitimité procédurale, mais met en évidence également un mépris grave des principes d'équité et d'impartialité sur lesquels repose le système de justice.

[36] Heureusement, les cas d'inconduite judiciaire de cette nature sont rares. Cela ne veut pas dire qu'ils sont inexistants.

[37] Dans *R. c. H. (C.D.)*, 2015 ONCA 102, [2015] O.J. No. 672 (QL), un juge de première instance a acquitté un accusé d'agression sexuelle et d'autres infractions tout en le déclarant coupable de voies de fait simples. Avant la détermination de la peine, le juge a consulté le site Web de rencontre sur lequel l'accusé et la plaignante s'étaient rencontrés et a plus tard appelé l'agente responsable pour qu'elle se rende à son bureau et lui a dit que l'avocate de la défense [TRADUCTION] « aurait pu discréditer la victime avec tous les renseignements accessibles » si elle avait consulté le site Web (par. 5). À cette étape, le juge avait déjà acquitté l'accusé de certaines des infractions. L'agente a fait part de cette conversation à l'avocate du ministère public, qui a plus tard sollicité l'autorisation d'interjeter appel des acquittements et demandé que le procès soit déclaré nul relativement aux déclarations de culpabilité. Le juge a conclu qu'il s'était acquitté de sa fonction en ce qui concerne les acquittements, mais il a déclaré la nullité du procès relativement aux infractions pour lesquelles il avait déclaré l'accusé coupable. Ce faisant, il a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION]

Les seuls renseignements dont je disposais au moment où j'ai rendu ma décision le 18 décembre 2013 étaient les éléments de preuve entendus en salle d'audience et passés

en revue dans ma décision. J'ai terminé ma décision écrite, quitté le bureau et, lorsque j'étais chez moi pendant la soirée, j'ai consulté par simple curiosité le site Web Match.com qui avait été mentionné dans la preuve. Après m'être inscrit au moyen d'un nom d'utilisateur anonyme, on m'a posé de nombreuses questions très personnelles. Je me suis ensuite déconnecté. Je n'ai pas effectué de recherche au sujet de la plaignante et aucun renseignement au sujet de la plaignante n'a été mis à ma disposition.

Ma conversation avec la détective Lehman au sujet du site Web reposait sur le type et la portée des questions qui m'avaient été posées lors de ma brève période de connexion au site Web la soirée précédente après avoir écrit ma décision et sur le fait que toute personne utilisant le site Web doit divulguer un grand nombre de renseignements personnels. Ce que j'essayais de faire comprendre, c'était que, si l'on pouvait accéder à ce genre de renseignements, cela pourrait être utile comme éventuel outil d'enquête et pour les avocats dans un procès criminel.

Malgré ce que j'ai dit, ma conversation non consignée au dossier avec la détective Lehman en l'absence des avocates était manifestement une erreur de jugement de ma part et constitue le fondement de l'argument de crainte de partialité apparente de ma part invoqué par le ministère public. Le ministère public a clairement indiqué que sa cause ne repose pas sur le fait que je suis partial ou que je l'eusse été, mais sur le fait qu'il y a une apparence de partialité. [par. 7 et 8]

[38] La Cour d'appel de l'Ontario a accueilli l'appel du ministère public, annulé les acquittements et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Ce faisant, elle a dit ce qui suit :

[TRADUCTION]

[...] Deux éléments étayent cette conclusion. (1) En déclarant la nullité du procès, le juge du procès a lui-même reconnu que les verdicts étaient entachés de crainte raisonnable de partialité; et (2) la conduite du juge du procès en effectuant sa propre recherche de preuve pendant que la décision était mise en délibéré – qu'il ait ou non déjà écrit ses motifs ou qu'il ait ou non accédé à des détails concernant la plaignante – et son observation à l'agente

concernant l'utilisation des renseignements se trouvant sur le site Web pour [TRADUCTION] « discréditer » la plaignante ont créé une apparence de partialité. [par. 10]

[39] On trouve un autre exemple d'enquête judiciaire inappropriée dans *R. c. Ghaleenovee*, 2015 ONSC 1707, [2015] O.J. No. 1310 (QL), affaire dans laquelle il a été conclu que l'équité du procès avait été compromise lorsqu'un juge a utilisé une image de Google Street View, qu'il avait lui-même téléchargée, pour tirer une conclusion défavorable sur la crédibilité d'une personne accusée.

[40] Dans *R. c. M. (J.)*, 2021 ONCA 150, [2021] O.J. No. 1218 (QL), le juge a fait référence à un article publié dans la revue *Scientific American* qui n'avait pas été fourni par les avocats au procès. La Cour d'appel de l'Ontario a conclu que [TRADUCTION] « son utilisation compromettait l'intégrité et l'équité du procès » (par. 74).

[41] Aucune de ces affaires ne concernait une motion en suspension d'instance. Peut-être en est-il ainsi parce qu'aucune de ces affaires n'était aussi grave que le cas qui nous occupe. J'estime que les faits dans *H. (C.D.)* sont plutôt inquiétants, mais il s'agissait d'un appel interjeté par le ministère public contre des acquittements. Aucune de ces affaires ne portait sur des conversations privées avec deux agents de police chevronnés afin d'obtenir des renseignements supplémentaires pendant que la décision du juge du procès était mise en délibéré.

[42] En analysant la présente affaire en fonction du critère établi dans l'arrêt *Babos*, il devient évident que les considérations en matière d'équité du procès et d'intégrité du système de justice ont été gravement minées. Selon moi, la violation flagrante par le juge du procès des normes juridiques et éthiques établies constitue un manquement grave à l'équité du procès. Cela s'est produit du fait des conversations privées qu'il a eues avec deux agents de police afin d'obtenir des renseignements supplémentaires pendant que sa décision était en instance. L'injustice créée à l'endroit de M. Morrison, du fait de permettre au juge de continuer de veiller à la bonne marche de son procès, serait indéniable. En outre, l'intégrité du système de justice a sans équivoque

été compromise par les actions du juge et des agents. Par conséquent, l'affaire satisfait à la première étape du test établi dans l'arrêt *Babos*.

[43] La deuxième étape du test mène à des résultats différents, ce qui est probablement la raison pour laquelle la décision mettait uniquement l'accent sur la « catégorie résiduelle ». Si la question était seulement de savoir si le procès était équitable, la discussion aurait pu se terminer là. Dans l'arrêt *Babos*, le juge Moldaver a mentionné que des solutions comme la tenue d'un nouveau procès peuvent corriger le préjudice causé par l'iniquité (par. 39). À mon avis, la récusation du juge du procès et le renvoi de l'affaire à un autre juge auraient été suffisants pour dissiper toute préoccupation au sujet de l'équité du procès, mais cela n'empêcherait pas nécessairement que le système de justice soit rattaché à de fautes graves.

[44] La demande de M. Morrison en vue de la suspension de son procès n'a été examinée qu'en fonction de la « catégorie résiduelle ». Cela est probablement attribuable au fait qu'il était évident pour tous que la tenue d'un nouveau procès réglerait toute question d'iniquité, mais il n'était pas clair que cela permettrait au système de justice de se dissocier de l'inconduite. Cette démarche est logique, mais elle fait abstraction du fait que le préjudice à l'équité du procès, bien qu'il puisse être corrigé, devrait aussi être pris en compte lors de l'évaluation de la gravité de l'inconduite.

[45] À la troisième étape du test, lorsque la catégorie résiduelle est invoquée, le juge saisi de la motion avait pour tâche de déterminer la meilleure option pour protéger l'intégrité du système de justice, à savoir soit de suspendre l'instance soit de tenir un procès malgré l'inconduite qui avait eu lieu. À cette étape, le juge saisi de la motion devait tenir compte de plusieurs facteurs, ce qu'il a fait. Parmi ces facteurs figurent la nature et la gravité de la conduite reprochée. Afin de tenir dûment compte de ce facteur, il incombait de qualifier correctement la gravité de la conduite. Comme il a été expliqué ci-dessus, une erreur a été commise à cette étape et, par conséquent, la conclusion qui découle de l'analyse du juge saisi de la motion est fautive et ne commande aucune déférence.

[46] Si le juge avait qualifié correctement la nature et la portée de l'inconduite visée en l'espèce, il l'aurait alors soupesée avec (1) sa conclusion selon laquelle l'incident en question ne reflétait pas un problème systémique et persistant; (2) la situation de l'accusé; (3) les accusations portées contre l'accusé, et (4) l'intérêt de la société à ce que les accusations soient jugées au fond. Bien que le juge ait soupesé toutes ces considérations, son analyse a été faussée par son défaut de qualifier correctement la gravité de l'inconduite.

[47] Dans l'arrêt *Babos*, le juge Moldaver a illustré ce fait par un exemple qui, à mon avis, est pertinent :

La situation hypothétique suivante peut servir d'exemple utile. Prenons le cas où l'on constate, à l'issue du procès, que les policiers ont corrompu le jury pour qu'il déclare l'accusé coupable. Manifestement, la conduite des policiers porterait atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable, mais aussi à l'intégrité du système de justice.

La tenue d'un nouveau procès corrigerait vraisemblablement l'iniquité du premier procès, mais l'analyse ne se terminerait pas là. Le tribunal aurait aussi à décider si la tenue d'un nouveau procès ou une autre réparation serait suffisante pour lui permettre de se dissocier du préjudice causé à l'intégrité du système de justice par la conduite répréhensible des policiers. Si aucune réparation n'est adéquate, le tribunal doit procéder à la mise en balance et décider si l'intégrité du système de justice serait mieux servie par un arrêt des procédures ou par un procès complet sur le fond. Vu la gravité de la conduite répréhensible – la corruption du jury va à l'encontre de l'essence même du système de justice pénale – l'arrêt des procédures pourrait fort bien s'imposer dans la catégorie résiduelle pour neutraliser la menace à l'intégrité du système de justice, bien qu'un deuxième procès aurait permis de remédier à l'iniquité ayant entaché le premier. [par. 46 et 47]

[48] Remplacer cette situation hypothétique par la situation en l'espèce mène à la même conclusion.

[49] Il s'agissait d'inconduite judiciaire grave du genre qui choque la conscience de la collectivité et heurte son sens du franc-jeu et de la décence. Les juges occupent une position de confiance au sein de notre collectivité, et le public est en droit de présumer qu'ils agiront conformément aux normes juridiques et éthiques directrices. Lorsque je soupèse l'inconduite en question et la conclusion du juge saisi de la motion selon laquelle le problème n'était pas systémique ou persistant, conjuguée à la situation particulière de M. Morrison, à la nature des accusations portées contre lui et à l'intérêt de la société à ce que les accusations soient jugées au fond, il m'apparaît clair que la balance penche considérablement en faveur de la suspension de l'instance. Une telle mesure sert de forte répudiation de l'inconduite qui a eu lieu en l'espèce et est essentielle à la préservation ou au rétablissement de l'intérêt du public dans l'intégrité du système de justice. Opter pour une solution moins draconienne ne permettrait pas au système de justice de se dissocier convenablement d'une telle conduite répréhensible. Par conséquent, la présente instance constitue un parfait exemple où il est justifié et nécessaire d'invoquer la mesure extraordinaire qu'est la suspension de l'instance.

[50] Il est essentiel de souligner que la décision de suspendre l'instance, comme mesure permettant au système de justice de se dissocier de l'inconduite observée, maintient non seulement l'intégrité du système de justice, mais sert en outre de forte dénonciation de la conduite inappropriée. Cela met en évidence la gravité de la situation, tout particulièrement en l'espèce, où les deux agents de police expérimentés en cause ont admis avoir fourni des renseignements au juge, ne se souciant pas du caractère inapproprié de leurs actions. Par conséquent, il doit être expressément indiqué que des conversations privées entre des juges et des témoins, y compris des agents de police, au sujet d'affaires pénales en cours, sont absolument inappropriées. Bien que le fait que de telles discussions soient amorcées par un juge pourrait pousser des gens à y participer, la présente décision devrait être instructive, leur donnant le pouvoir de refuser de participer à de telles discussions et leur prescrivant d'en informer rapidement l'avocat du ministère public ou l'avocat de la défense.

IV. Conclusion

[51] C'est pour ces motifs que je me suis associé à mes collègues pour accueillir l'appel, annuler les déclarations de culpabilité et ordonner la suspension de l'instance.