

**Winston Livingstone Scott Appellant**

v.

**Her Majesty The Queen Respondent**

and

**The Attorney General for Ontario Intervener**

INDEXED AS: R. v. SCOTT

File No.: 21400.

1990: June 18; 1990: December 13.

Present: Dickson C.J.\* and Lamer C.J.\*\* and Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO**

*Criminal law — Abuse of process — Stay and recommencement of proceedings — Stay sought by Crown to avoid unsavourable ruling — Proceedings subsequently reinstated — Whether stay and recommencement of proceedings constituted abuse of process — Whether Crown's action violates s. 7 or s. 11(d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 508.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Stay and recommencement of proceedings — Stay sought by Crown to avoid unsavourable ruling — Proceedings subsequently reinstated — Whether Crown's action violates s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C 1970, c. C-34, s. 508.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Fair trial — Stay and recommencement of proceedings — Stay sought by Crown to avoid disclosing identity of police informer — Proceedings subsequently reinstated — Whether accused denied right to make full answer and defence — Whether Crown's action violates s. 11(d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 508.*

*Criminal law — Procedure — Witness appearing in courtroom after Crown's final submissions — Whether*

**Winston Livingstone Scott Appellant**

c.

**Sa Majesté la Reine Intimée**

a

et

**Le procureur général de l'Ontario Intervenant**

RÉPERTORIÉ: R. C. SCOTT

b

Nº du greffe: 21400.

1990: 18 juin; 1990: 13 décembre.

Présents: Le juge en chef Dickson \*, le juge en chef c Lamer \*\* et les juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et McLachlin.

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

d

*Droit criminel — Abus de procédure — Arrêt et reprise de procédures — Arrêt demandé par le ministère public pour éviter une décision défavorable — Reprise subséquente des procédures — L'arrêt et la reprise des procédures constituent-ils un abus de procédure? — L'action du ministère public viole-t-elle les art. 7 ou 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 508.*

e

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Arrêt et reprise de procédures — Arrêt demandé par le ministère public pour éviter une décision défavorable — Reprise subséquente des procédures L'action du ministère public viole-t-elle l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 508.*

f

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès équitable — Arrêt et reprise de procédures — Arrêt demandé par le ministère public pour éviter la divulgation de l'identité d'un indicateur de police — Reprise subséquente des procédures — A-t-on nié à l'accusé son droit à une défense pleine et entière? — L'action du ministère public viole-t-elle l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 508.*

g

*Droit criminel — Procédure — Arrivée d'un témoin dans la salle d'audience après l'exposé final du ministère public — Le juge du procès a-t-elle commis une erreur en refusant d'entendre la déposition du témoin*

\* Chief Justice at the time of hearing.

\*\* Chief Justice at the time of judgment.

\* Juge en chef à la date de l'audition.

\*\* Juge en chef à la date du jugement.

*trial judge erred in refusing to hear evidence of witness where accused claiming to have been entrapped.*

*Criminal law — Defence — Entrapment — Manner in which entrapment claim should be dealt with by the courts.*

*Criminal law — Procedure — Witness failing to appear in court although served with subpoena — Whether trial judge erred in failing to issue material witness warrant.*

*Evidence — Privilege respecting police informers — Defence counsel seeking to question police officer as to identity of informer — Refusal by trial judge to permit disclosure of informer's identity — Whether accused denied right to make full answer and defence.*

Defence counsel in the course of cross-examination posed a question which would have led to disclosure of the identity of a police informer. Crown counsel objected to the question as being irrelevant and exercised her discretion to stay the proceedings under s. 508(1) of the *Criminal Code*. The proceedings were then re-instituted under s. 508(2). The defence was unsuccessful in its application to stay the proceedings for abuse of process at this stage and at the commencement of the new trial. During the course of the new trial, defence counsel again tried to put a line of questions which would ultimately identify the informer, arguing that it was relevant to the issue of entrapment. The trial judge held the disclosure of the informer's identity unnecessary because there had been no evidence of entrapment to this point. After the Crown had completed its case, defence counsel advised that he would not be calling evidence and then, at the suggestion of the trial judge, sought and was granted an adjournment in order to have a witness located and served with a subpoena. The witness failed to appear at the resumption of the trial and the appellant's request that a material witness warrant be issued pursuant to s. 626 of the *Code* was denied. Following this ruling, and after counsel for the Crown and a co-accused had completed their submissions, the witness appeared in the courtroom. The trial judge refused the appellant's request to re-open the case to allow the witness to testify because his evidence would still be immaterial absent other evidence of entrapment. The appellant was convicted on four counts of trafficking in a narcotic and one count of possession for the purpose of trafficking. His appeal to the Court of Appeal for Ontario was dismissed.

*alors que l'accusé prétendait avoir été piégé par la police?*

*Droit criminel — Défense — Provocation policière — Façon dont les tribunaux devraient traiter d'une allégation de provocation policière.*

*Droit criminel — Procédure — Non-comparution d'un témoin malgré la signification d'une assignation — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en refusant de décerner un mandat d'amener à l'endroit d'un témoin essentiel?*

*Preuve — Privilège relatif aux indicateurs de police — Tentative de l'avocat de la défense d'interroger un agent de police quant à l'identité d'un indicateur — Refus du juge du procès d'autoriser la divulgation de l'identité de l'indicateur — A-t-on nié à l'accusé son droit à une défense pleine et entière?*

Au cours du contre-interrogatoire, l'avocat de la défense a posé une question qui aurait amené la divulgation de l'identité d'un indicateur de police. Le substitut du procureur général s'est opposé à la question pour le motif qu'elle n'était pas pertinente et a exercé le pouvoir discrétionnaire d'arrêter les procédures, que lui reconnaît le par. 508(1) du *Code criminel*. Les procédures ont par la suite été reprises en vertu du par. 508(2). La demande de suspension d'instance pour abus de procédures présentée par la défense à ce stade et au début du nouveau procès a été rejetée. Au cours du nouveau procès, l'avocat de la défense a essayé de reprendre le même interrogatoire qui aurait identifié en définitive l'indicateur, alléguant sa pertinence quant à la question de la provocation policière. Le juge du procès a statué que la divulgation de l'identité de l'indicateur n'était pas nécessaire parce qu'il n'y avait à ce stade-là aucune preuve de provocation policière. Après que le ministère public eut complété sa preuve, l'avocat de la défense a indiqué qu'il n'allait pas appeler de témoin, puis, à la suggestion du juge du procès, il a demandé et obtenu un ajournement pour lui permettre de retrouver et d'assigner le témoin. Ce dernier n'a pas comparu à la reprise du procès et on a rejeté la demande de l'appelant visant à obtenir un mandat d'amener un témoin essentiel en application de l'art. 626 du *Code*. Après cette décision et après l'exposé final du substitut du procureur général et de l'avocat d'un coaccusé, le témoin est entré dans la salle d'audience. Malgré la demande de l'appelant, le juge du procès a refusé de rouvrir les débats pour permettre au témoin de déposer, parce que son témoignage ne serait toujours pas pertinent puisque aucune preuve de provocation policière n'avait encore été produite. L'appelant a été déclaré coupable à l'égard de quatre chefs de trafic de stupéfiants et d'un chef de possession d'un stupéfiant en vue d'en faire le trafic. Son appel à la Cour d'appel de l'Ontario a été rejeté.

The issues raised in this appeal are: (1) whether the stay sought at the first trial followed by the commencement of fresh proceedings by the Crown constituted an abuse of process; and (2) whether the appellant was precluded from making full answer and defence to the charges.

*Held* (Lamer C.J. and La Forest, Sopinka and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Dickson C.J. and Wilson, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ.: The Crown acted properly in staying the proceedings to protect the identity of the informer and in moving at the first reasonable opportunity to renew the proceedings. It could not be said that the appellant was prejudiced in any way by delay in his trial as he was at all times in custody on another matter. Neither the stay nor the re-institution of the proceedings constituted an abuse of process or an infringement of any *Charter* rights.

The trial judge made no error in refusing to permit cross-examination that would have revealed the identity of the police informer. None of the exceptions to the rule against disclosure applies to the case at bar. The alleged informer could not have been a material witness to any of the incidents comprising the counts of the indictment. There was no evidence upon which an argument could be made that the informer acted as an *agent provocateur*. Nor was any attack made on the validity of the search warrant that might have required a disclosure of the informer's identity.

In refusing to issue the material witness warrant requested by defence counsel, the trial judge exercised her discretion in accordance with the appropriate principles of law and made no error in this ruling that could justify overturning her discretion. She was not satisfied that the prerequisite conditions to the issuance of the warrant had been fulfilled or that the evidence of the witness would be material.

It was not unreasonable for the trial judge to exercise her discretion and refuse to permit the witness to be called when he appeared in the courtroom following the final submissions of counsel for the Crown and for the co-accused. No explanation was offered as to the way in which the evidence of the witness would be relevant. The trial judge had an obligation to ensure that the trial proceeded in a reasonably expeditious and orderly manner. She had to take into account, not simply the effect of delay and inconvenience, but the possibility of prejudice to the co-accused. Furthermore, the evidence adduced made it apparent that the appellant could not

Les questions soulevées dans le présent pourvoi sont de savoir (1) si l'arrêt des procédures à l'initiative du ministère public au premier procès, suivi de leur reprise constituent un abus de procédure; et (2) si l'appelant a été empêché d'opposer aux accusations une défense pleine et entière.

*Arrêt* (le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka et McLachlin sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

*b* *Le juge en chef Dickson et les juges Wilson, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory:* Le substitut du procureur général a agi à bon droit en arrêtant les procédures pour protéger l'identité de l'indicateur et en demandant, dès qu'elle en a eu raisonnablement la possibilité, la reprise des procédures. On ne peut pas dire que l'appelant a souffert des délais, car il était en détention tout ce temps-là relativement à une autre affaire. Ni l'arrêt ni la reprise des procédures ne constituent un abus de procédure ou une violation d'un droit garanti par la *Charte*.

*e* *Le juge du procès n'a pas commis d'erreur en refusant d'autoriser le contre-interrogatoire qui aurait divulgué l'identité de l'indicateur de police. Aucune des exceptions à la règle contre la divulgation ne s'applique en l'espèce. L'indicateur en cause ne pouvait avoir été témoin des incidents visés dans les chefs d'accusation. La preuve en l'espèce ne permettait d'avancer aucun argument selon lequel l'indicateur aurait agi à titre d'agent provocateur. On n'a aucunement contesté la validité du mandat de perquisition qui aurait pu nécessiter la divulgation de l'identité de l'indicateur.*

*g* *En refusant de décerner un mandat d'amener à l'endroit d'un témoin essentiel, le juge du procès a exercé son pouvoir discrétionnaire en conformité avec les principes de droit applicables et, en rendant cette décision, elle n'a pas commis d'erreur qui puisse autoriser l'annulation de sa décision. Elle n'était pas convaincue que les conditions requises avaient été remplies ou que la déposition du témoin aurait été essentielle.*

*i* *Il n'était pas déraisonnable que le juge du procès, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, refuse de permettre que le témoin soit appelé à déposer lorsqu'il s'est présenté dans la salle d'audience après l'exposé final du substitut du procureur général et de l'avocat du coaccusé. On n'a pas expliqué en quoi la déposition du témoin serait pertinente. Le juge du procès avait l'obligation de s'assurer que le procès se déroule de manière raisonnablement expéditive et ordonnée. Elle devait tenir compte non seulement des effets du retard et des inconvénients, mais encore de la possibilité de préjudice pour le coaccusé. En outre, la preuve produite démontre*

have met the burden of showing on the balance of probabilities that entrapment occurred.

*Per* Lamer C.J. and La Forest and McLachlin JJ. (dissenting): The conduct of the Crown in staying the proceedings to avoid an adverse judicial ruling and then recommencing them constituted an abuse of process. The use of the power to stay, combined with re-institution of proceedings as a means of avoiding an unfavourable ruling, gives the Crown an advantage not available to the accused. The normal and proper operation of the judicial system contemplates that judicial errors be corrected through the appeal process. The fact that the Crown acted in good faith is insufficient to justify an abuse of process.

The public has an interest in prosecuting crimes as well as in protecting the identity of informers. Both interests could have been met had the Crown adopted the alternative of calling no further evidence and appealing the resulting acquittal. In the circumstances, it cannot be said that the public interest justified or offset the affront to justice and fairness involved in the course the Crown chose to follow. As the case for abuse of process had been established, it was unnecessary to consider whether a breach of s. 11(b) of the *Charter* had occurred.

The trial judge erred in refusing to hear the witness on the issue of entrapment. The issue of entrapment is to be determined separately from the issue of guilt or innocence and the only question is whether the entrapment constitutes an abuse of process requiring that the proceedings be stayed or set aside. Implicit in the notion of entrapment is the concession of having committed at least the *actus reus* of the offence and fairness suggests that the accused should not be obliged to call evidence on this question until after the principal issue of guilt or innocence has been determined. It was far from clear that the witness's evidence would have been irrelevant and the appellant was entitled to call evidence relevant to entrapment after the verdict on his guilt.

The Crown's abuse of process could not be rectified by a new trial and a stay of proceedings should be entered.

*Per* Sopinka J. (dissenting): The reasons of Cory J. concerning s. 508 of the *Criminal Code* and the cross-examination of the police officer were agreed with. The trial judge properly exercised her discretion in refusing

à l'évidence que l'accusé n'aurait pas pu s'acquitter de la charge de prouver la provocation policière par prépondérance des probabilités.

*Le juge en chef Lamer et les juges La Forest et McLachlin (dissidents):* L'action du ministère public d'arrêter les procédures pour contourner une décision défavorable et de les reprendre plus tard constitue un abus de procédure. Utiliser le pouvoir d'arrêter les procédures et les reprendre plus tard comme moyen de se soustraire à une décision défavorable donne à la poursuite un avantage dont l'accusé ne peut se prévaloir. Le fonctionnement normal et ordinaire du système judiciaire veut que les erreurs judiciaires soient corrigées par le processus d'appel. Le fait que le ministère public a agi de bonne foi ne suffit pas à justifier un abus de procédure.

*La société a un intérêt à traduire les criminels en justice et à protéger l'identité des indicateurs. Ces deux intérêts auraient pu être protégés si on avait choisi d'arrêter la présentation de la preuve et d'interjeter appel de l'acquittement qui serait intervenu. Dans ces circonstances, on ne peut soutenir que l'intérêt de la société justifie ou compense l'atteinte à la justice et à l'équité que comportait l'action du ministère public. Comme on a démontré l'abus de procédure, il est inutile d'examiner s'il y a eu violation de l'al. 11b) de la Charte.*

*Le juge du procès a commis une erreur en refusant d'entendre le témoin au sujet de la provocation policière. La question de la provocation policière doit être tranchée indépendamment de celle de la culpabilité ou de l'innocence. La seule question à trancher est de savoir si la provocation policière constitue un abus de procédure qui exige que les procédures soient arrêtées ou infirmées.*

*La notion de provocation policière comporte implicitement l'aveu d'avoir accompli l'*actus reus* de l'infraction et l'équité suppose que l'accusé ne devrait pas être obligé de soumettre des éléments de preuve sur ce sujet avant que la question principale de sa culpabilité ou de son innocence ait été tranchée. Il est loin d'être certain que la déposition du témoin n'aurait pas été pertinente et l'appelant avait le droit de présenter des éléments de preuve au sujet de la provocation policière après sa déclaration de culpabilité.*

*Un nouveau procès ne corrigerait pas l'abus de procédure commis par le ministère public et il faut ordonner une suspension d'instance.*

*Le juge Sopinka (dissident): Les motifs du juge Cory reçoivent l'accord du juge Sopinka en ce qui concerne l'art. 508 du *Code criminel* et le contre-interrogatoire de l'agent de police. Le juge du procès a bien exercé son*

to issue a material witness warrant. The conclusion of McLachlin J. with respect to the propriety of the trial judge's refusal to reopen the case was agreed with. Although the trial judge erred in refusing to reopen the case, there was no need for a new trial. The substantive verdict of guilty did not need to be disturbed since the evidence relevant to entrapment is not relevant to culpability. In order to rectify the error and restore the appellant's opportunity to make full answer and defence, it was only necessary to vacate the formal conviction and remit the matter to the trial judge for an evidentiary hearing on the issue of entrapment.

pouvoir discrétionnaire en refusant de décerner un mandat à l'endroit d'un témoin essentiel. Le juge Sopinka est d'accord avec la conclusion du juge McLachlin sur le bien-fondé du refus du juge du procès de rouvrir l'affaire. Nonobstant l'erreur du juge du procès quand elle a refusé de rouvrir l'affaire, la tenue d'un nouveau procès n'est pas nécessaire. Il n'est pas nécessaire de modifier le verdict de culpabilité puisque la preuve relative à la provocation policière n'est pas pertinente. Pour corriger l'erreur et redonner à l'appellant la possibilité de présenter une défense pleine et entière, il suffit d'écartier la déclaration de culpabilité et de renvoyer l'affaire au juge du procès pour que la preuve relative à la question de la provocation policière soit entendue.

#### **Jurisprudence**

Citée par le juge Cory

#### **Cases Cited**

By Cory J.

**Referred to:** *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60; *R. v. Hunter* (1987), 34 C.C.C. (3d) 14; *R. v. Fortin* (1989), 33 O.A.C. 123; *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903; *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657; *Roviaro v. United States*, 353 U.S. 53 (1957); *R. v. Davies* (1982), 1 C.C.C. (3d) 299; *R. v. Kinzie* (1956), 25 C.R. 6; *Darville v. The Queen* (1956), 25 C.R. 1; *Amato v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 418; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421.

**Arrêts mentionnés:** *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *R. v. Hunter* (1987), 34 C.C.C. (3d) 14; *R. v. Fortin* (1989), 33 O.A.C. 123; *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903; *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657; *Roviaro v. United States*, 353 U.S. 53 (1957); *R. v. Davies* (1982), 1 C.C.C. (3d) 299; *R. v. Kinzie* (1956), 25 C.R. 6; *Darville v. The Queen* (1956), 25 C.R. 1; *Amato c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 418; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

By McLachlin J. (dissenting)

*R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659; *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657; *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *R. v. Moore*, [1988] 1 S.C.R. 1097; *R. v. McAnish and Cook* (1973), 15 C.C.C. (2d) 494; *R. v. Scheller (No. 1)* (1976), 32 C.C.C. (2d) 273; *R. v. Weightman and Cunningham* (1977), 37 C.C.C. (2d) 303; *R. v. Banas and Havercamp* (1982), 36 O.R. (2d) 164; *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903.

*f* *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659; *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657; *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *R. c. Moore*, [1988] 1 R.C.S. 1097; *R. v. McAnish and Cook* (1973), 15 C.C.C. (2d) 494; *R. v. Scheller (No. 1)* (1976), 32 C.C.C. (2d) 273; *R. v. Weightman and Cunningham* (1977), 37 C.C.C. (2d) 303; *R. v. Banas and Havercamp* (1982), 36 O.R. (2d) 164; *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903.

Citée par le juge Sopinka (dissident)

By Sopinka J. (dissenting)

*R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903.

#### **Statutes and Regulations Cited**

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 11(b), (d), 24(2).

*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 2 "Attorney General", 508 [am. 1972, c. 13, s. 43; 1985, c. 19, s. 117], 626.

*Charter canadienne des droits et libertés*, art. 7, 11b), d), 24(2).

*i* *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 2 «procureur général», 508 [mod. 1972, ch. 13, art. 43; (1985), ch. 19, art. 117], 626.

#### **Authors Cited**

Bewers, M. S. "Comments—Defendant's Right to a Confidential Informant's Identity" (1979), 40 *La. L. Rev.* 146.

#### **Doctrine citée**

*j* Bewers, M. S. «Comments—Defendant's Right to a Confidential Informant's Identity» (1979), 40 *La. L. Rev.* 146.

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1987.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.

Williams, Paul W. "The Defense of Entrapment and Related Problems in Criminal Prosecution" (1959), 28 *Fordham L. Rev.* 399.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal, Nos. 200/88 and 220/88, February 2, 1989, dismissing the appellant's appeal from his conviction of trafficking in a narcotic and possession of a narcotic for the purpose of trafficking. Appeal dismissed, Lamer C.J. and La Forest, Sopinka and McLachlin JJ. dissenting.

*Bruce R. Shilton*, for the appellant.

*R. W. Hubbard*, for the respondent.

*W. J. Blacklock*, for the intervener.

The judgment of Dickson C.J. and Wilson, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ. was delivered by

CORY J.—Two issues are raised by the appellant. First, it is said that the stay sought at the first trial followed by the commencement of fresh proceedings by the Crown constitute an abuse of process.

The second, and somewhat more difficult issue, is whether the accused Scott was precluded from making full answer and defence to the charges of trafficking in cocaine. The appellant's argument is based upon three rulings of the trial judge. The first prohibited the accused from cross-examining a police officer as to the identity of the informer involved in the case. Next, the trial judge refused to issue a material arrest warrant for a witness. Finally, the judge refused to re-open the trial to allow a witness to testify at a time when the evidence appeared to have been completed and counsel for the Crown and the co-accused had completed their final submissions.

### Factual Background

Scott and his half-brother Donald Mitchell were charged on several counts relating to the posses-

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1987.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.

Williams, Paul W. «The Defense of Entrapment and Related Problems in Criminal Prosecution» (1959), 28 *Fordham L. Rev.* 399.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, N<sup>o</sup> 200/88 et 220/88, 2 février 1989, qui a rejeté l'appel de l'appelant contre sa déclaration de culpabilité de trafic d'un stupéfiant et de possession d'un stupéfiant en vue d'en faire le trafic. Pourvoi rejeté, le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka et McLachlin sont dissidents.

*Bruce R. Shilton*, pour l'appelant.

*R. W. Hubbard*, pour l'intimée.

*W. J. Blacklock*, pour l'intervenant.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Wilson, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory rendu par

LE JUGE CORY—L'appelant soulève deux questions. Premièrement, il affirme que l'arrêt des procédures à l'initiative du ministère public lors du premier procès, ainsi que leur reprise, constituent un abus de procédure.

La seconde question pose un peu plus de difficulté. Il s'agit de décider si l'accusé Scott a été empêché de présenter une défense pleine et entière à l'égard d'inculpations de trafic de cocaïne. L'argument de l'appelant repose sur trois décisions du juge du procès. Par la première, le juge a interdit à l'accusé de contre-interroger un policier au sujet de l'identité de l'indicateur en cause dans l'affaire. Puis, elle a refusé de décerner un mandat d'amener à l'endroit d'un témoin essentiel. Enfin, le juge a refusé de rouvrir les débats pour permettre à un témoin de déposer, au moment où les dépositions semblaient avoir pris fin et où le substitut du procureur général et le coaccusé avaient terminé leur exposé final.

### Historique des faits

Scott et son demi-frère Donald Mitchell ont été inculpés de plusieurs infractions de possession de

sion of cocaine for the purposes of trafficking. Scott was charged alone on three counts, Mitchell individually on one count, and the two were jointly charged on three counts.

On December 20, 1985, Ronald Wretham, a police constable working undercover, acting on information received from an informer, initiated talks with Scott. Over the next five months, Scott made a number of sales of cocaine to Wretham, sought loans from the officer in order to purchase substantial amounts of cocaine and promised to supply the officer with a large quantity of the drug. During this period there were numerous meetings and conversations and various amounts of cocaine were delivered in exchange for funds paid by Wretham.

The circumstances of the requested loans are of some significance. On January 24, 1986, the undercover officer met with Scott at Mitchell's residence. During this meeting Scott suggested a "business proposition" to the officer. Scott stated that he was prepared to "front" fairly large quantities of cocaine—one or two ounces at a time—to Wretham on credit. Wretham would pay him back later when he in turn had sold the cocaine. Wretham declined the offer, explaining that through his business he always had short-term access to funds that could be used to purchase cocaine. On hearing that, Scott told the officer that he could supply him with larger quantities of cocaine and that the unit price would be cheaper as the quantities purchased increased. He advised the officer that he would soon receive a kilo of cocaine. Wretham confirmed that he would be interested in purchasing a part, perhaps a pound, of that amount.

Discussions as to the arrangements for purchasing a portion of the kilo of cocaine continued. At Scott's request, Wretham met him on February 22. At that time Scott told the officer that he would have to get a lesser amount of cocaine from a different source. He explained that he would need to pay for the drug before he could supply it to Wretham. He asked the officer to loan him two to three thousand dollars for a few days. He offered his car, a BMW, as collateral. He suggested that in addition to supplying one pound of

cocaine en vue d'en faire le trafic. Scott a été inculpé seul de trois infractions, Mitchell, inculpé seul d'une infraction, et tous deux se sont vu imputer conjointement trois infractions.

- <sup>a</sup> Le 20 décembre 1985, sur la foi de renseignements d'un indicateur, Ronald Wretham, agent d'infiltation a pris contact avec Scott. Au cours des cinq mois suivants, Scott a vendu de la cocaïne à Wretham à plusieurs reprises, a demandé au policier de lui avancer des fonds pour acheter d'importantes quantités de cocaïne et lui a promis de lui fournir une grande quantité de ce stupéfiant. Pendant cette période, de nombreuses rencontres et conversations ont eu lieu et diverses quantités de cocaïne ont été livrées à Wretham moyennant paiement.

Les circonstances dans lesquelles les demandes de prêts ont été faites revêtent une certaine importance. Le 24 janvier 1986, l'agent d'infiltation a rencontré Scott chez Mitchell. Durant cette rencontre, Scott lui a proposé une «affaire». Scott a affirmé être disposé à lui avancer à crédit d'assez fortes quantités de cocaïne—une ou deux onces à la fois. Wretham le rembourserait plus tard, après avoir revendu les stupéfiants. Wretham a refusé l'offre, en expliquant que, grâce à son entreprise, il disposait toujours de fonds à court terme pour acheter de la cocaïne. Entendant cela, Scott a dit au policier qu'il pourrait lui fournir des quantités de cocaïne plus importantes; plus la quantité serait importante, plus le prix à l'unité serait bas. Il a informé le policier qu'il allait bientôt recevoir un kilo de cocaïne. Wretham a confirmé être intéressé à en acheter une partie, peut-être une livre.

- <sup>b</sup> Les discussions visant l'achat de cocaïne se sont poursuivies. À la demande de Scott, Wretham l'a rencontré le 22 février. Scott lui a alors dit que, pour obtenir une quantité moins grande de cocaïne, il devait changer de source. Il lui a expliqué qu'il devrait payer le stupéfiant avant de le lui livrer. Il a demandé au policier de lui prêter deux à trois mille dollars pendant quelques jours. Il a offert sa voiture, une BMW, en garantie. Il lui a proposé de lui donner une once et demie de cocaïne gratuitement à titre d'intérêt sur le prêt, en plus de

ninety per cent pure cocaine at an agreed-upon price, he would give Wretham one and a half ounces of cocaine free as interest on the loan. Wretham took some time to think about the offer and eventually agreed to make the loan on terms that were substantially similar to those suggested by Scott. Although the loan was never made, Scott agreed to supply Wretham with a pound of cocaine.

As time passed, Wretham concluded that Scott had the cocaine in his possession but was stalling on his promise to deliver it. At their last meeting, a disagreement arose as to how the deal was to be completed. Wretham sensed their relationship was deteriorating. He called in his supporting officers and arrested Scott. A warrant to search Scott's apartment was obtained based in part on information supplied by the same informer who had initially told the police that Scott was selling drugs.

The search of Scott's premises resulted in the seizure of a quantity of cocaine and paraphernalia used in the processing and packaging of the drug. It must be noted that the validity of the search warrant itself has never been attacked. Rather, the appellant has challenged the refusal of the trial judge to permit cross-examination that would identify the informer who had supplied the information both as to Scott's drug-related activities and for the search warrant.

#### The Initial Trial and the Stay of Proceedings

The procedural history of this case is important and must be set out in some detail. Scott elected to be tried by judge alone. On the second day of the trial, during the cross-examination of the investigating officer, the presiding judge permitted defence counsel to ask the officer why a person by the name of Winston Ross had been arrested on the same day as the appellant. When this question was put to the officer, Crown counsel objected strenuously on the grounds that it was irrelevant and would inevitably lead to the identification of the police informer. She argued that if Ross had material information to give to the court he could

lui fournir, à un prix convenu, une livre de cocaïne pure à quatre-vingt-dix pour cent. Wretham a pris le temps de réfléchir à cette offre, puis a fini par consentir le prêt à Scott à des conditions semblables, pour l'essentiel, à celles que ce dernier lui avait proposées. Bien que le montant du prêt n'ait jamais été versé, Scott a accepté de fournir à Wretham une livre de cocaïne.

b

Avec le temps, Wretham a fini par se rendre compte que Scott avait la cocaïne en sa possession, mais hésitait à la lui livrer. À leur dernière rencontre, il y a eu désaccord sur les modalités du transfert. Wretham a eu l'impression que leurs rapports se détérioraient. Il a appelé les agents qui le secondaient et a arrêté Scott. On a obtenu un mandat de perquisition pour fouiller l'appartement de Scott. Certains des renseignements allégués pour obtenir le mandat avaient été fournis par le même indicateur qui avait tout d'abord averti la police que Scott vendait de la drogue.

Par suite de la fouille de l'appartement de Scott, on a saisi de la cocaïne et divers objets servant à la transformation et à l'emballage de la drogue. Il faut signaler que la validité du mandat de perquisition lui-même n'a jamais été attaquée. L'appelant a plutôt contesté le refus du juge du procès de permettre un contre-interrogatoire susceptible de mener à l'identification de l'indicateur qui avait fourni des renseignements à la fois sur les activités de trafiquant de Scott et à l'appui de la demande de mandat de perquisition.

#### Le premier procès et l'arrêt des procédures

Dans cette affaire, le déroulement des procédures est important et mérite qu'on l'expose de façon détaillée. Scott a choisi d'être jugé par un juge seul. Le deuxième jour du procès, pendant le contre-interrogatoire de l'agent de police chargé de l'enquête, le juge a permis à l'avocat de la défense de lui demander pourquoi une personne nommée Winston Ross avait été arrêtée le même jour que l'appelant. Quand cette question a été posée au policier, le substitut du procureur général s'y est opposé vigoureusement en alléguant qu'elle n'était pas pertinente et qu'elle permettrait inévitablement d'établir l'identité de l'indicateur. Elle a

be subpoenaed and called as a witness. In response to the submission the trial judge stated:

I have some difficulty with the relevancy of the question. Of course, cross-examination can be for numerous purposes, and I am not sure what the purpose of the question is but I think counsel should go on and maybe sometime we will know what the relevancy of the question is.

Crown counsel conscientiously attempted to draw the attention of the judge to the decision of this Court in *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60. She strongly urged that the import of the decision was binding and applicable to the ruling she sought. The trial judge made it crystal clear that he did not wish to hear her submissions on this point. As a consequence, Crown counsel exercised her discretion under s. 508(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, to stay the proceedings. She explained that "the questioning [His] Honour has permitted would be one that would reveal whether or not a particular person was an informant".

### The Recommencement of Proceedings

Shortly thereafter, pursuant to s. 508(2) of the *Code*, the Crown notified the clerk of the District Court that the proceedings against the appellant Scott were being re-instituted. When the indictment was presented before Locke Dist. Ct. J., defence counsel moved to have the proceedings stayed. The appellant argued that the decision of the Crown to stay and then to recommence proceedings amounted to an abuse of process. It was said that the Crown's motive for invoking ss. 508(1) and (2) was "oblique" because Crown counsel was simply using the power granted by the section to circumvent an evidentiary ruling with which she disagreed.

Locke Dist. Ct. J. refused the appellant's application to stay the proceedings. He found that the question which provoked the Crown counsel's objection "was clearly capable of eliciting an answer disclosing the identity of any police infor-

soutenu que si Ross détenait des informations pertinentes, il pouvait être assigné. Le juge du procès a répondu ceci à cet argument:

[TRADUCTION] La pertinence de la question fait problème, à mon sens. Naturellement, le contre-interrogatoire peut viser de nombreux objectifs, et je ne suis pas certain du but de la question, mais je pense que l'avocat devrait la poser et nous saurons peut-être plus tard si elle est pertinente.

b Le substitut du procureur général a tenté consciencieusement de rappeler au juge l'arrêt *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, de notre Cour. Elle a fait valoir énergiquement que cet arrêt devait obligatoirement être suivi et qu'il s'appliquait à la décision qu'elle-même recherchait. Le juge du procès a fait connaître de façon non équivoque sa volonté de ne pas entendre son argumentation sur ce point. Par conséquent, le substitut du procureur général a exercé le pouvoir discrétionnaire que lui accorde le par. 508(1) du *Code criminel*, S.R.C. 1970 , ch. C-34, et a arrêté les procédures. Elle a expliqué que [TRADUCTION] «l'interrogatoire que [M.] le juge a autorisé serait de nature à révéler si une personne en particulier était ou non un indicateur».

### La reprise des procédures

f Peu après, le ministère public, conformément au par. 508(2) du *Code*, a avisé le greffier de la Cour de district de la reprise des procédures engagées contre l'appelant Scott. Lorsque l'acte d'accusation a été déposé devant le juge Locke de la Cour de district, l'avocat de la défense a demandé une suspension d'instance. L'appelant a soutenu que la décision du ministère public d'arrêter les procédures, puis de les reprendre, constituait un abus de procédure. Il a affirmé que le ministère public avait employé un moyen «détourné» en invoquant les par. 508(1) et (2) parce que le substitut du procureur général avait eu recours au pouvoir accordé par ces dispositions pour éluder l'effet d'une décision sur la preuve avec laquelle elle était en désaccord.

j Le juge Locke a rejeté la demande de suspension présentée par l'appelant. Il a estimé que la question qui avait provoqué l'objection du substitut du procureur général [TRADUCTION] «était nettement de nature à produire une réponse dévoilant l'iden-

mant who may have existed" and that "the identity of an informant, in this case, would be an unnecessary ingredient to establish the innocence of the accused", particularly since the case involved the alleged sale of narcotics to an undercover police officer. He pointed out that despite being given the opportunity to do so, defence counsel failed to establish an evidentiary basis during the cross-examination of the police officer to show any relevance for ascertaining the identity of the informer. Further, he indicated that the Crown's objection had not been given the consideration it merited.

Relying on a decision of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Hunter* (1987), 34 C.C.C. (3d) 14, Locke Dist. Ct. J. expressed the opinion that the trial judge should have taken greater care to determine whether the identification of the informer was necessary. He found, as well, that there was nothing oblique or improper in Crown counsel's invocation of s. 508 of the *Code* to protect the identity of the informer. He therefore dismissed the application.

#### The New Trial

At the commencement of the new trial, defence counsel renewed the motion for a stay of proceedings and requested, in the alternative, that the matter be sent back to the original trial judge. German Dist. Ct. J., presiding at the new trial, dismissed both applications. In doing so, she expressly agreed with the ruling made by Locke Dist. Ct. J.

Later in the proceedings, defence counsel attempted to undertake the same line of questioning as to the identity of the informer that had caused the Crown to stay the proceedings at the first trial. Once again the Crown objected. Defence counsel argued that the identity of the informer was relevant to the defence of entrapment he intended to raise on Scott's behalf.

The trial judge rejected the argument. She held that the disclosure of the name of the police informer was unnecessary because up to this point there was no evidence of entrapment. Certainly no such evidence had been elicited in the cross-exami-

té d'un indicateur le cas échéant» et que «la preuve de l'identité de l'indicateur, en l'espèce, n'était pas nécessaire pour établir l'innocence de l'accusé», surtout que l'affaire concernait la vente alléguée de stupéfiants à un agent d'infiltration. Il a souligné que l'avocat de la défense, en contre-interrogeant le policier, n'avait pas réussi à faire ressortir quelque élément de preuve à l'appui de la pertinence de questions visant à établir l'identité de l'indicateur. Pourtant, il avait eu tout le loisir de le faire. Par surcroît, il a déclaré que l'objection du ministère public n'avait pas reçu l'attention qu'elle méritait.

S'appuyant sur un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, *R. v. Hunter* (1987), 34 C.C.C. (3d) 14, le juge Locke a déclaré qu'à son avis, le juge du procès aurait dû étudier avec plus d'attention la question de savoir s'il était nécessaire d'identifier l'indicateur. Il a en outre conclu qu'en invoquant l'art. 508 du *Code*, le substitut du procureur général n'avait pas employé de moyen détourné ou irrégulier pour protéger l'identité de l'indicateur. Il a donc rejeté la demande.

#### Le nouveau procès

Au début du nouveau procès, l'avocat de la défense a présenté de nouveau la requête d'arrêt des procédures et demandé, subsidiairement, que la question soit renvoyée au juge du premier procès. Le juge German de la Cour de district, qui présidait le nouveau procès, a rejeté les deux demandes. Dans sa décision, elle a approuvé expressément la décision du juge Locke.

Plus tard, au cours des débats, l'avocat de la défense a essayé de reprendre le même interrogatoire, au sujet de l'identité de l'indicateur, qui avait poussé le ministère public à arrêter le premier procès. Le ministère public a renouvelé son objection. L'avocat de la défense a soutenu que l'identité de l'indicateur était pertinente à la défense de provocation policière qu'il voulait présenter au nom de Scott.

Le juge du procès a repoussé cet argument. Elle a décidé que la divulgation du nom de l'indicateur n'était pas nécessaire parce que, jusqu'alors, il n'y avait eu aucune preuve de provocation policière. Le contre-interrogatoire du policier n'avait certai-

nation of the police officer. However, she advised that she was quite prepared to allow the defence to call Winston Ross as a witness or to adduce any other evidence that might lay the foundation for the defence of entrapment. Indeed, she repeated her position on this issue later during the proceedings.

When the Crown had completed its case, counsel for Scott initially indicated that he was not going to call any evidence. The trial judge gave him time to reconsider his decision. When the trial resumed, Scott's counsel indicated that he wished to have Winston Ross take the stand. He requested an adjournment for one month so that Ross could be located and served with a subpoena. In spite of objections from Scott's co-accused, the adjournment was granted.

One month later, when the trial resumed, Ross was absent. The appellant requested that a material witness warrant be issued for Ross pursuant to the provisions of s. 626 of the *Criminal Code*. The trial judge denied the request. She put forward two grounds for her decision. First, she was not satisfied that the affidavit of service was adequate. Further, she expressed the view that there had still been no basis put forward by the defence to indicate that Scott had been entrapped. She found therefore that any potential evidence Ross could give would be immaterial.

Following this ruling, counsel began their final arguments. When counsel for the Crown and the co-accused Mitchell had completed their submissions, the witness Ross appeared in the courtroom. But the trial judge refused to re-open the case to allow Ross to testify. She expressed the view once again that any evidence Ross might tender remained immaterial since there was still no other evidence of entrapment. At the conclusion of all submissions, Scott was convicted on four counts of trafficking in a narcotic and one count of possession of a narcotic for the purpose of trafficking.

■ nement pas fourni de preuve de cette nature. Toutefois, elle a déclaré qu'elle était tout à fait disposée à permettre à la défense d'assigner Winston Ross ou de présenter toute autre preuve susceptible d'étayer la défense de provocation policière. Elle a en effet réitéré son point de vue là-dessus, plus tard, au cours des débats.

■ b Quand le ministère public a déclaré sa preuve close, l'avocat de Scott a tout d'abord indiqué qu'il n'allait pas présenter de preuve. Le juge du procès lui a accordé un délai pour réexaminer sa décision. À la reprise des débats, l'avocat de Scott a dit qu'il ■ c voulait faire témoigner Winston Ross. Il a demandé que le procès soit ajourné pour un mois afin que Ross puisse être retrouvé et assigné. Malgré les objections du coaccusé de Scott, l'ajournement a été accordé.

■ d Un mois plus tard, à la reprise du procès, Ross était absent. L'appelant a demandé que soit décerné un mandat d'amener à l'endroit d'un témoin essentiel, c'est-à-dire Ross, conformément aux dispositions de l'art. 626 du *Code criminel*. Le juge du procès a rejeté la demande. Elle a fondé sa décision sur deux motifs. Premièrement, elle ■ e n'était pas convaincue que l'affidavit de signification était suffisant. Au surplus, elle a déclaré que la défense n'avait toujours pas présenté d'élément de preuve pour étayer la thèse selon laquelle Scott ■ f avait été victime de provocation policière. Elle a donc conclu que Ross ne pourrait fournir aucun ■ g témoignage pertinent.

■ h À la suite de cette décision, les avocats ont commencé leur exposé final. Quand le substitut du procureur général et l'avocat du coaccusé Mitchell eurent terminé leur exposé, le témoin Ross est entré dans la salle d'audience. Le juge du procès a cependant refusé de rouvrir les débats pour permettre à Ross de déposer. Elle a réitéré son opinion que le témoignage de Ross ne serait pas pertinent parce qu'il n'y avait toujours pas d'autre preuve de provocation policière. Après l'audition de toutes les plaidoiries, Scott a été déclaré coupable à l'égard de quatre chefs de trafic de stupéfiants et d'un chef de possession d'un stupéfiant en vue d'en faire le trafic.

## The Court of Appeal

Scott's appeal was heard at the same time as *R. v. Fortin* (1989), 33 O.A.C. 123. The reasoning for the court's dismissal of the appeal is, in part, contained in the *Fortin* decision. The balance of the reasons is set out in the endorsement disposing of the case at bar. On the first issue of abuse of process, the court rejected the argument that s. 508 of the *Criminal Code* contravened s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and was, as a result, unconstitutional. The court expressed the view that the impugned section "is an adequate expression of the power which has always rested in the Attorney General and which is essential to the proper enforcement of criminal law". Moreover, it noted that safeguards for the protection of the individual against the improper use of this power had existed before the *Charter* and they were still valid. It was the view of the court that these rights had been enhanced by the passage of the *Charter*.

The court held that a Crown counsel possessed the power to direct a stay of proceedings since the statute conferred that power upon the "Attorney General or counsel instructed by him". It stated that s. 508 must be read together with the definition of "Attorney General" set out in s. 2 of the *Criminal Code* and considered in light of other sections of the *Code* that confer power on the Attorney General. Finally, the Court of Appeal in its endorsement stated that Crown counsel by staying the proceedings was not simply circumventing an unfavourable ruling, but was protecting an important public interest. It observed that while the use of the stay must always be subject to judicial review, "having regard to the public interests with which the Crown was concerned, there was compelling reason to stay the proceedings".

When it dealt with the claim of entrapment presented in *Fortin, supra*, the Court of Appeal entered a stay on the grounds that Fortin was induced to traffic in a situation where the police could at most only have reasonably suspected that he was a user. It followed in the view of the Court

## La Cour d'appel

L'appel de Scott a été entendu en même temps que celui formé dans *R. v. Fortin* (1989), 33 O.A.C. 123. Les motifs du rejet de l'appel se trouvent, en partie, dans l'arrêt *Fortin*. Pour le reste, ils sont énoncés dans l'endossement qui décide de l'affaire qui nous occupe. Quant à la première question, celle de l'abus de procédure, la cour rejette l'argument selon lequel l'art. 508 du *Code criminel* porterait atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et serait donc inconstitutionnel. De l'avis de la cour, la disposition attaquée [TRADUCTION] «est un exercice régulier du pouvoir dont a toujours été investi le procureur général et qui est essentiel à la bonne administration du droit pénal». Au surplus, elle fait observer que les garanties dont jouit l'individu contre l'exercice abusif de ce pouvoir existaient avant l'adoption de la *Charte* et qu'elles étaient toujours valables. De l'avis de la cour, ces droits ont été renforcés grâce à l'entrée en vigueur de la *Charte*.

La cour a décidé que le substitut du procureur général pouvait ordonner l'arrêt des procédures puisque la loi attribue ce pouvoir au «procureur général ou [au] procureur mandaté par lui». Elle a déclaré qu'il fallait interpréter l'art. 508 à la lumière de la définition donnée au terme «procureur général» à l'art. 2 du *Code criminel* et des autres dispositions du *Code* qui confèrent des pouvoirs au procureur général. Enfin, la Cour d'appel a déclaré dans son endossement qu'en arrêtant les procédures, le ministère public n'avait pas simplement étudié une décision défavorable; il avait protégé un intérêt public important. Elle a fait observer que, bien que l'utilisation de l'arrêt des procédures doive toujours faire l'objet d'un contrôle judiciaire, [TRADUCTION] «une raison impérieuse commandait l'arrêt des procédures, eu égard aux considérations d'intérêt public dont le ministère public devait tenir compte».

Dans l'affaire *Fortin*, précitée, la Cour d'appel avait fait droit à l'allégation de provocation policière en prononçant l'arrêt des procédures parce que Fortin avait été induit à faire du trafic alors que les circonstances ne permettaient tout au plus aux policiers que de soupçonner raisonnablement

of Appeal that according to the principles set out in *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903, the police went beyond providing Fortin with an opportunity to commit the offence. Rather, the police involved Fortin in procuring the commission of the very offence with which he was charged. As for Scott, the Court of Appeal simply noted that there was no basis on the facts for arguing that the trial judge had erred in refusing to stay proceedings on the grounds of entrapment.

## Analysis

### *Stay and Recommencement of Proceedings*

In staying the first trial, Crown counsel acted pursuant to the provisions of s. 508 (now s. 579) of the *Code*. That section reads as follows:

**508.** (1) The Attorney General or counsel instructed by him for that purpose may, at any time after any proceedings in relation to an accused or a defendant are commenced and before judgment, direct the clerk or other proper officer of the court to make an entry on the record that the proceedings are stayed by his direction, and such entry shall be made forthwith thereafter, whereupon the proceedings shall be stayed accordingly and any recognizance relating to the proceedings is vacated.

(2) Proceedings stayed in accordance with subsection (1) may be recommenced, without laying a new information or preferring a new indictment, as the case may be, by the Attorney General or counsel instructed by him for that purpose giving notice of the recommencement to the clerk of the court in which the stay of proceedings was entered, but where no such notice is given within one year after the entry of the stay of proceedings, or before the expiration of the time within which the proceedings could have been commenced, whichever is the earlier, the proceedings shall be deemed never to have been commenced.

The validity of the provision itself is not at issue. Rather, the appellant challenges the manner in which the section was used by Crown counsel. It is the appellant's submission that the staying and recommencement of proceedings was undertaken solely to circumvent an unfavourable ruling made by the trial judge. To act in this way, it is argued, constitutes an abuse of process.

qu'il faisait usage de stupéfiants. La Cour d'appel était donc d'avis, en vertu des principes énoncés dans l'arrêt *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903, que la police avait fait plus que fournir une occasion de perpétrer l'infraction. La police avait plutôt incité Fortin à commettre l'infraction dont il a été inculpé. Pour ce qui est de Scott, la Cour d'appel a simplement noté que les faits ne permettaient pas de conclure que le juge du procès avait commis une erreur en refusant l'arrêt des procédures pour cause de provocation policière.

## Analyse

### *c Arrêt et reprise des procédures*

Pour arrêter le premier procès, le substitut du procureur général s'est fondé sur les dispositions de l'art. 508 (maintenant l'art. 579) du *Code*. Voici le texte de cet article:

**508.** (1) Le procureur général ou le procureur mandaté par lui à cette fin peut, à tout moment après le début des procédures à l'égard d'un prévenu ou d'un défendeur et avant jugement, ordonner au greffier ou à tout autre fonctionnaire compétent de la cour, de mentionner au dossier que les procédures sont arrêtées sur son ordre et cette mention doit être faite séance tenante; dès lors, les procédures sont suspendues en conséquence et tout engagement y relatif est annulé.

(2) Les procédures arrêtées conformément au paragraphe (1) peuvent être reprises sans nouvelle dénonciation ou sans nouvel acte d'accusation, selon le cas par le procureur général ou le procureur mandaté par lui à cette fin en donnant avis de la reprise au greffier de la cour où les procédures ont été arrêtées; cependant lorsqu'un tel avis n'est pas donné dans l'année qui suit l'arrêt des procédures ou avant l'expiration du délai à l'intérieur duquel les procédures auraient pu être engagées, si ce délai expire le premier, les procédures sont réputées n'avoir jamais été engagées.

La validité de la disposition elle-même n'est pas en cause. L'appelant conteste plutôt la manière dont le substitut du procureur général en a fait usage. Selon l'argument de l'appelant, l'arrêt et la reprise des procédures visaient seulement à contourner une décision défavorable du juge du procès. Il soutient que cette manière de procéder constitue un abus de procédure.

At the outset, it must be noted that Crown counsel was at all times acting in good faith. The Crown was obliged to protect the identity of the informer: see *R. v. Hunter, supra*. Crown counsel attempted to fulfil that obligation. Yet the judge presiding at the first trial made it very clear by his rulings and statements that he would not listen to the Crown's submission. In my view, Crown counsel acted properly in staying the action to protect the identity of an informer. In the circumstances, the Crown was not bound to follow the lengthy and somewhat circuitous route of offering no further evidence and appealing the inevitable acquittal. On the facts of this case, it was appropriate for the Crown to move for a stay in accordance with the statutory authority granted by s. 508 of the *Code*. Subsequent to the stay of proceedings the Crown moved at the first reasonable opportunity to renew them. Once again the Crown acted properly. In the circumstances of this case, it could not possibly be said that the appellant was prejudiced in any way by delay in his trial as he was at all times in custody on another matter.

The actions of the Crown were not abusive. They were aimed solely at protecting the identity of the police informer, a value which has long been recognized as important to society. The principles which should guide a court in considering a stay of proceedings have been set out in *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657. There Wilson J., giving the reasons for the Court, stated at pp. 658-59:

The availability of a stay of proceedings to remedy an abuse of process was confirmed by this Court in *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128. On that occasion the Court stated that the test for abuse of process was that initially formulated by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Young* (1984), 40 C.R. (3d) 289. A stay should be granted where "compelling an accused to stand trial would violate those fundamental principles of justice which underlie the community's sense of fair play and decency", or where the proceedings are "oppressive or vexatious" ([1985] 2 S.C.R. at pp. 136-37). The Court in *Jewitt* also adopted "the caveat added by the Court in

Il convient de noter, en premier lieu, que le substitut du procureur général a toujours agi de bonne foi. Le ministère public était obligé de protéger l'identité de l'indicateur: voir *R. v. Hunter*, précité. Le substitut du procureur général a cherché à remplir cette obligation. Pourtant, il ressort de toute évidence des décisions et des déclarations du juge présidant le premier procès qu'il n'entendrait pas les arguments du ministère public.

À mon avis, le substitut du procureur général a agi correctement en arrêtant les procédures afin de protéger l'identité d'un indicateur. Le ministère public, en l'espèce, n'était pas tenu d'adopter l'autre solution inefficace et quelque peu procédurière qui s'offrait à lui: déclarer sa preuve close et se pourvoir en appel contre l'acquittement qui serait inévitablement prononcé. Compte tenu des faits, le ministère public était fondé à demander un arrêt conformément aux pouvoirs que lui conférait l'art. 508 du *Code*. Après l'arrêt des procédures, le ministère public en a demandé la reprise dès qu'il en a eu raisonnablement la possibilité. Il a, encore une fois, agi régulièrement. Vu les circonstances en l'espèce, il n'est pas possible de soutenir que l'appelant a souffert des délais, car il était en détention tout ce temps-là relativement à une autre affaire.

Les actions du ministère public n'ont pas été abusives. Elles visaient simplement à protéger l'identité de l'indicateur, objectif dont l'importance sociale a depuis fort longtemps été consacrée. L'arrêt *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657, expose les principes qui doivent guider le tribunal à qui on demande d'ordonner un arrêt des procédures. Dans cet arrêt, le juge Wilson, au nom de la Cour, a déclaré aux pp. 658 et 659:

La possibilité d'avoir recours à une suspension d'instance pour remédier à un abus de procédure a été confirmée dans l'arrêt *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128, dans lequel cette Cour a dit que le critère à appliquer pour déterminer s'il y a eu abus de procédure était celui initialement formulé par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. Young* (1984), 40 C.R. (3d) 289. Suivant ce critère, la suspension d'instance doit être accordée lorsque «forcer le prévenu à subir son procès violerait les principes de justice fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société» ou lorsqu'il s'agit d'une procédure «oppressive ou vexatoire» ([1985] 2 R.C.S., aux pp. 136 et 137). Dans l'affaire *Jewitt*, cette Cour a en outre adopté «la

*Young* that this is a power which can be exercised only in the 'clearest of cases' " (p. 137).

This same principle was set forth by L'Heureux-Dubé J., writing for the majority, in *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659. At page 1667 she wrote:

The doctrine is one of the safeguards designed to ensure "that the repression of crime through the conviction of the guilty is done in a way which reflects our fundamental values as a society" (*Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, at p. 689, *per* Lamer J.). It acknowledges that courts must have the respect and support of the community in order that the administration of criminal justice may properly fulfil its function. Consequently, where the affront to fair play and decency is disproportionate to the societal interest in the effective prosecution of criminal cases, then the administration of justice is best served by staying the proceedings.

Neither the stay nor the reinstatement of the proceedings can be said to constitute either an abuse of process or an infringement of any *Charter* rights. Locke Dist. Ct. J. and German Dist. Ct. J. were correct in their decision to refuse to grant Scott's application to stay the new trial. In my view this is not one of those rare but "clearest of cases" in which a stay of proceedings should be granted.

#### *Was the Accused Given the Opportunity to Make Full Answer and Defence?*

In order to resolve this issue, it is necessary to review three of the rulings made by German Dist. Ct. J. at various stages of the trial. I will consider each ruling in turn to determine if an error was made that prevented the appellant from making full answer and defence. Each ruling requires a consideration of the evidence and the references will of necessity be somewhat repetitive.

##### (i) The Cross-Examination of the Police Officer as to the Identity of the Informer

The appellant argues that he had the right to ask whether Ross was the police informer involved in this case. It is said that this forms part of the right of the accused to make full answer and defence. Yet the interest of an accused in ascertaining an answer to such a question must be

mise en garde que fait la cour dans l'arrêt *Young*, portant que c'est là un pouvoir qui ne peut être exercé que dans les «cas les plus manifestes» (à la p. 137).

Le juge L'Heureux-Dubé au nom de la majorité dans l'arrêt *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, a réitéré ce principe. Elle a déclaré à la p. 1667:

Cette doctrine est l'une des garanties destinées à assurer «que la répression du crime par la condamnation du coupable se fait d'une façon qui reflète nos valeurs fondamentales en tant que société» (*Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, à la p. 689, le juge Lamer). C'est là reconnaître que les tribunaux doivent avoir le respect et le soutien de la collectivité pour que l'administration de la justice criminelle puisse adéquatement remplir sa fonction. Par conséquent, 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, l'administration de la justice est mieux servie par l'arrêt des procédures.

On ne peut affirmer que l'arrêt des procédures, ou leur reprise, constitue un abus de procédure ou une atteinte à des droits garantis par la *Charte*. Les juges Locke et German ont rendu la décision qui convenait en refusant de faire droit à la demande de Scott en vue d'arrêter le nouveau procès. À mon sens, il ne s'agit pas ici d'un de ces rares «cas les plus manifestes» où il convient de prononcer un arrêt des procédures.

#### *L'accusé a-t-il eu la possibilité de présenter une défense pleine et entière?*

Pour trancher cette question, il est nécessaire d'examiner trois décisions rendues par le juge German à diverses étapes du procès. Je vais étudier ces décisions une à une afin de déterminer si elles comportent une erreur qui a empêché l'appellant de présenter une défense pleine et entière. Comme il faut examiner la preuve à l'égard de chaque décision, les redites seront inévitables.

##### (i) Le contre-interrogatoire du policier relatif à l'identité de l'indicateur

L'appelant soutient qu'il avait le droit de demander si Ross était l'indicateur dans cette affaire. On prétend que ce droit participe du droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Néanmoins, il convient de soupeser l'intérêt de l'accusé, qui veut obtenir réponse à cette

balanced against the need to protect the identity of police informers.

The value of informers to police investigations has long been recognized. As long as crimes have been committed, certainly as long as they have been prosecuted, informers have played an important role in their investigation. It may well be true that some informers act for compensation or for self-serving purposes. Whatever their motives, the position of informers is always precarious and their role is fraught with danger.

The role of informers in drug-related cases is particularly important and dangerous. Informers often provide the only means for the police to gain some knowledge of the workings of drug trafficking operations and networks. It has been estimated that in the United States some ninety-five per cent of all federal narcotics cases involve the work of informers: see Williams, "The Defense of Entrapment and Related Problems in Criminal Prosecution" (1959), 28 *Fordham L. Rev.* 399, at p. 403, and also M. S. Bewers, "Comments—Defendant's Right to a Confidential Informant's Identity" (1979), 40 *La. L. Rev.* 146, at p. 148, note 4. The investigation often will be based upon a relationship of trust between the police officer and the informer, something that may take a long time to establish. The safety, indeed the lives, not only of the informers but also of the undercover police officers will depend on that relationship of trust.

Trafficking in narcotics is a lucrative enterprise. The retribution wreaked on informers and undercover officers who attempt to gather evidence is often obscenely cruel. Little assistance can be expected from informers if their identity is not protected. There can be no relationship of trust established by the police with informers without that protection. If the investigation of drug-related crime is to continue then, to the extent it is possible, the identity of informers must be protected.

The need to protect the identity of an informer has long been recognized by the courts of Canada and other jurisdictions. The Ontario Court of

question, eu égard au besoin de protéger l'identité des indicateurs.

La valeur des indicateurs pour les enquêtes policières est depuis longtemps reconnue. Depuis que le crime existe, ou du moins depuis qu'il y a des poursuites criminelles, les indicateurs jouent un rôle important dans les enquêtes policières. Peut-être est-il vrai que certains indicateurs agissent contre rémunération ou dans leur propre intérêt. Peu importe leur mobile, les indicateurs sont dans une position précaire et jouent un rôle dangereux.

Le rôle des indicateurs dans les affaires de drogues est particulièrement important et dangereux. Ils fournissent souvent à la police le seul moyen d'obtenir des renseignements sur les opérations et le fonctionnement des réseaux de trafiquants. On a estimé qu'aux États-Unis on a eu recours à des indicateurs dans environ quatre-vingtquinze pour cent de toutes les affaires fédérales concernant des stupéfiants: voir Williams, «The Defense of Entrapment and Related Problems in Criminal Prosecution» (1959), 28 *Fordham L. Rev.* 399, à la p. 403, et M. S. Bewers, «Comments—Defendant's Right to a Confidential Informant's Identity» (1979), 40 *La. L. Rev.* 146, à la p. 148, note 4. L'enquête repose souvent sur la confiance qui s'établit entre le policier et l'indicateur; or, cette confiance peut être fort longue à obtenir. La sécurité, voire la vie, non seulement des indicateurs mais encore des agents d'infiltrations, dépendent de cette confiance.

Le trafic des stupéfiants est payant. Le châtiment infligé aux indicateurs et aux agents d'infiltrations qui tentent de réunir des preuves est souvent d'une cruauté répugnante. On ne peut guère s'attendre à ce que les indicateurs prêtent leur assistance si leur identité n'est pas protégée. La police ne pourrait pas établir de rapports de confiance avec les indicateurs s'ils étaient privés de cette protection. Pour que les enquêtes sur la criminalité liée aux drogues continuent, il faut protéger l'identité des indicateurs, dans la mesure du possible.

Au Canada et à l'étranger, les tribunaux ont depuis longtemps reconnu la nécessité de protéger l'identité des indicateurs. Dans l'arrêt *Hunter*, pré-

Appeal set out some of the reasons for maintaining this protection in *Hunter, supra*, at p. 18:

The rule against the non-disclosure of information which might identify an informer is one of long standing. It developed from an acceptance of the role of informers in the solution of crimes and the apprehension of criminals. It was recognized that citizens have a duty to divulge to the police any information that they may have pertaining to the commission of a crime. It was also obvious to the courts from very early times that the identity of an informer would have to be concealed both for his or her own protection, and to encourage others to divulge to the authorities any information pertaining to crimes. It was in order to achieve these goals that the rule was developed.

The same principle was recognized by this Court in *Bisaillon v. Keable, supra*. There Beetz J. stated at p. 93:

It follows from these reasons that at common law the secrecy rule regarding police informers' identity has chiefly taken the form of rules of evidence based on the public interest, which prohibit judicial disclosure of police informers' identity by peace officers who have learned the informers' identity in the course of their duties. A witness also may not be compelled to state whether he is himself a police informer. The rule was developed in criminal proceedings, apparently in trials for high treason, but it also applies in civil matters, and in both cases it has been established for reasons which relate to the essential effectiveness of the criminal law . . . Its application does not depend on the judge's discretion, as it is a legal rule of public order by which the judge is bound.

It should also be mentioned that its application is not subject to any formal requirement and, if no one raises it, the Court must apply it of its own motion.

See also the reasons of Sopinka J., writing for the majority, in *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421.

This rule is also recognized in other jurisdictions: see, e.g. *Wigmore on Evidence* (McNaughton rev. 1961) vol. 8, at pp. 761-62.

The principle is thus well accepted. Yet the rule cannot be absolute. In our system the right of an individual accused to establish his or her innocence by raising a reasonable doubt as to guilt has

cité, à la p. 18, la Cour d'appel de l'Ontario expose quelques-unes des raisons justifiant le maintien de cette protection:

[TRADUCTION] La règle interdisant la divulgation de renseignements susceptibles de permettre d'établir l'identité d'un indicateur existe depuis très longtemps. Elle trouve son origine dans l'acceptation du rôle des indicateurs dans le dépistage et la répression des crimes. On a reconnu que les citoyens ont le devoir de dévoiler à la police toute information qu'ils détiennent relativement à la perpétration d'un crime. Pour les tribunaux, il a été évident dès les temps les plus reculés, qu'il fallait dissimuler l'identité des indicateurs à la fois pour leur propre sécurité et pour encourager les autres à divulguer aux autorités tout renseignement concernant des crimes. La règle a été adoptée en vue de réaliser ces objectifs.

Dans l'arrêt *Bisaillon c. Keable*, précité, notre Cour a reconnu ce principe. À la page 93, le juge

Beetz écrit ce qui suit:

Il ressort de ces motifs qu'en *common law* le principe du secret relatif à l'identité des indicateurs de police s'est manifesté principalement par des règles de preuve que dicte l'intérêt public et qui excluent la divulgation judiciaire de l'identité des indicateurs de police par des agents de la paix qui ont appris l'identité de ces indicateurs dans l'exercice de leurs fonctions. On ne peut non plus contraindre un témoin à dire s'il est lui-même un indicateur de police. Le principe a pris naissance en matière criminelle, dans des procès pour haute trahison semble-t-il, mais il vaut également en matière civile et il a été reconnu dans un cas comme dans l'autre pour des motifs qui ont trait à l'efficacité essentielle du droit criminel. [...] Son application ne relève en rien de la discrétion du juge car c'est une règle juridique d'ordre public qui s'impose au juge.

Ajoutons que son application n'est assujettie à aucune formalité et que, si personne ne l'invoque, le juge doit l'imposer d'office.

Voir aussi les motifs de jugement du juge Sopinka, qui a rédigé l'opinion majoritaire dans l'arrêt *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421.

Cette règle est également consacrée à l'étranger: voir, par exemple, *Wigmore on Evidence*, (McNaughton rev. 1961) vol. 8, aux pp. 761 et 762.

Le principe est donc bien établi. Pourtant, la règle ne saurait être absolue. Dans notre système, le droit d'une personne accusée de démontrer son innocence en faisant naître un doute raisonnable

always remained paramount. Beetz J. in *Bisaillon*, *supra*, acknowledged that there was an exception to the rule protecting informers' identity. He wrote at p. 93:

The rule is subject to only one exception, imposed by the need to demonstrate the innocence of an accused person. There are no exceptions in proceedings other than criminal.

Certainly, if the informer is a material witness to the crime then his or her identity must be revealed. In *Roviaro v. United States*, 353 U.S. 53 (1957), the United States Supreme Court held that the informer's identity would be divulged if the informer was a material witness. Canadian courts have very properly followed the same path in circumstances where the informer is the only material witness to the crime: see *R. v. Davies* (1982), 1 C.C.C. (3d) 299 (Ont. C.A.).

An exception should also be made where the informer has acted as *agent provocateur*. For example, in *R. v. Davies*, *supra*, the informer not only introduced the police to the accused, but also played an instrumental role in the trafficking scheme itself. In those circumstances, his identity had to be revealed. This exception could be properly extended to cases where the accused intends to rely upon the defence of entrapment. However, in order to rely on this exception, the accused will, as a general rule, be required to establish some evidentiary basis for the defence.

A third exception may exist where the accused seeks to establish that the search was not undertaken on reasonable grounds and therefore contravened the provisions of s. 8 of the *Charter*. Even under these conditions, a court should strive to provide as much evidence as possible to the defence by means of editing the information on which the search warrant was based without disclosing the identity of the informer. That disclosure should only be made in circumstances where it is absolutely essential: see *R. v. Hunter*, *supra*.

None of these exceptions apply to the case at bar. First, the alleged informer could not have been a material witness to any of the incidents

au sujet de sa culpabilité a toujours primé. Dans l'arrêt *Bisaillon*, précité, le juge Beetz a reconnu que la règle de la non-divulgation de l'identité des indicateurs souffrait une exception. Il écrit, à la p. 93:

Ce principe ne souffre qu'une exception imposée par la nécessité de démontrer l'innocence de l'accusé. Il ne connaît aucune exception en matière autre que criminelle.

Si l'indicateur a été un témoin essentiel du crime, il n'y a pas de doute que son identité doit être révélée. Dans *Roviaro v. United States*, 353 U.S. 53 (1957), la Cour suprême des États-Unis a décidé que l'identité de l'indicateur, qui était un témoin essentiel du crime, serait divulguée. Les tribunaux canadiens ont à juste titre adopté la même ligne de conduite dans des cas où l'indicateur est le seul témoin essentiel du crime: voir *R. v. Davies* (1982), 1 C.C.C. (3d) 299 (C.A. Ont.).

Une exception devrait aussi être admise si l'indicateur a agi comme agent provocateur. Par exemple, dans l'arrêt *R. v. Davies*, précité, l'indicateur non seulement avait présenté le policier à l'accusé mais encore avait joué un rôle actif dans le trafic. En pareil cas, son identité devait être divulguée. Cette exception pourrait à bon droit être reconnue dans les cas où l'accusé entend faire valoir le moyen de défense de la provocation policière. Toutefois, l'accusé qui voudrait invoquer cette exception serait, en règle générale, tenu d'établir certaine preuve donnant ouverture à ce moyen de défense.

Une troisième exception serait possible dans le cas où l'accusé chercherait à montrer que la perquisition n'était pas fondée sur des motifs raisonnables et violait par conséquent l'art. 8 de la *Charte*. Même dans ces conditions, le tribunal devrait s'efforcer de fournir à la défense autant d'éléments de preuve que possible en rédigeant les renseignements à l'appui du mandat sans dévoiler l'identité de l'indicateur. Celle-ci ne serait divulguée que dans les cas où cela serait absolument essentiel: voir l'arrêt *R. v. Hunter*, précité.

Aucune de ces exceptions ne s'applique en l'espèce. Premièrement, l'indicateur en cause ne pouvait avoir été un témoin essentiel de l'un ou l'autre

comprising the counts of the indictment. Indeed, no submissions were made that he was.

Second, on the facts of this case there was no evidence upon which an argument could be made that the informer acted as an *agent provocateur*. While one can readily conceive of situations where the line between the informer passing on information as to the activities of the accused and the informer actively inducing the accused to commit a crime could be blurred, this is not such a situation. Here the case against the accused was almost exclusively based on the evidence gathered by an undercover police officer over a period of five months. This uncontradicted evidence indicated that it was Scott who initiated the various drug-related transactions. It was Scott who was the leader in all the transactions. It was Scott who made the first offer to provide larger quantities of cocaine and deliver them to the police officer. It was Scott who asked the officer for a loan and offered to put up his car as security in order to obtain the funds to purchase larger quantities of cocaine.

It will be remembered that while German Dist. Ct. J. did not allow questions that would have identified the informer, she did permit the appellant to cross-examine the police officer on the issue as to whether Ross was present during any of the transactions at issue and whether he played any role that would engage an entrapment defence. She advised the defence counsel of her position in this way:

Now, I think that the Crown is correct. You may ask questions designed to go towards a defence of entrapment. But you may not ask or I will not permit the officer to answer questions that will go to identify the informant. So if you can ask the questions that don't go to his, show his identity, then that's fine.

The cross-examination of the police officer failed to provide any indication that Scott had been entrapped. From this ruling and other pronouncements made by the judge during the course of the trial, it is clear that if any basis for an entrapment defence had been revealed, the trial

des incidents visés dans les chefs d'accusation. De fait, on n'a pas prétendu qu'il l'avait été.

Deuxièmement, les faits de l'espèce ne permettaient d'avancer aucun argument selon lequel l'indicateur aurait agi à titre d'agent provocateur. Certes, on peut facilement imaginer des situations où il serait très difficile de distinguer l'indicateur qui transmet des informations sur les activités de l'accusé, de l'indicateur qui incite concrètement l'accusé à commettre un crime. Ce n'est cependant pas le cas. En l'espèce, l'accusation reposait presque exclusivement sur la preuve recueillie par un agent d'infiltration au cours d'une période de cinq mois. Selon la preuve non contredite, c'est Scott qui a été à l'origine des diverses transactions concernant des drogues. C'est Scott qui a pris l'initiative de toutes les transactions. C'est Scott qui le premier a offert de fournir et de livrer au policier une quantité plus importante de cocaïne. C'est Scott qui a demandé au policier de lui avancer de l'argent et qui a offert sa voiture en garantie afin d'obtenir les fonds nécessaires pour acheter une

*e* quantité plus importante de cocaïne.

On se souviendra que, bien que le juge German n'ait pas permis que soient posées des questions permettant d'identifier l'indicateur, elle a autorisé l'appelant à demander au policier, lors du contre-interrogatoire, si Ross avait assisté à l'une ou l'autre des transactions en cause et s'il avait joué un rôle pouvant donner lieu à une allégation de provocation policière. Elle a fait connaître sa position à l'avocat de la défense de la manière suivante:

[TRADUCTION] Bon je pense que le ministère public a raison. Vous pouvez poser des questions susceptibles de fonder une allégation de provocation policière. Mais vous ne pouvez pas poser de questions destinées à établir l'identité de l'indicateur et je ne permettrai pas à l'agent de police de répondre à de telles questions. Alors, si vous pouvez poser des questions qui ne conduiront pas à révéler son identité, libre à vous.

Le contre-interrogatoire du policier n'a fourni aucune indication de provocation policière en ce qui concerne Scott. Il ressort clairement de cette décision et d'autres déclarations du juge au cours du procès que si un élément quelconque susceptible de fonder une allégation de provocation policière

judge would have reconsidered her position regarding the protection of the informer's identity. It is significant that counsel for Scott did not ask those questions. There was simply no evidentiary basis established that would enable Scott to argue that he was entrapped and that permitted Scott's counsel to ask whether Ross was the police informer involved in the case.

Finally, it is clear that the third exception did not apply. Defence counsel made no attack upon the validity of the search warrant that might have required a disclosure of the informer's identity.

The trial judge very properly took a flexible approach to the possible need to reveal the identity of the informer. In light of the position taken by the appellant throughout the trial and the manner in which the case proceeded, the appellant cannot contend that any error was made by the trial judge in refusing, in the circumstances of the case, to permit cross-examination that would have revealed the identity of the police informer. In my view, the trial judge made no error in her ruling on this issue.

#### (ii) The Trial Judge's Refusal to Issue the Material Witness Warrant

When the trial resumed, after the thirty-day adjournment, Ross did not appear. Counsel for Scott moved to obtain a warrant pursuant to the provisions of s. 626(2) (now s. 698) of the *Criminal Code*. That section provides as follows:

**626.** (1) Where a person is likely to give material evidence in a proceeding to which this Act applies, a subpoena may be issued in accordance with this Part requiring that person to attend to give evidence.

(2) Where it is made to appear that a person who is likely to give material evidence

(a) will not attend in response to a subpoena if a subpoena is issued, or

(b) is evading service of a subpoena,

a court, justice or provincial court judge having power to issue a subpoena to require the attendance of that

avait été révélé, elle aurait réexaminé sa position au sujet de la protection de l'identité de l'indicateur. Il est significatif que l'avocat de Scott n'a pas posé de questions dans ce sens. Il n'y a simplement aucun élément de preuve susceptible de permettre d'une part à Scott d'étayer une allégation de provocation policière et, d'autre part, à son avocat de demander si Ross était l'indicateur en cause.

Enfin, la troisième exception n'était manifestement pas applicable. L'avocat de la défense n'a pas du tout attaqué la validité du mandat de perquisition; pareille attaque aurait pu nécessiter la divulgation de l'identité de l'indicateur.

C'est à juste titre que le juge du procès a fait preuve de souplesse quant au besoin de révéler l'identité de l'indicateur. Vu la thèse soutenue par l'appelant durant tout le procès, ainsi que le déroulement de l'affaire, l'appelant ne peut pas prétendre que le juge du procès a commis une erreur en refusant, étant donné les circonstances de l'espèce, d'autoriser un contre-interrogatoire qui aurait permis d'établir l'identité de l'indicateur. Selon moi, le juge du procès n'a pas commis d'erreur en tranchant cette question.

#### (ii) Le refus du juge du procès de décerner un mandat d'amener un témoin essentiel susceptible de fournir une preuve essentielle

À la reprise du procès, qui avait été ajourné à trente jours, Ross ne s'est pas présenté. L'avocat de Scott a demandé qu'un mandat soit décerné conformément aux dispositions du par. 626(2) (maintenant art. 698) du *Code criminel*. Ce paragraphe est ainsi conçu:

**626.** (1) Lorsqu'une personne est susceptible de fournir quelque preuve essentielle dans une procédure à laquelle la présente loi s'applique, une assignation peut être lancée conformément à la présente Partie enjoignant à cette personne d'être présente afin de rendre témoignage.

(2) Lorsqu'il paraît qu'une personne susceptible de fournir une preuve essentielle

a) ne se présentera pas en réponse à l'assignation, si une assignation est lancée, ou

b) se soustrait à la signification d'une assignation, une cour, un juge de paix ou un juge de la cour provinciale ayant le pouvoir de lancer une assignation

person to give evidence may issue a warrant in Form 12 to cause that person to be arrested and to be brought to give evidence.

(3) Except where paragraph (2)(a) applies, a warrant in Form 12 shall not be issued unless a subpoena has first been issued.

Before issuing a warrant, a trial judge must be satisfied on two points: first, that proper attempts to serve the potential witness with the subpoena have been undertaken and second, that the proposed witness is a material witness. These requirements are apparent from the wording of s. 626 itself and the related provisions of the *Code*. Sections 626(1) and (3) provide expressly that before a warrant can be issued, a subpoena must be issued and served in the usual manner. Second, and more importantly, both ss. 626(1) and (2) state that the proposed witness must be someone who is "likely to give material evidence". It is a pre-condition of the issuance of the warrant that the trial judge be satisfied of the materiality of the evidence the witness may give.

German Dist. Ct. J. was not satisfied that either of the prerequisite conditions had been fulfilled. She found that the information contained in the affidavit of service in the subpoena was inadequate and that the issuance of the subpoena had not been completed in accordance with the standards set out in the *Code*. This is a decision that falls within the discretion of the trial judge and in my view her findings on this point would be sufficient to justify her refusal to issue the warrant.

However, there was another ground upon which she based her decision, namely that she was not satisfied that the evidence of Ross could be material.

The materiality of the evidence to be given by the proposed witness is a fundamentally important pre-condition of the issuance of the warrant. This is a matter that must be determined solely by the trial judge. In *R. v. Kinzie* (1956), 25 C.R. 6, the Ontario Court of Appeal held that the power to issue a warrant was within the discretion of the trial judge. The court held that the issuance of the warrant is not a matter of right but must be

pour enjoindre à cette personne d'être présente afin de rendre témoignage, peut décerner un mandat rédigé selon la formule 12 en vue de la faire arrêter et de la faire amener pour rendre témoignage.

(3) Sauf lorsque l'alinéa (2)a) s'applique, un mandat selon la formule 12 ne doit être décerné que si une assignation a d'abord été lancée.

Avant de décerner un mandat, le juge du procès doit être convaincu de deux choses: premièrement, qu'on a bien tenté de signifier l'assignation à la personne susceptible de témoigner; deuxièmement, que le témoin visé est susceptible de fournir une preuve essentielle. Ces exigences ressortent de la teneur de l'art. 626 et des dispositions connexes du *Code*. Les paragraphes 626(1) et (3) portent expressément qu'une assignation doit être lancée et signifiée de la manière habituelle avant qu'un mandat puisse être décerné. En deuxième lieu, et c'est ce qui importe davantage, les par. 626(1) et (2) disent tous deux qu'il faut que le témoin soit «susceptible de fournir une preuve essentielle». Le juge du procès doit être convaincu du caractère essentiel de la preuve; c'est là une condition nécessaire de la délivrance du mandat.

Le juge German n'était pas convaincue que l'une ou l'autre des conditions requises avaient été remplies. Elle a conclu que les renseignements contenus dans l'affidavit de signification de l'assignation étaient insuffisants et que l'assignation n'avait pas été délivrée conformément aux critères énoncés dans le *Code*. Cette décision ressortit au pouvoir discrétionnaire du juge du procès et, à mon sens, sa décision sur ce point justifiait à elle seule son refus de décerner le mandat.

Toutefois, elle a aussi fondé sa décision sur un autre motif: elle n'était pas convaincue que le témoignage de Ross revêtait un caractère essentiel.

Le caractère essentiel du témoignage que doit fournir la personne visée est une condition sine qua non de la délivrance du mandat. Seul le juge de première instance est compétent pour se prononcer sur cette question. Dans l'arrêt *R. v. Kinzie* (1956), 25 C.R. 6, la Cour d'appel de l'Ontario a décidé que le pouvoir du juge de première instance de décerner un mandat était discrétionnaire. La cour a décidé que le mandat n'était pas décerné de

justified by demonstrating to the trial judge that the witness is likely to give material evidence. The decision of the Court of Appeal was based in turn on the principle set out by this Court in *Darville v. The Queen* (1956), 25 C.R. 1. In that case an adjournment to subpoena further witnesses was refused by the trial judge and his decision was upheld on appeal because the materiality of the evidence had not been demonstrated. The reasons of this Court confirmed that the trial judge's discretion could be reviewed only if it had not been exercised in a judicial manner.

In the case under consideration, counsel for Scott had not demonstrated during the course of the trial or upon the application for the bench warrant that the evidence of Ross would be material. There is no evidence that Ross was ever in a position to overhear any of the conversations between Scott and the police or that he was in any way involved in the drug transactions. Neither is there any evidence that he acted as an *agent provocateur* or encouraged, importuned, or influenced Scott or the police to enter into the drug transactions.

Nor can I accept the argument that the granting of the adjournment in order that Ross be subpoenaed could be taken as a recognition by the trial judge that Ross was likely to give material evidence so that a warrant should be issued. Although the materiality of the evidence is a pre-condition to both the issuing of a subpoena to a witness under s. 626(1) and the issuance of a warrant under s. 626(2), this does not mean that the same level of demonstrated materiality is sufficient to satisfy both subsections.

The material arrest warrant provision is clearly an exceptional remedy. The consequences of the issuance of a warrant are far more serious for the witness than is the service of a subpoena. The very liberty of the subject is involved. It is one thing to attend court in answer to a subpoena. The subpoenaed witness may feel compelled to attend but

plein droit, mais qu'il fallait démontrer au juge que le témoin était susceptible de fournir une preuve essentielle. L'arrêt de la Cour d'appel était fondé sur le principe énoncé par notre Cour dans l'arrêt *Darville c. La Reine* (1956), 25 C.R. 1. Dans cette affaire, le juge de première instance avait refusé d'ajourner les débats afin de permettre l'assignation d'autres témoins. Sa décision a été confirmée en appel parce qu'on n'avait pas démontré le caractère essentiel des témoignages. Les motifs de notre Cour confirment que l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès ne pouvait être révisé que si le juge n'avait pas agi judiciairement.

Dans la présente affaire, ni au cours du procès, ni au moment de la demande de mandat, l'avocat de Scott n'a-t-il démontré que le témoignage de Ross fournirait une preuve essentielle. Il n'a aucunement été établi que Ross a été en mesure à un moment quelconque d'entendre les conversations entre Scott et le policier, ou qu'il a joué un rôle quelconque dans les transactions concernant les drogues. Aucun élément de preuve ne montre non plus qu'il a agi en qualité d'agent provocateur, ou encouragé, harcelé ou influencé Scott ou le policier en vue de la conclusion de transactions touchant les drogues.

Je ne saurais non plus accepter l'argument selon lequel le juge du procès, en prononçant l'ajournement afin de permettre l'assignation de Ross, a reconnu que ce dernier était susceptible de fournir une preuve essentielle, de sorte qu'un mandat devait donc être décerné. Certes, le caractère essentiel de la preuve est une condition nécessaire de la délivrance de l'assignation en vertu du par. 626(1) et de celle du mandat conformément au par. 626(2). Néanmoins, il ne s'ensuit pas que le caractère essentiel qu'il faut démontrer est du même ordre sous le régime de ces deux paragraphes.

Le mandat d'amener un témoin essentiel est de toute évidence de nature exceptionnelle. Les conséquences de sa délivrance sont beaucoup plus graves pour le témoin que celles d'une assignation. C'est la liberté de la personne visée qui est en jeu. Se présenter devant le tribunal conformément à une assignation est une chose; le témoin assigné peut se

attends by an act of his or her own will. It is quite another to be picked up by the police and escorted to the courtroom. The issuance of the warrant should therefore be subject to careful consideration when an application is made to the trial judge for its issuance. It is appropriate and indeed essential that the trial judge undertake a new inquiry into the materiality of the potential evidence to determine whether or not the warrant should be issued.

In this case, the trial judge considered the pre-conditions for the issuance of the warrant and found they were lacking. She exercised her discretion in accordance with the appropriate principles of law. The exercise of that discretion should not be lightly overturned by an appellate court. In my view, no error was made by the trial judge in this ruling that could justify overturning her discretion.

### (iii) The Trial Judge's Refusal to Hear the Evidence of Ross When He Appeared

It will be recalled that Ross appeared in court after counsel for the Crown and Mitchell had completed their final submissions. The trial judge refused to permit Ross to be called as a witness at this stage. Once again, this is a matter that came within the trial judge's discretion. Although another trial judge might have come to another decision, I cannot find that an error was committed in this case.

The most important consideration in any criminal trial is that it be conducted fairly in accordance with the law. Scott received a fair trial. It may well be that despite the potentially unfair and inconvenient disruption, it would have been preferable had the trial judge permitted Ross to testify. Yet the trial process cannot be allowed to become a mine field that presents a host of uncharted, potentially explosive traps to even the most skilled and patient of trial judges. Good luck should not be the sole criterion for the successful conclusion of a criminal trial.

sentir obligé d'être présent, mais il se présente de son gré. Être arrêté par la police et escorté jusqu'à la salle d'audience, c'est une tout autre chose. Le juge saisi de la demande de mandat ne doit donc le *b* décerner qu'après un examen conscientieux. Il est à propos, voire essentiel, que le juge du procès fasse une nouvelle enquête sur le caractère essentiel de la preuve qui sera fournie afin de déterminer s'il y a lieu de décerner le mandat.

En l'espèce, le juge du procès a étudié les conditions nécessaires de la délivrance du mandat et a *c* jugé qu'elles n'avaient pas été remplies. Elle a exercé son pouvoir discrétionnaire en conformité avec les principes de droit applicables. Les tribunaux de juridiction supérieure ne doivent pas intervenir sans motif sérieux dans l'exercice de ce *d* pouvoir discrétionnaire. À mon avis, le juge du procès, en rendant cette décision, n'a pas commis d'erreur qui puisse nous autoriser à écarter l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

### (iii) Le refus du juge de première instance de recevoir la déposition de Ross lorsque ce dernier s'est présenté

On se souviendra que Ross s'est présenté devant le tribunal après que le substitut du procureur général et l'avocat de Mitchell eurent terminé leur exposé final. Le juge du procès a refusé de permettre que Ross soit appelé à déposer à ce moment-là. Une fois de plus, cette décision ressortissait au pouvoir discrétionnaire du juge du procès. Certes, *f* un autre juge aurait pu en décider autrement, mais je ne saurais conclure qu'une erreur a été commise en l'occurrence.

*h* La préoccupation primordiale dans tout procès au criminel, c'est que la procédure soit équitable et conforme à la loi. Le procès de Scott a été équitable. Peut-être aurait-il été préférable, malgré les inconvénients et les écarts à l'équité qui auraient peut-être résulté de la perturbation, que le juge de première instance permette à Ross de témoigner. Pourtant, on ne peut pas tolérer que le déroulement normal du procès prenne l'allure d'un champ de mines, plein de traquenards même pour le juge le plus habile et le plus patient. La chance ne doit pas être le seul facteur qui détermine le succès du procès pénal.

Let us review once again the situation that presented itself to the trial judge when Ross appeared. At the conclusion of the Crown's case, Scott's counsel had indicated that no evidence would be called on his behalf. At no time during the cross-examination of the police officer nor at any time during the trial had any evidence been called that would establish the materiality of the evidence of Ross. Rather, the evidence portrayed an eager drug dealer anxious to make a sale. There was no indication that Scott was influenced, instigated, provoked or encouraged by Ross to make the sales or was influenced in any way by him. Nor was there any evidence that Ross influenced the actions of the police in any way.

Any evidence of Ross's involvement could have come from either the police or Scott. The police evidence certainly did not indicate that Ross was instrumental in instigating, entrapping or provoking Scott to commit the crimes. Scott had chosen not to testify. Before granting permission for Ross to testify at this late stage, it was only reasonable that the defence explain in what way the evidence of the witness would be relevant. No such explanation was offered. The trial judge had an obligation to ensure that the trial proceeded in a reasonably expeditious and orderly manner. She had to take into account, not simply the effect of delay and inconvenience, but the possibility of prejudice to the co-accused who had objected to the granting of the adjournment. She was given no real basis for permitting Ross to testify after all the evidence and most of the final submissions had been completed.

In these circumstances it was not unreasonable for the trial judge to exercise her discretion and refuse to permit Ross to be called as a witness at this late stage of the proceedings. As a reasonable exercise of discretion, it should not be overturned. Indeed, counsel for the appellant did not take issue with the decision of the trial judge not to re-open the case, either in his factum or in oral argument. Rather, he acknowledged that it was a discretionary decision and frankly conceded that he could not demonstrate any error in law which would

Revoyons de nouveau la situation à laquelle le juge du procès faisait face au moment où Ross s'est présenté. Quand le ministère public eut terminé son exposé, l'avocat de Scott a dit qu'il ne ferait entendre aucun témoin à décharge. Au cours du contre-interrogatoire du policier, et durant le procès, aucun élément de preuve n'a été offert qui permette d'établir que Ross fournirait un témoignage essentiel. La preuve a plutôt montré un trafiquant de drogues empressé de vendre sa marchandise. Rien n'indique que Ross ait influencé, incité, provoqué ou encouragé Scott relativement aux ventes, ni qu'il ait influé sur lui de quelque façon que ce soit. Aucune preuve n'indique non plus que Ross ait influé sur les actions de la police de quelque manière que ce soit.

La police ou Scott aurait pu fournir une preuve indiquant l'intervention de Ross. Les témoignages apportés par la police ne montrent sûrement pas que Ross a contribué à inciter Scott à commettre les crimes ou à le provoquer. Ce dernier a choisi de ne pas témoigner. Il n'était que raisonnable que la défense, avant que Ross soit autorisé à témoigner à ce moment tardif, explique en quoi la déposition du témoin serait pertinente. Elle n'a offert aucune explication. Le juge du procès avait l'obligation de s'assurer que le procès se déroule de manière raisonnablement expéditive et ordonnée. Elle devait tenir compte non seulement des effets du retard et des inconvénients, mais encore de la possibilité de préjudice pour le coaccusé qui s'était opposé à l'ajournement. On n'a fait état au juge d'aucun fondement dans la preuve qui puisse justifier la décision de permettre à Ross de témoigner après que tous les témoignages eurent été entendus et que les exposés finaux furent terminés.

Vu ces circonstances, il n'était pas déraisonnable que le juge du procès, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, refuse de permettre que Ross soit appelé à déposer à cette étape tardive de la procédure. Le juge ayant exercé son pouvoir discrétionnaire de manière raisonnable, il n'y a pas lieu d'écartier sa décision. D'ailleurs, ni dans son mémoire, ni dans son argumentation orale, l'avocat de l'appelant n'a contesté la décision du juge du procès de ne pas rouvrir les débats. Il a plutôt reconnu que sa décision relevait de son pouvoir

warrant challenging that decision. That is a sufficient basis to dispose of this issue. Nonetheless, something should be said of the effect this Court's decision in *R. v. Mack, supra*, could have on this case.

#### *Relevance of the Decision in R. v. Mack*

The second trial took place before the decision was rendered by this Court in *R. v. Mack, supra*. Prior to that decision, the procedure to be followed where the defence of entrapment was raised was unclear: see, e.g. the helpful discussion of the situation by D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (2nd ed. 1987), at pp. 480-91. A question existed whether the defence of entrapment was a substantial one to be decided by the jury or a policy-oriented defence based on the inherent power of courts to stay proceedings for abuse of process. This question was not resolved by the decision of this Court in *Amato v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 418. The minority judgment of Estey J., however, laid the foundation for the separation of the issue of entrapment from the substantive elements of the offence. This was the position adopted unanimously by this Court in *Mack, supra*, where it was held that the defence of entrapment was to be separated from the general defence. It was to be invoked and determined by the trial judge alone after a finding of guilt had been made on all the requisite elements of the offence by the trier of the fact. Lamer J., speaking for the Court, stated at pp. 972-73:

Finally, I am of the view that before a judge considers whether a stay of proceedings lies because of entrapment, it must be absolutely clear that the Crown had discharged its burden of proving beyond a reasonable doubt that the accused had committed all the essential elements of the offence. If this is not clear and there is a jury, the guilt or innocence of the accused must be determined apart from evidence which is relevant only to the issue of entrapment. This protects the right of an accused to an acquittal where the circumstances so warrant. If the jury decides the accused has committed all of the elements of the crime, it is then open to the

discretionnaire et il a franchement avoué qu'il ne pouvait démontrer aucune erreur de droit qui justifierait la contestation de cette décision. Ce motif est suffisant pour résoudre cette question. Néanmoins, il serait opportun d'étudier l'effet, sur l'espèce, de l'arrêt de notre Cour *R. c. Mack*, précité.

#### *Pertinence de l'arrêt R. c. Mack*

b Le second procès a eu lieu avant que notre Cour ne rende l'arrêt *R. c. Mack*, précité. Avant cet arrêt, la procédure applicable en cas d'allégation de provocation policière n'était pas bien établie: voir, par exemple, l'analyse fort utile de l'état du droit dans D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (2<sup>e</sup> éd. 1987), aux pp. 480 à 491. Une question n'avait pas été tranchée, soit celle de savoir si la provocation policière était une défense au fond, sur laquelle le jury devait se prononcer, ou une défense dont on trouve la source dans une politique générale et qui repose sur le pouvoir inhérent à tout tribunal d'arrêter les procédures pour cause d'abus de procédure. L'arrêt de notre Cour *Amato c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 418, n'a pas dissipé l'incertitude. L'opinion minoritaire du juge Estey a cependant jeté les bases de la séparation de la question de la provocation policière de celle des éléments constitutifs de l'infraction. Cette séparation a été consacrée par notre Cour à l'unanimité dans l'arrêt *Mack*, précité, où elle a décidé qu'il fallait distinguer la défense de provocation policière des moyens de défense généraux. Il appartient au juge de première instance et à lui seul, après que les juges des faits ont déclaré l'accusé coupable à l'égard de tous les éléments essentiels de l'infraction, d'apprécier et de trancher la question de la provocation policière. Au nom de h la Cour, le juge Lamer dit aux pp. 972 et 973:

i Enfin, je suis d'avis qu'avant qu'un juge se demande s'il y a lieu à suspension d'instance pour cause de provocation policière, il doit être absolument clair que le ministère public s'est déchargé de son fardeau de prouver hors de tout doute raisonnable que l'inculpé a commis tous les éléments essentiels de l'infraction. Si cela n'est pas clair et qu'il y ait un jury, la culpabilité ou l'innocence de l'inculpé doit être établie indépendamment de la preuve qui ne porte que sur la question de la provocation policière. Cela protège le droit de l'inculpé à un acquittement lorsque les circonstances le justifient. Si le jury décide que l'inculpé a commis tous les éléments

judge to stay the proceedings because of entrapment by refusing to register a conviction. It is not necessary nor advisable in this case to expand on the details of procedure. Because the guilt or innocence of the accused is not in issue at the time an entrapment claim is to be decided, the right of an accused to the benefit of a jury trial in s. 11(f) of the *Charter* is in no way infringed. [Emphasis in original.]

With the issue of entrapment separated from the rest of the defence, it is incumbent on the accused to establish on the balance of probabilities that entrapment occurred. I believe the evidence adduced in this case makes it apparent that the accused could not have met the burden of showing entrapment. Scott, on the evidence, was an eager drug dealer anxious to sell cocaine in substantial quantities. It is difficult to imagine that the evidence of Ross alone could demonstrate that there had been any entrapment of Scott. Even if his testimony were favourable, it would have to contradict the evidence of the police and it would be unsupported by any evidence from Scott. In those circumstances, even if there had been a wrongful exercise of discretion, I could not see any value in directing the trial judge to hear Ross on the issue of entrapment.

### Conclusion

When each ruling of the trial judge is examined, in order and in context, it becomes apparent that in each instance she exercised her discretion in accordance with the correct principles of law. As a result, I can find no basis for overturning her decisions.

I would dismiss the appeal.

The reasons of Lamer C.J. and La Forest and McLachlin JJ. were delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting)—I have had the advantage of reading the reasons of Justice Cory. I agree with him on all issues save two. First, I am of the view that it was not open to the Crown to recommence proceedings against the accused after entering the stay of proceedings. Second, I would

du crime, il est libre alors au juge de suspendre l'instance pour cause de provocation policière, en refusant de prononcer une déclaration de culpabilité. Il n'est pas nécessaire ni avisé en l'espèce d'aller plus à fond dans les détails de la procédure. Comme la culpabilité ou l'innocence de l'inculpé n'est pas en cause au moment où il est statué sur la prétention de provocation policière, le droit de l'inculpé à un procès par jury garanti par l'al. 11f) de la *Charte* n'est en aucune manière enfreint. [Souligné dans l'original.]

La question de la provocation policière ayant été isolée du reste de la défense, il incombe à l'accusé de prouver la provocation policière par prépondérance des probabilités. Je crois que la preuve produite en l'espèce démontre à l'évidence que l'accusé n'aurait pas pu s'acquitter du fardeau de prouver la provocation policière. D'après la preuve, Scott était un trafiquant empressé de vendre d'importantes quantités de cocaïne. Il est difficile d'imaginer que le témoignage de Ross à lui seul eût pu montrer que Scott a été la victime d'une provocation policière. Même si son témoignage avait été dans ce sens, il aurait été en contradiction avec ceux des policiers et il n'aurait pas été étayé par le témoignage de Scott. Vu ces circonstances, même si l'exercice du pouvoir discrétionnaire avait été injustifié, je ne saurais estimer utile d'ordonner au juge du procès d'entendre le témoignage de Ross sur la question de la provocation policière.

### Conclusion

L'examen de chacune des décisions du juge du procès, selon l'ordre chronologique, et dans son contexte, révèle de toute évidence qu'elle a chaque fois exercé son pouvoir discrétionnaire conformément aux principes de droit applicables. Je ne vois donc aucun motif d'écartier ses décisions.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs du juge en chef Lamer et des juges La Forest et McLachlin rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement de mon collègue le juge Cory. Je suis du même avis que lui sur tous les points sauf deux. D'abord, selon moi, il n'est pas loisible au ministère public de recommander les procédures instituées contre l'accusé après

find that the second trial judge erred in refusing to hear the witness Ross on the issue of entrapment.

#### Recommencement of Proceedings After Entering a Stay

The first trial judge made a ruling that the defence could ask a police officer in cross-examination why Winston Ross had been arrested on the same day as the appellant. Crown counsel had objected strenuously to the question on the ground that it might reveal the identity of a police informer. Faced with the ruling, Crown counsel advised the court that the Crown was entering a stay under s. 508(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. Shortly thereafter, the Crown notified the clerk of the court that it was re-instituting the proceedings against the accused. The appellant moved to have the second proceeding stayed. His motion was rejected. The trial proceeded before a new judge, German Dist. Ct. J. refused to allow questioning as to the identity of the informer—the line of questioning which the first judge would have permitted—on the ground that no evidentiary basis for a defence of entrapment had been made out. In the end she convicted the accused.

The accused contends that the conduct of the Crown in staying the charges before the first judge because it did not like his ruling in favour of the defence, and reinstating them in hopes of a more favourable ruling from a different judge, constitutes an abuse of process and an infringement of the accused's rights under ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Crown takes the position that there was no abuse of process or *Charter* infringement because its conduct was justified in the public interest and did not unduly prejudice the accused.

It is useful at the outset to state what is not at issue. In particular, the constitutionality of s. 508(1) of the *Criminal Code* is not raised. It is not suggested that the Crown does not have the power

qu'il a demandé l'arrêt des procédures. Ensuite, je conclus que le juge président le deuxième procès a commis une erreur en refusant d'entendre le témoin Ross au sujet de la provocation policière.

#### Reprise des procédures après l'inscription d'un arrêt

Lors du premier procès, le juge a statué que la défense pouvait demander à un agent de police, en contre-interrogatoire, pourquoi Winston Ross avait été arrêté le même jour que l'appelant. Le substitut du procureur général s'était vivement opposé à cette question pour le motif qu'elle pouvait révéler l'identité d'un indicateur. Vu la décision, le substitut du procureur général a avisé le tribunal que le ministère public inscrivait un arrêt des procédures conformément au par. 508(1) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34. Peu de temps après, le ministère public a avisé le greffier du tribunal qu'il reprenait les procédures contre l'accusé. L'appelant a demandé une suspension d'instance à l'égard de la deuxième procédure. Sa demande a été rejetée. Le procès s'est poursuivi devant un nouveau juge, le juge German de la Cour de district. Cette dernière a refusé de permettre des questions au sujet de l'identité de l'indicateur — c'est-à-dire le type de question que le premier juge avait autorisé—pour le motif qu'il n'y avait pas d'élément de preuve donnant ouverture au moyen de défense de provocation policière. Plus tard, elle a trouvé l'accusé coupable.

L'accusé soutient que l'action du ministère public d'arrêter les procédures devant le premier juge parce que le ministère public n'aimait pas la décision du juge qui favorisait l'accusé et de les reprendre dans l'espoir d'obtenir une décision plus favorable d'un autre juge, constitue un abus de procédure et une violation des droits garantis à l'accusé en vertu de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le ministère public soutient qu'il n'y a pas eu d'abus de procédure ni de violation de la *Charte* parce que l'intérêt public justifie ses actes et que l'accusé n'en a pas indûment souffert.

Il est utile de dire au départ ce qui n'est pas en litige. Plus précisément, on ne conteste pas la constitutionnalité du par. 508(1) du *Code criminel*. On ne conteste pas non plus le pouvoir du

to enter stays, nor that this might not be appropriate in many situations. The only question is whether the Crown's conduct in entering a stay and then recommencing the proceedings for the purpose of avoiding an unfavourable evidentiary ruling constitutes an abuse of process or violates the *Charter*, with the result that the convictions should be set aside. The issue, as I see it, is whether, once an accused has been put in jeopardy by entering a plea to a charge, the Crown may stay that proceeding and institute a new proceeding in order to overcome an unfavourable ruling by the trial judge.

### The Law with Respect to Abuse of Process

This Court has recognized the doctrine of abuse of process, quite independently of the *Charter*. A judge has the power to stay or strike down proceedings which are oppressive or vexatious and violate the fundamental principles of justice underlying the community's sense of fair play and decency. The power is to be exercised only in the "clearest of cases". As stated in *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659, at p. 1667:

A trial judge has discretion to stay proceedings in order to remedy an abuse of the court's process. This Court affirmed the discretion "where compelling an accused to stand trial would violate those fundamental principles of justice which underlie the community's sense of fair play and decency and to prevent the abuse of a court's process through oppressive or vexatious proceedings" (*R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128, at pp. 136-37, borrowing from *R. v. Young* (1984), 40 C.R. (3d) 289 (Ont. C.A.)) The judge's power may be exercised only in the "clearest of cases" (*Jewitt, supra*, at p. 137).

Under the doctrine of abuse of process, the unfair or oppressive treatment of an appellant disentitles the Crown to carry on with the prosecution of the charge. The prosecution is set aside, not on the merits (see *Jewitt, supra*, at p. 148), but because it is tainted to such a degree that to allow it to proceed would tarnish the integrity of the court. The doctrine is one of the safeguards designed to ensure "that the repression of crime through the conviction of the guilty is done in a way which reflects our fundamental values as a society"

ministère public de faire inscrire l'arrêt des procédures ni le bien fondé, dans bon nombre de cas, du recours à ce pouvoir. La seule question en litige est de savoir si l'action du ministère public d'arrêter les procédures et de les reprendre plus tard dans le but de contourner une décision défavorable relativement à la preuve, constitue un abus de procédure qui enfreint la *Charte*, de sorte que les déclarations de culpabilité doivent être infirmées. La question est, selon moi, de savoir si, après que l'accusé a été mis en péril en inscrivant un plaidoyer à une accusation, le ministère public peut arrêter les procédures et reprendre de nouvelles procédures pour contourner une décision défavorable du juge du procès.

### Le droit relatif à l'abus de procédure

Notre Cour a reconnu l'existence de la notion d'abus de procédure, tout à fait indépendamment de la *Charte*. Un juge a le pouvoir d'arrêter des procédures ou de les annuler si elles sont oppressives ou vexatoires et si elles violent les principes fondamentaux de la justice selon lesquels la société définit son sens du franc-jeu et de l'équité. Ce pouvoir ne doit être exercé que «dans les cas les plus manifestes». Comme on l'a dit dans l'arrêt *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, à la p. 1667:

Le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire d'ordonner une arrêt des procédures afin de remédier à un abus du processus judiciaire. Notre Cour a confirmé l'existence de ce pouvoir discrétionnaire «de suspendre l'instance lorsque forcer le prévenu à subir son procès violerait les principes de justice fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société, ainsi que d'empêcher l'abus des procédures de la cour par une procédure oppressive ou vexatoire» (*R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128, aux pp. 136 et 137, citant *R. v. Young* (1984), 40 C.R. (3d) 289 (C.A. Ont.)) Le pouvoir du juge ne doit s'exercer que dans les «cas les plus manifestes» (*Jewitt*, précité, à la p. 137).

Suivant la doctrine de l'abus de procédure, le traitement injuste ou oppressif d'un accusé prive le ministère public du droit de continuer les poursuites relatives à l'accusation. Les poursuites sont suspendues, non à la suite d'une décision sur le fond (voir *Jewitt*, précité, à la p. 148), mais parce qu'elles sont à ce point viciées que leur permettre de suivre leur cours compromettrait l'intégrité du tribunal. Cette doctrine est l'une des garanties destinées à assurer «que la répression du crime par la condamnation du coupable se fait d'une façon qui reflète

(*Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, at p. 689, *per* Lamer J.) It acknowledges that courts must have the respect and support of the community in order that the administration of criminal justice may properly fulfil its function. Consequently, where the affront to fair play and decency is disproportionate to the societal interest in the effective prosecution of criminal cases, then the administration of justice is best served by staying the proceedings.

In summary, abuse of process may be established where: (1) the proceedings are oppressive or vexatious; and, (2) violate the fundamental principles of justice underlying the community's sense of fair play and decency. The concepts of oppressiveness and vexatiousness underline the interest of the accused in a fair trial. But the doctrine evokes as well the public interest in a fair and just trial process and the proper administration of justice. I add that I would read these criteria cumulatively. While Wilson J. in *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657, at pp. 658-59, used the conjunction "or" in relation to the two conditions, both concepts seem to me to be integral to the jurisprudence surrounding the remedy of a stay of proceedings and the considerations discussed in *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128, and *R. v. Conway*, *supra*. It is not every example of unfairness or vexatiousness in a trial which gives rise to concerns of abuse of process. Abuse of process connotes unfairness and vexatiousness of such a degree that it contravenes our fundamental notions of justice and thus undermines the integrity of the judicial process. To borrow the language of *Conway*, the affront to fair play and decency must be disproportionate to the societal interest in prosecution of criminal cases.

I move from the general principle to the concerns raised by the Crown's conduct in this case. The submissions made to us, as reflected in the reasons of Cory J., focused in part on the issue of whether there was evidence of prosecutorial mis-

nos valeurs fondamentales en tant que société». (*Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, à la p. 689, le juge Lamer). C'est là reconnaître que les tribunaux doivent avoir le respect et le soutien de la collectivité pour que l'administration de la justice criminelle puisse adéquatement remplir sa fonction. Par conséquent, 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, l'administration de la justice est mieux servie par l'arrêt des procédures.

En résumé, l'abus de procédure peut avoir lieu si: (1) les procédures sont oppressives ou vexatoires; et (2) elles violent les principes fondamentaux de justice sous-jacents au sens de l'équité et de la décence de la société. La première condition, à savoir que les poursuites sont oppressives ou vexatoires, se rapporte au droit de l'accusé d'avoir un procès équitable. Cependant, la notion fait aussi appel à l'intérêt du public à un régime de procès justes et équitables et à la bonne administration de la justice. J'ajouterais que j'interprète ces conditions de façon cumulative. Bien que, dans l'arrêt *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657, aux pp. 658 et 659, le juge Wilson ait utilisé la conjonction «ou» à l'égard de ces deux exigences, elles me paraissent toutes deux des composantes essentielles exprimées dans la jurisprudence touchant l'arrêt des procédures et figurent toutes deux parmi les considérations mentionnées dans les arrêts *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128, et *R. c. Conway*, précité. Ce ne sont pas toutes les occasions d'inéquité ou de conduite vexatoire dans un procès qui soulèvent la question de l'abus de procédure. L'abus de procédure renvoie à un de degré tel d'inéquité ou de conduite vexatoire qu'il porte atteinte aux notions fondamentales de justice et de ce fait attaque l'intégrité du processus judiciaire. Selon les termes utilisés dans l'arrêt *Conway*, 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.

Je passe des principes généraux aux questions soulevées par les agissements du ministère public en l'espèce. Les représentations qu'on nous a faites, comme elles ressortent des motifs du juge Cory, ont porté, entre autres, sur la question de

conduct or bad faith in this case. While these may be factors in determining whether an abuse of process has been established, they are neither necessary nor sufficient. In *R. v. Keyowski, supra*, Wilson J., speaking for the Court, stated, at p. 659:

To define "oppressive" as requiring misconduct or an improper motive would, in my view, unduly restrict the operation of the doctrine. In this case, for example, where there is no suggestion of misconduct, such a definition would prevent any limit being placed on the number of trials that could take place. Prosecutorial misconduct and improper motivation are but two of many factors to be taken into account when a court is called upon to consider whether or not in a particular case the Crown's exercise of its discretion to re-lay the indictment amounts to an abuse of process.

While prosecutorial misconduct or bad faith *per se* may not be at issue, this case raises three concerns which have been addressed by the courts in the context of abuse of process. The first is the evil of "judge-shopping". The second is concern for the impartiality of the administration of justice, both real and perceived. The third concerns the need to uphold the dignity of the judiciary and judicial process.

The concern with "judge-shopping" arises from the use of the stay to avoid the consequences of an unfavourable ruling. Normally, Crown counsel faced with an unfavourable ruling is expected to accept it. The remedy is by way of appeal. To permit the Crown to stay a proceeding because of an unfavourable ruling and then reinstate the proceeding before a different judge in the hope of a different ruling is obviously to condone, in some sense, judge-shopping, notwithstanding that the Crown's motive may have been honourable.

Such conduct also raises concern for the impartiality of the administration of justice, real and perceived. The use of the power to stay, combined

savoir s'il y avait des indices de conduite blâmable ou de mauvaise foi de la part de la poursuite en l'espèce. Bien que ce soient là des facteurs à considérer pour déterminer si l'abus de procédure a été prouvé, ils ne sont ni nécessaires ni suffisants. Dans l'arrêt *R. c. Keyowski*, précité, le juge Wilson a dit au nom de la Cour, à la p. 659:

À mon avis, donner au mot «oppressive» une définition exigeant qu'il y ait une conduite blâmable ou un motif illégitime limiterait indûment l'application du principe. Dans le cas présent, par exemple, où il n'y a pas d'allégation de conduite blâmable, cette définition viendrait empêcher qu'une limite quelconque soit imposée au nombre de procès qui pourraient avoir lieu. La conduite blâmable de la poursuite et l'existence d'un motif illégitime ne sont que deux des nombreux facteurs qu'un tribunal doit prendre en considération lorsqu'il est appelé à examiner si, dans un cas donné, l'exercice par le ministère public de son pouvoir discrétionnaire de présenter de nouveau l'acte d'accusation équivaut à un abus de procédure.

Bien qu'une conduite blâmable ou la mauvaise foi de la part de la poursuite en elles-mêmes ne soient peut-être pas en cause, l'affaire devant nous soulève trois questions que les tribunaux ont examinées dans le cadre de l'abus de procédure. La première est la pratique répréhensible de la «quête au juge». La seconde est celle de l'impartialité de l'administration de la justice, dans les faits et selon la manière dont elle est perçue. La troisième est celle de la nécessité de préserver la dignité de la magistrature et du système judiciaire.

La question de la «quête au juge» vient du recours à l'arrêt des procédures pour contourner les conséquences d'une décision défavorable. Normalement, le substitut de procureur général placé devant une décision défavorable est censé l'accepter. Le recours est celui de l'appel. Permettre au ministère public d'arrêter les procédures à cause d'une décision défavorable et de les reprendre devant un autre juge dans l'espoir d'obtenir une décision différente équivaut manifestement à excuser, dans un certain sens, la quête au juge; le fait que les mobiles du ministère public aient été louables n'y change rien.

Cette conduite pose le problème de l'impartialité de l'administration de la justice, dans la réalité et selon la manière dont elle est perçue. Utiliser le

with reinstatement of proceedings as a means of avoiding an unfavourable ruling, gives the Crown an advantage not available to the accused. An accused's only remedy for an unfavourable ruling is an appeal: the Crown, if conduct such as that raised in this case is condoned, has a choice of whether to stay and start afresh before a new judge or to appeal. Absolute equality between the prosecution and the defence may not be possible. But good reasons must exist if the Crown, which already has at its disposal the superior resources of the state, is to be given an advantage such as this.

Finally, the case raises concerns for the dignity of the judiciary and the integrity of the judicial process. The normal and proper operation of the judicial system contemplates that judicial errors be corrected through the appeal process. That process should not be subverted without good reason. From the point of view of theory, an order or ruling stands as valid until set aside on appeal. Any other assumption leads to uncertainty and confusion. It may, moreover, result in the "error" of one trial judge being implicitly "corrected" by another judge of the same level. This is precisely what happened in the case at bar; Locke Dist. Ct. J. was called upon to quash the second proceeding, and German Dist. Ct. J. was called upon during that proceeding to make a ruling at odds with that of the first judge. Lamer J. (as he then was) warned against these evils in *R. v. Moore*, [1988] 1 S.C.R. 1097, at p. 1130, a case concerned with the legitimacy of new proceedings after the quashing of an information for failure to allege a material averment:

... this is no reason to allow the Crown to lay an amended charge once the accused has been acquitted, albeit by error. The trial judge's decision is open to appeal. Assuming error is found, the Court of Appeal will direct him to amend and hear the case, or will amend the charge itself and then return the file to the judge for trial on the amended charge. The fact that this will result in the accused being tried on the amended charge in any event, is no reason for downgrading the "quashing" so as to permit the Crown to relay an amended charge without facing a special plea. When a

pouvoir d'arrêter les procédures et les reprendre plus tard comme moyen de se soustraire à une décision défavorable donne à la poursuite un avantage dont l'accusé ne peut se prévaloir. Le seul recours de l'accusé en cas de décision défavorable est l'appel. Si on excuse la conduite dont il est question en l'espèce, le ministère public a deux recours: arrêter les procédures et les recommencer à neuf devant un nouveau juge ou interjeter appel. L'égalité absolue entre le ministère public et la défense n'est peut-être pas possible. Mais il faut qu'il y ait de bonnes raisons pour que le ministère public, qui dispose déjà des ressources plus importantes de l'État, soit autorisé à se prévaloir d'un avantage comme celui-là.

Enfin, l'affaire soulève la question de la dignité de la magistrature et celle de l'intégrité du système judiciaire. Le fonctionnement normal et ordinaire du système judiciaire veut que les erreurs judiciaires soient corrigées par le processus d'appel. Il ne faut pas détourner ce processus de ses fins sans de bonnes raisons. En théorie, une ordonnance ou une décision est valide jusqu'à ce qu'elle ait été infirmée en appel. Toute autre hypothèse provoque l'incertitude et la confusion. Elle peut, de plus, avoir comme conséquence que l'"erreur" d'un juge du procès soit implicitement «corrigée» par un autre juge du même niveau. C'est précisément ce qui s'est produit ici; on a demandé au juge Locke de la Cour de district d'infliger la deuxième procédure et on a demandé au juge German pendant cette procédure, de rendre une décision contraire à celle du premier juge. Le juge Lamer, alors juge puîné, a signalé ce danger dans l'arrêt *R. c. Moore*, [1988] 1 R.C.S. 1097, à la p. 1130. Cette affaire-là portait sur la légalité de nouvelles procédures après l'annulation de la dénonciation pour absence d'une allégation essentielle:

... ce n'est pas une raison pour permettre à la poursuite de déposer une accusation modifiée lorsque l'accusé a été acquitté, même par erreur. Il peut être interjeté appel de la décision du juge du procès. Si l'on présume qu'il a commis une erreur, la Cour d'appel lui ordonnera d'apporter une modification et d'entendre l'affaire ou modifiera l'accusation elle-même pour ensuite renvoyer le dossier au juge pour qu'il instruise l'accusation modifiée. Même si de toute façon l'accusé finira par subir son procès relativement à l'accusation modifiée, cela ne constitue pas un motif pour minimiser l'importance de

judge quashes under s. 529, that decision is deemed without error until reversed by a Court of Appeal. Otherwise the second judge, ordinarily of the same jurisdiction, when assessing whether the "quashing" is or is not tantamount to an acquittal for the purpose of determining whether there is *autrefois acquit*, would have to determine whether his colleague was or was not in error in deciding to quash.

l'«annulation» de manière à permettre à la poursuite de déposer à nouveau une accusation modifiée sans se voir opposer une défense spéciale. Lorsqu'un juge ordonne l'annulation en vertu de l'art. 529, cette décision est a réputée être sans erreur jusqu'à ce qu'elle soit infirmée par la Cour d'appel. Sinon, au moment d'évaluer si l'«annulation» équivaut à un acquittement aux fins de déterminer s'il y a autrefois acquit, il faudrait que le second juge, d'habitude du même ressort que son collègue, détermine si ce dernier a commis une erreur en décidant d'ordonner l'annulation.

These concerns are underlined in a series of cases dealing with the refusal by a trial judge to grant the Crown's request for an adjournment, usually as a result of the unavailability of a key witness. In the first of the three cases I will refer to, the Crown stayed proceedings pursuant to s. 508 of the *Code* and then laid a new information in order to re-institute proceedings. In the latter two cases, the Crown simply attempted to withdraw the charge with a view to relaying it and proceeding when the witness relied upon was available. I propose to quote from each of these three cases—all of which resulted in the Court's ordering a stay of proceedings—in order to capture some of the concerns to which I have alluded:

f It is not the function of this Court to review the discretion of the Judge who refused the adjournment of the first information. Whatever dilemma the prosecution may face in subjecting a discretionary ruling of a lower Court to the scrutiny of a higher Court, the procedural expediency adopted in this case cannot be countenanced as a substitute for an appeal or prerogative proceeding....

It is not too difficult to contemplate the evils where such a procedure could be extended to manoeuvre any trial proceeding before a Judge of choice.

*Per Jones Prov. Ct. J. in R. v. McAnish and Cook* (1973), 15 C.C.C. (2d) 494 (B.C.), at p. 495.

It seems quite apparent that the purported withdrawal of the informations at that stage after an unsuccessful attempt for an adjournment, was a move designed to circumvent the Judge's ruling which they found unsatis-

Ces thèmes sont réitérés par une jurisprudence qui porte sur le refus par le juge du procès d'accéder à une demande de remise faite par le ministère public, ordinairement parce qu'un témoin important ne peut déposer. Dans la première des trois affaires que je mentionnerai, le ministère public a arrêté les procédures en vertu de l'art. 508 du *Code* et a ensuite déposé de nouvelles dénonciations afin de reprendre les procédures. Dans les deux autres, le ministère public a simplement essayé de retirer l'accusation avec l'intention de la porter à nouveau quand le témoin en cause serait en mesure de déposer. Je me propose de citer des passages de ces trois arrêts—qui ont tous donné lieu à une ordonnance d'arrêt des procédures par la cour—afin d'illustrer les questions dont j'ai voulu parler:

g [TRADUCTION] Il n'entre pas dans les attributions de cette cour de réviser l'exercice du pouvoir discrétionnaire par le juge qui a accordé la remise d'instance sur la première dénonciation. Quel que soit le dilemme que le ministère public doive résoudre pour soumettre une décision relevant du pouvoir discrétionnaire d'une cour d'instance inférieure à l'examen d'une cour d'instance supérieure, on ne saurait approuver le stratagème de procédure adopté en l'espèce au lieu d'un appel ou d'une procédure d'exception....

h Il n'est pas très difficile de prévoir les conséquences malsaines qu'entraînerait une telle procédure si on permettait d'y avoir recours pour laisser quelqu'un amener n'importe quel procès devant un juge de son choix.

i Le juge Jones, de la Cour provinciale, dans *R. v. McAnish and Cook* (1973), 15 C.C.C. (2d) 494 (C.-B.), à la p. 495.

j [TRADUCTION] Il apparaît très clair que le préteudu retrait des dénonciations à cette étape après une vaine tentative d'obtenir une remise constituait un moyen de contourner la décision du juge qu'ils ne trouvaient pas à

factory . . . The Crown have [sic] simply ignored the dismissals of the Court and re-laid the informations.

When the accused is brought back to face the same charge, that was disposed of by the Court, without any ruling by a higher Court as to the propriety of the lower Court's ruling, it does not appear to the accused or the public, that the administration of justice is impartial, but rather that it is something to be manipulated by the Crown.

*Per Crossland Prov. Ct. J. in R. v. Scheller (No. 1)* (1976), 32 C.C.C. (2d) 273 (Ont.), at pp. 278 and 283.

I find that the procedure adopted by the Crown in this case of withdrawing the charge and re-laying it subsequently was calculated to circumvent the Judge's refusal to grant an adjournment. It was an affront to the dignity both of the Provincial Court Judge and the relevant appellate authorities. More important, it constituted an attack upon the judicial system itself by an endeavour to bypass or disregard judicial authority in an endeavour to take the control of a criminal proceeding out of the hands of the appropriate judicial officer.

*Per Vanek Prov. Ct. J. in R. v. Weightman and Cunningham* (1977), 37 C.C.C. (2d) 303 (Ont.), at pp. 317-18.

I recognize that each of these cases can be readily distinguished from the present case; indeed, a key factor mentioned in *R. v. McAnish and Cook* was that the Crown laid a new information instead of proceeding as permitted by s. 508(2) of the *Criminal Code*, as the Crown did here. Nevertheless, the concerns which they enunciate are the very concerns raised in this case. They suggest at the very least that each concern must be carefully considered to ensure that the unfairness and oppressiveness amounting to abuse of process are not present here.

#### Application of the Law to the Facts of This Case

The Court of Appeal found there was no abuse of process or *Charter* violation in the Crown's staying of proceedings before the first judge after the adverse ruling, and then recommencing them before a new judge. It stated that Crown counsel was not simply circumventing an unfavourable ruling, but was protecting an important public

leur convenance. . . . Le ministère public a simplement passé outre aux rejets par la cour et repris les dénonciations.

<sup>a</sup> Quand un accusé est ramené au tribunal pour faire face à une accusation qu'une cour a déjà rejetée, alors qu'aucune cour supérieure ne s'est prononcée sur la validité du rejet, il n'apparaît ni à l'accusé, ni à la société que l'administration de la justice est impartiale, mais il leur apparaît plutôt qu'elle est manipulée par le ministère public.

Le juge Crossland, de la Cour provinciale, dans *R. v. Scheller (No. 1)* (1976), 32 C.C.C. (2d) 273 (Ont.), aux pp. 278 et 283.

[TRADUCTION] Je trouve que la procédure utilisée par le ministère public en l'espèce de retirer l'accusation pour la porter à nouveau plus tard visait à contourner le refus du juge d'accorder une remise d'audience. C'était à la fois un affront à la dignité du juge de la cour provinciale et à celle des instances d'appel compétentes. De plus, elle comportait une atteinte au système judiciaire lui-même en tant que tentative de contourner ou de discrépiter l'autorité judiciaire et d'évincer de son rôle l'autorité judiciaire compétente.

Le juge Vanek, de la Cour provinciale, dans *R. v. Weightman and Cunningham* (1977), 37 C.C.C. (2d) 303 (Ont.), aux pp. 317 et 318.

<sup>f</sup> Je reconnaissais qu'il est possible de faire des distinctions entre ces trois décisions et la présente affaire; un facteur déterminant mentionné dans la décision *R. v. McAnish and Cook* tient à ce que le ministère public a porté de nouvelles accusations plutôt que de procéder en vertu du par. 508(2) du *Code criminel*, comme il l'a fait ici. Néanmoins, les questions en cause sont celles-là mêmes qui sont en cause en l'espèce. Elles indiquent au moins qu'il faut examiner soigneusement chaque question pour vérifier qu'il n'y a, en l'espèce, ni inéquité, ni oppression de nature à constituer un abus de procédure.

#### Application du droit aux faits de l'espèce

La Cour d'appel a conclu qu'il n'y avait ni abus de procédure, ni violation de la *Charte* du fait que le ministère public avait arrêté les procédures devant le premier juge après la décision défavorable et les avait recommandées devant un autre juge. Elle a déclaré que le substitut du procureur général ne cherchait pas simplement à contourner

interest. Observing that the use of a stay must remain subject to judicial review, it concluded that "having regard to the public interests with which the Crown was concerned, there was compelling reason to stay the proceedings".

In essence, the Court of Appeal is saying that the use of a stay to circumvent an adverse ruling is legitimate because the Crown had a good reason founded in public interest for following the course it did. I question whether such reasoning is sufficient to avoid the inference of abuse of process. As this Court stated in *Keyowski, supra*, the Crown's good faith and motive are only two of the factors to be considered in determining whether an abuse of process is made out. The same has repeatedly been held with respect to *Charter* breaches; under the *Charter* lack of good faith and motive are irrelevant on the question of whether the accused's rights have been breached, although they may be considered under s. 24(2) in determining the use to which evidence obtained as a result of a breach may be put. It would appear at least necessary to take the further step of examining the magnitude of the affront to justice and fairness against the public interest in prosecution. The reasoning of the Court of Appeal, moreover, fails to fully address the real concerns raised by the Crown's conduct—concerns relating to judge-shopping, the impartiality of the administration of justice and the integrity and dignity of the judicial process.

I have the same concerns with regard to the reasons of my colleague, Cory J. He, too, emphasizes that the Crown acted in good faith and that its actions were not abusive, in the sense that they were aimed at protecting the identity of a police informer. This, while relevant, is insufficient in itself to justify an abuse of process.

Cory J. makes two further points. The Crown, he says, had no alternative but to stay the trial in order to fulfil its duty. I cannot agree. The Crown,

une décision défavorable, mais qu'elle protégeait un intérêt important de la société. Après avoir fait remarquer que l'utilisation de l'arrêt des procédures devait continuer d'être soumis au contrôle judiciaire, la cour a conclu que [TRADUCTION] «une raison impérieuse commandait l'arrêt des procédures, eu égard aux considérations d'intérêt public dont le ministère public devait tenir compte».

b Essentiellement, la Cour d'appel dit que le recours à l'arrêt des procédures pour contourner une décision défavorable est légitime parce que le ministère public avait un motif valable, fondé sur l'intérêt public, d'agir comme il l'a fait. Je conteste c qu'un tel raisonnement suffise pour éviter la conclusion qu'il y a eu abus de procédure. Comme notre Cour l'a dit dans l'arrêt *Keyowski*, précité, la bonne foi du ministère public et ses motifs ne sont d que deux des nombreux facteurs dont il faut tenir compte pour savoir si l'abus de procédure est avéré. Le même jugement a été rendu à plusieurs reprises à l'égard de violations de la *Charte*: l'absence de bonne foi et les motifs d'agir ne comptent e pas pour savoir si les droits d'un accusé ont été enfreints, il peuvent cependant entrer en ligne de compte pour savoir, en vertu du par. 24(2), quelle utilisation on peut faire des éléments de preuve obtenus par une violation de la *Charte*. Il semblerait nécessaire, tout au moins, de passer à l'étape suivante et d'examiner l'ampleur du manquement à la justice et à l'équité en regard de l'intérêt de la société à assurer que les infractions soient poursuivies. g Le raisonnement de la Cour d'appel laisse aussi de côté des problèmes réels que soulèvent les agissements du ministère public, c'est-à-dire ceux qui ont trait à la quête au juge, à l'impartialité de l'administration de la justice et à l'intégrité et à la dignité du processus judiciaire.

i Les motifs de mon collègue le juge Cory suscitent chez moi les mêmes préoccupations. Lui aussi souligne que le ministère public a agi de bonne foi et que son comportement n'était pas abusif, puisqu'il visait à protéger l'identité d'un indicateur. Même si cette question est pertinente, elle ne suffit pas, à elle seule, à justifier un abus de procédure.

j Le juge Cory invoque deux autres arguments. Selon lui, le ministère public n'avait pas d'autre choix que d'arrêter les procédures pour remplir son

faced with the evidentiary ruling which might have led to disclosure of the informer's identity, could have stood the witness down and declined to call further evidence. The result would probably have been an acquittal. The Crown then could have appealed the acquittal on the ground of the judge's erroneous ruling in the usual way, asking for a new trial. This is what happened in *R. v. Banas and Haverkamp* (1982), 36 O.R. (2d) 164. There the Ontario Court of Appeal allowed an appeal from an acquittal made after the Crown declined to lead evidence following an adverse ruling. Martin J.A. stated at p. 169:

We do not think that the Crown, in the circumstances, is precluded from appealing the directed verdict because Crown counsel decided not to continue with the trial which he considered would be fruitless and which would not result in a conviction due to the erroneous exclusion of vital evidence. We are satisfied that if the trial judge had not excluded the evidence of the intercepted private communications the verdict of the jury would not necessarily have been the same.

If the Crown had followed this course in the case at bar the concerns to which I have alluded would have been avoided. The Crown could not be accused of judge-shopping, since the new trial would be the result of a court decision rather than a Crown decision. Concerns for the impartiality of the administration of justice would not arise, since the critical decision would be made by the Court of Appeal where the accused may be fully heard. And the integrity and dignity of the judicial process would be preserved, in that the adverse ruling would not be circumvented by the act of the Crown, but would be properly set aside by an appellate court.

Finally, Cory J. alludes to the fact that the accused was not prejudiced by way of delay since he was at all times in custody on another matter. Generally speaking (and leaving to one side the

devoir. Je ne puis être d'accord. Vu la décision relative à la présentation de la preuve qui pouvait amener la révélation de l'identité d'un indicateur, le ministère public pouvait dispenser le témoin de a déposer et ne pas soumettre d'autre élément de preuve. Il en serait probablement résulté un acquittement de l'accusé. Le ministère public aurait pu alors interjeter appel de l'acquittement selon la procédure normale en invoquant l'erreur b du juge du procès et demander la tenue d'un nouveau procès. C'est ce qui s'est produit dans l'arrêt *R. v. Banas and Haverkamp* (1982), 36 O.R. (2d) 164. Dans cette affaire-là, la Cour c d'appel de l'Ontario a accueilli l'appel interjeté de l'acquittement prononcé après que le ministère public eut refusé de présenter d'autres éléments de preuve après une décision défavorable. Le juge Martin dit ceci à la p. 169:

d [TRADUCTION] Nous ne croyons pas qu'en l'espèce, le ministère public soit empêché d'interjeter appel du verdict commandé parce que le substitut du procureur général a décidé de ne pas poursuivre le procès qu'il jugeait sans objet et devant inévitablement conduire à e l'acquittement après l'exclusion erronée, d'éléments de preuve essentiels. Nous sommes convaincus que, si le juge du procès n'avait pas écarté la preuve des communications privées obtenues par interception, le verdict du jury n'aurait pas été nécessairement le même.

f Si le ministère public avait adopté cette solution en l'espèce, il n'y aurait pas lieu de se poser les questions dont j'ai fait état précédemment. Le ministère public ne saurait être accusé de quête au g juge puisque le nouveau procès aurait découlé d'une décision judiciaire plutôt que d'une décision du ministère public. Les craintes au sujet de l'impartialité de l'administration de la justice ne se présenteraient pas puisque la décision déterminante serait celle de la Cour d'appel auprès de laquelle l'accusé aurait eu toute possibilité de se faire entendre. De plus l'intégrité et l'impartialité de l'administration de la justice seraient sauves h i parce que la décision défavorable n'aurait pas été contournée par le ministère public, mais elle aurait été régulièrement infirmée par une cour d'appel.

j Enfin, le juge Cory mentionne le fait que l'accusé n'a pas souffert du délai parce que, pendant toute la période, il était incarcéré pour une autre affaire. De façon générale (à part la question des

question of trial delay under s. 11(b) of the *Charter* where differing views have been expressed) it is not incumbent upon an accused to demonstrate actual prejudice as a condition of being able to rely on his *Charter* rights. Nor does prejudice figure prominently in the jurisprudence on abuse of process.

Finding myself unconvinced by the reasons enunciated in the court below or by Cory J. for the proposition that abuse of process or breach of the *Charter* has not been made out, I find it necessary to embark on my own analysis. Guidance as to the content of "oppressive", "vexatious" and "contrary to the fundamental principles of justice", the basic test for abuse of process, may be had from the cases which have considered that doctrine. Those cases invoke concerns for the fairness of the process from the vantage point of the accused as well as the public interest in proper functioning of the judicial system. The specific concerns raised in this case involve the spectre of judge-shopping, concern for impartiality of the judicial process, and concern for the maintenance of the integrity and dignity of the judicial system and the judges within it. These concerns must be balanced against the public interest in prosecuting crimes to ascertain whether they outweigh that interest with the result that allowing the proceedings to stand would tarnish the image of the court.

Each of the concerns I have raised may be seen to involve a fundamental principle of justice underlying our community's sense of fair play and justice. A system that allows the Crown an advantage in choosing or changing judges, a system which either in fact or appearance is partial, a system which permits a judge's ruling to be circumvented other than by the normal appeal process—such a system would be open to the charge that it offended the fundamental principles of justice upon which our society rests. By the same token, proceedings which permit such abuses might be characterized as "vexatious" or "unfair".

The question is whether the apparent concerns are of such gravity that they may be said to

délais du procès soulevée en vertu de l'al. 11b) de la *Charte*, au sujet duquel les avis sont partagés) l'accusé n'a pas l'obligation d'établir l'existence d'un tort réel pour faire valoir les droits que la *Charte* lui confère. La jurisprudence relative à l'abus de procédure ne parle pas non plus beaucoup du tort subi par l'accusé.

N'étant pas convaincue par les motifs énoncés par la Cour d'appel et par le juge Cory, qu'on n'a pas fait la preuve d'un abus de procédure ou d'une violation de la *Charte*, j'estime nécessaire de procéder à ma propre analyse. On peut trouver, dans la jurisprudence qui porte sur ce sujet, des indications sur le sens d'«oppressif», de «vexatoire» et de «contraire aux principes fondamentaux de la justice», ce sens constituant le critère principal de l'abus de procédure. Cette jurisprudence fait appel à la notion d'équité du processus aussi bien du point de vue de l'accusé qu'en fonction de l'intérêt du public dans le fonctionnement approprié du système judiciaire. Les questions précises que soulève la présente affaire sont le spectre de la quête au juge, celle de l'impartialité du système judiciaire et celle de la préservation de l'intégrité et de la dignité du système judiciaire et des juges qui en font partie. Ces préoccupations doivent être prises en compte eu égard à l'intérêt public à réprimer le crime; si elles prévalent, la confirmation des procédures aurait pour effet d'entacher l'image de la justice.

On peut considérer que chacune des préoccupations que j'ai mentionnées met en jeu un principe de justice fondamentale qui sous-tend le sens de l'équité et de la justice qui prévaut dans notre société. Un système qui laisse au ministère public l'avantage de choisir le juge ou de le changer, un système qui est en fait ou en apparence partial, un système qui permet de contourner la décision d'un juge autrement que par la voie normale de l'appel; est un système qui prête flanc au reproche de ne pas respecter les principes fondamentaux de justice sur lesquels notre société repose. Pour les mêmes raisons, des procédures qui autorisent un tel abus pourraient être qualifiées de «vexatoires» ou d'«inéquitables».

La question est de savoir si ces préoccupations apparentes ont une gravité telle qu'on puisse dire

outweigh the public interest. In my view the answer is yes. The public has an interest in prosecuting crimes as well as in protecting the identity of informers. But, as I have already suggested, both these interests could have been met by adopting the alternative of calling no further evidence and appealing the resulting acquittal. In these circumstances, it cannot be said that the public interest justifies or offsets the affront to justice and fairness involved in the course the Crown chose to follow. The situation, moreover, falls within the rubric of "the clearest of cases". The deviation from the fundamental principles of justice is clear and, being unnecessary, incapable of justification. I conclude that the requirements for abuse of process are clearly met in this case.

I conclude that the Crown's conduct in staying the proceedings to avoid an adverse judicial ruling and then recommencing them establishes the case for abuse of process. Having so concluded, it is unnecessary to consider the position under the *Charter*. I leave the question of remedy to later in these reasons.

#### The Trial Judge's Refusal to Receive the Evidence of Ross

In the course of the second trial, the trial judge granted an adjournment so the defence could subpoena a witness named Ross whom the defence wished to question on the issue of entrapment. Ross did not arrive until counsel for the Crown and for one of the accused had completed their submissions. The trial judge refused to permit Ross to be called at this stage.

The record in the case on appeal reveals there was evidence that the first conversation between the police officer and the appellant took place at Ross's auto body shop, that the police officer had previous knowledge of Ross, and that the police officer and Ross were talking when the appellant arrived. There was also evidence that the appellant had bought a car from Ross which he later used as collateral in the drug transaction with the police officer. And, finally, there was evidence that Ross was arrested "in relation to these matters", simultaneously with the appellant and his co-accused,

qu'elles l'emportent sur l'intérêt de la société. À mon avis, la réponse est oui. La société a intérêt à traduire les criminels en justice et à protéger l'identité des indicateurs. Mais j'ai déjà mentionné que ces intérêts auraient pu être préservés en arrêtant la présentation de la preuve et en interjetant appel de l'acquittement qui serait inévitablement intervenu. Dans ces circonstances, on ne peut soutenir que l'intérêt de la société justifie ou comprendre l'atteinte à la justice et à l'équité que comportait l'action du ministère public. De plus, la situation appartient à la catégorie des «cas les plus manifestes». L'écart des principes fondamentaux de justice est manifeste et, puisqu'il est inutile, il se saurait se justifier. Je conclus que les conditions pour qu'il y ait abus de procédure sont réalisées.

Je conclus que l'action du ministère public d'arrêter les procédures pour contourner une décision défavorable et de les reprendre plus tard constitue un abus de procédure. Puisque je suis arrivée à cette conclusion, il est inutile que j'examine la question eu égard à la *Charte*. J'aborderai plus loin la question du redressement.

#### Le refus du juge de première instance d'entendre la déposition de Ross

Au cours du second procès, le juge a accordé une remise d'audience pour permettre à la défense de convoquer un témoin nommé Ross que la défense voulait interroger en rapport avec la question de provocation policière. Ross ne s'est pas présenté avant que le substitut du procureur général et l'avocat d'un des accusés aient terminé leurs plaidoiries. Le juge a refusé de laisser témoigner Ross à cette étape.

Le dossier du présent pourvoi indique qu'il existe des éléments de preuve selon lesquels la première conversation qui a eu lieu entre l'agent de police et l'appelant s'est produite à l'atelier de tôlerie automobile de Ross, que l'agent de police connaissait déjà Ross et que celui-ci et l'agent de police conversaient ensemble quand l'appelant est arrivé. La preuve indique aussi que l'appelant avait acheté de Ross une automobile qu'il a plus tard donnée en garantie dans un marché de drogue conclu avec l'agent de police. Enfin, selon la preuve, Ross a été arrêté [TRADUCTION] «en rap-

and that there were no reasonable and probable grounds to arrest Ross. The charges against Ross were not proceeded with.

This evidence suggests that Ross was connected with the transaction giving rise to the charges. It is sufficient to raise questions about the nature of his involvement. One of the explanations might have been that he assisted in entrapping the accused. Notwithstanding the lack of other positive evidence to that point indicating entrapment, I cannot concur in the view that there was "no real basis for permitting Ross to testify".

Notwithstanding the possible relevance of Ross's evidence, I would not interfere with the trial judge's exercise of her discretion to refuse to hear Ross, had the proposed evidence related to the merits of the case.

This, however, was not the case in my view. Ross's evidence was tendered not on the principal question of guilt or innocence, but on the subsidiary issue of entrapment. The issue of entrapment must be determined apart from the issue of guilt or innocence: *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903. It is a policy-related issue. The only question is whether the entrapment constitutes an abuse of process requiring that the proceedings be stayed or set aside. The distinction between the question of guilt or innocence, and the subsidiary issue of entrapment, is underlined by the fact that in a jury trial the issue of entrapment is decided by the trial judge alone, after the jury has returned its verdict on the guilt or innocence of the accused.

This Court has not yet laid down a definitive procedure to govern the issue of entrapment, apart from emphasizing that the question is separate from the trial *per se*. As Lamer J. (as he then was) stated in *Mack*, at p. 972:

port avec ces opérations» en même temps que l'appelant et son coaccusé et il n'y avait pas de motif raisonnable et probable d'arrêter Ross. Les accusations portées contre Ross n'ont donné lieu à aucune autre procédure.

Ces éléments de preuve laissent croire que Ross avait quelque chose à voir avec les opérations qui ont donné lieu aux accusations. Ils suffisent à provoquer un doute sur la nature de sa participation. Une des explications possibles est celle qu'il aurait aidé les policiers à piéger l'accusé. Malgré l'absence de tout autre élément de preuve qui indique une provocation policière, je ne puis être d'accord avec l'avis qu'il n'y avait «aucun fondement dans la preuve qui puisse justifier la décision de permettre à Ross de témoigner».

Malgré la pertinence possible de la déposition de Ross, je n'interviendrais pas dans l'exercice par le juge de première instance de son pouvoir discrétionnaire de refuser d'entendre la déposition de Ross, si les éléments de preuve portaient sur le fond de l'affaire.

À mon avis, ce n'était pas le cas. La déposition de Ross n'aurait pas porté sur la question principale de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé, mais sur la question accessoire de la provocation policière. La question de la provocation policière doit être tranchée indépendamment de celle de la culpabilité ou de l'innocence: *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903. C'est une question qui relève de la politique judiciaire. La seule question à trancher est de savoir si la provocation policière constitue un abus de procédure qui exige que les procédures soient arrêtées ou infirmées. La distinction entre la question de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé et la question accessoire de la provocation policière ressort de ce que, dans un procès avec jury, la question de la provocation est tranchée par le juge du procès seul, après que le jury a rendu son verdict sur la culpabilité ou l'innocence de l'accusé.

Notre Cour n'a pas encore établi de procédure définitive pour régir la question de la provocation policière, sauf qu'elle a souligné que cette question était distincte du procès proprement dit. Le juge Lamer, alors juge puîné, disait dans l'arrêt *Mack*, à la p. 972:

... the guilt or innocence of the accused must be determined apart from evidence which is relevant only to the issue of entrapment. This protects the right of an accused to an acquittal where the circumstances so warrant. If the jury decides the accused has committed all of the elements of the crime, it is then open to the judge to stay the proceedings because of entrapment by refusing to register a conviction. It is not necessary nor advisable in this case to expand on the details of procedure . . . the guilt or innocence of the accused is not in issue at the time an entrapment claim is to be decided . . . [Emphasis in original.]

At the time when Ross appeared, the trial on the issue of guilt or innocence was in the process of being concluded. The evidence was in and the submissions of law were underway. The question is whether it was too late at this point to raise the issue of entrapment. The trial judge held it was, treating the issue of entrapment as one which must be raised in the course of the trial proper. Thus she said: "There is no evidence in this trial that [Ross] would assist in an entrapment defence. So I can't see the purpose." [Emphasis added.]

Following the logic in *Mack*, I think the answer to the question of whether it was too late to receive the evidence of Ross because the relevance of his evidence had not been established in the course of the trial must be negative. Without deciding that evidence of entrapment cannot or should not be led during the course of a trial directed to determining the guilt or innocence of the accused, *Mack* seems to make it clear that the decision on entrapment is one which must be made separately from the issue of guilt or innocence. In these circumstances, I think the accused should have the right, if he or she wishes, to call evidence as to entrapment, after the case on guilt or innocence is completed. In many cases, it will be to the advantage of the accused to delay the evidence on entrapment to this stage. For example, the accused might not wish to take the stand during the trial of guilt or innocence, as is his or her right, but might wish to do so later on the subsequent issue of entrapment. Implicit in the notion of entrapment is the conces-

... la culpabilité ou l'innocence de l'inculpé doit être établie indépendamment de la preuve qui ne porte que sur la question de la provocation policière. Cela protège le droit de l'inculpé à un acquittement lorsque les circonstances le justifient. Si le jury décide que l'inculpé a commis tous les éléments du crime, il est libre alors au juge de suspendre l'instance pour cause de provocation policière, en refusant de prononcer une déclaration de culpabilité. Il n'est pas nécessaire ni avisé en l'espèce d'aller plus à fond dans les détails de la procédure. [...] la culpabilité ou l'innocence de l'inculpé n'est pas en cause au moment où il est statué sur la prétention de provocation policière . . . [Souligné dans l'original.]

Quand Ross s'est présenté au tribunal, on en était à décider de l'innocence ou de la culpabilité de l'accusé. La preuve était terminée et les plaidoiries étaient fort avancées. La question à trancher est de savoir s'il était trop tard pour soulever le moyen de la provocation policière. Le juge a conclu qu'il était trop tard, traitant la question de la provocation policière comme s'il fallait la soulever au cours du procès proprement dit. Elle a donc dit: [TRADUCTION] «Il n'y a donc pas d'élément de preuve, dans ce procès-ci, que [Ross] pourrait aider à établir la défense de provocation policière. Aussi je ne vois pas d'utilité à son témoignage.» [Je souligne.]

Selon la logique de l'arrêt *Mack*, je crois qu'il faut répondre non à la question de savoir s'il était trop tard pour recevoir la déposition de Ross parce que la pertinence de son témoignage n'avait pas été établie pendant le procès. Sans affirmer que les éléments de preuve au sujet de la provocation policière ne devraient ou ne pourraient pas être présentés dans le cours d'un procès qui vise à déterminer la culpabilité ou l'innocence de l'accusé, l'arrêt *Mack* semble indiquer clairement que la décision au sujet de la provocation policière doit se prendre de façon distincte de celle de l'innocence ou de la culpabilité de l'accusé. Dans ces circonstances, je crois que l'accusé aurait dû avoir le droit de présenter, s'il voulait le faire, des éléments de preuve après la présentation de la preuve relativement à son innocence ou à sa culpabilité. Dans de nombreux cas, il sera à l'avantage de l'accusé de remettre la présentation des éléments de preuve sur la provocation policière à cette étape. Par exemple, un accusé pourrait ne pas

sion of having committed at least the *actus reus* of the offence; fairness suggests that the accused should not be obliged to call evidence on this question until after the principal issue of his or her guilt or innocence has been determined. This is the logic behind the separation of process dictated by *Mack*.

vouloir déposer au cours du procès relativement à son innocence ou à sa culpabilité, comme il en a le droit, mais pourrait vouloir le faire plus tard sur la question de la provocation policière. La notion de a provocation policière comporte implicitement l'aveu d'avoir accompli l'*actus reus* de l'infraction; l'équité suppose que l'accusé ne devrait pas être obligé de soumettre des éléments de preuve sur ce sujet avant que la question principale de sa culpabilité ou de son innocence ait été tranchée. C'est la logique de la distinction de ces aspects du procès établie par l'arrêt *Mack*.

In consequence, I am of the view that the trial judge did not have a discretion to refuse to accept the evidence of Ross on the issue of entrapment, provided that relevancy—the basic condition of the reception of any evidence—was established. The guilt or innocence of the accused not yet having been determined, the question of entrapment had not yet arisen for decision. The accused was entitled, if he chose, to call evidence relevant to entrapment after the verdict on his guilt. The trial judge did not let him do this. Unless the evidence was clearly irrelevant, that constituted an error. As I have already indicated, it was far from clear that Ross's evidence would have been irrelevant; one explanation for Ross's connection with the transaction could have been that he was used to entrap the accused.

c En conséquence, je suis d'avis que le juge du procès n'avait pas le pouvoir discrétionnaire de refuser à Ross de soumettre des éléments de preuve sur le sujet de la provocation policière, à la condition que la pertinence de cette preuve soit vérifiée, comme c'est le cas pour tout genre de preuve. L'innocence ou la culpabilité de l'accusé n'ayant pas encore été déterminée, la question de la provocation policière n'avait pas encore été posée. L'accusé avait le droit, s'il voulait le faire, de présenter des éléments de preuve au sujet de la provocation policière après sa déclaration de culpabilité. Le juge du procès ne lui a pas permis de le faire. À moins que cette preuve soit tout à fait non pertinente, cela constitue une erreur. J'ai déjà signalé qu'il est loin d'être certain que le témoignage de Ross n'aurait pas été pertinent; une des explications du lien de Ross avec l'opération étant celle qu'il peut avoir été utilisé pour tendre un piège à l'accusé.  
d  
e  
f  
g

### Remedy

The appellant asks that the appeal be allowed and for a stay of proceedings or a new trial. Were the only error that of refusal to hear Ross, I would be inclined to direct a hearing on the issue of entrapment. However, the Crown's use of a stay and recommencement of proceedings constitutes an abuse of process which could not be rectified by a new trial. This suggests that the proper result is to allow the appeal and enter a stay of proceedings.

### Le redressement

h L'appelant nous demande d'accueillir le pourvoi et d'ordonner un arrêt des procédures ou un nouveau procès. Si la seule erreur avait été le refus d'entendre la déposition de Ross, je serais d'avis i d'ordonner la tenue d'une audition sur le sujet de la provocation policière. Cependant, le recours par le ministère public à l'arrêt et à la reprise des procédures constitue un abus de procédure qu'un nouveau procès ne corrigera pas. Il en découle que le redressement approprié consiste à accueillir le pourvoi et à ordonner un arrêt des procédures.  
j

Conclusion

I would allow the appeal and enter a stay of proceedings.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J. (dissenting)—I have had the advantage of reading the judgment prepared in this appeal by Justice Cory. I agree with my colleague's reasons in respect of the appellant's arguments concerning s. 508 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, and the cross-examination of the police officer. I am further of the view that the learned trial judge properly exercised her discretion in refusing to issue a material witness warrant. However, I respectfully disagree with my colleague on the issue of the propriety of the trial judge's refusal to reopen the case to permit the appellant to call the witness Ross, once it became apparent that Ross had appeared. With respect to this issue I agree with the conclusion reached by Justice McLachlin and with her reasons.

Notwithstanding error on the part of the trial judge, it does not follow that there need be a new trial. In view of the procedure required by *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903, the substantive verdict of guilty rendered by the trial judge need not be disturbed, since the evidence relevant to a *Mack* application is not relevant to culpability: *Mack, supra*, at pp. 965, 972 and 975. In order to rectify the error and restore the appellant's opportunity to make full answer and defence, it is only necessary to vacate the formal conviction and remit the matter to the trial judge for an evidentiary hearing on the issue of entrapment. I would so order.

*Appeal dismissed, LAMER C.J. and LA FOREST, SOPINKA and McLACHLIN JJ. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: Hamilton, Shilton & Shaw, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: John C. Tait, Ottawa.*

*Solicitor for the intervenor: The Attorney General of Ontario, Toronto.*

Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la suspension de l'instance.

a Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA (dissident)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement que le juge Cory a rédigés en l'espèce. Je partage son point de vue en ce qui a trait aux arguments de l'appelant relativement à l'art. 508 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, et au contre-interrogatoire de l'agent de police. Je suis de plus d'avis que le savant juge du procès a bien exercé son pouvoir discrétionnaire en refusant de décerner un mandat d'amener à l'endroit d'un témoin essentiel. Toutefois, je suis en désaccord avec mon collègue sur la question du bien-fondé du refus du juge du procès de rouvrir l'affaire pour permettre à l'appelant de citer le témoin Ross quand il est devenu évident que celui-ci s'était présenté. Je suis d'accord sur ce point avec la conclusion du juge McLachlin et avec ses motifs.

e Nonobstant l'erreur du juge du procès, il n'est nécessaire de tenir un nouveau procès. Compte tenu de la procédure imposée par l'arrêt *R. v. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903, il n'est pas nécessaire de modifier le verdict de culpabilité prononcé par le juge du procès puisque la preuve relative à une demande selon l'arrêt *Mack* ne porte pas sur la culpabilité: *Mack, précité*, aux pp. 965, 972 et 975. Pour corriger l'erreur et redonner à l'appelant la possibilité de présenter une défense pleine et entière, il suffit d'écartier la déclaration de culpabilité et de renvoyer la question au juge du procès pour que la preuve relative à la question de la provocation policière soit entendue. Je suis d'avis de rendre une ordonnance en ce sens.

*Pourvoi rejeté, le juge en chef LAMER et les juges LA FOREST, SOPINKA et McLACHLIN sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelant: Hamilton, Shilton & Shaw, Toronto.*

*Procureur de l'intimée: John C. Tait, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenant: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.*