

R. c. Scott, [1990] 3 R.C.S. 979

Winston Livingstone Scott *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général de l'Ontario

Intervenant

répertorié: r. c. scott

N° du greffe: 21400.

1990: 18 juin; 1990: 13 décembre.

Présents: Le juge en chef Dickson*, le juge en chef 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

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 --

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

** Juge en chef à la date du jugement.

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.

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.

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.

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 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 substitut 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.

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.

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.

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.

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.

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 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 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'appelant la possibilité de présenter une défense pleine et entière, il suffit d'écarter 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

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)

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)

R. c. Mack, [1988] 2 R.C.S. 903.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11*b*), *d*).

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 2 "procureur général", 508 [mod. 1972, ch. 13, art. 43], 626.

Doctrines citées

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

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law*, 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^{os} 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.

//Le juge Cory//

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 cocaïne 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.

Le 20 décembre 1985, sur la foi de renseignements d'un indicateur, Ronald Wretham, agent de police clandestin, 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 de police clandestin s'est rendu chez Scott. 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.

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 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.

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 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.

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

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.

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 [TRADUCTION] "était nettement de nature à produire une réponse dévoilant l'identité 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 de police clandestin. 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 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 certainement 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.

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 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.

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 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 avait été victime de provocation policière. Elle a donc conclu que Ross ne pourrait fournir aucun témoignage pertinent.

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.

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 [TRANSCRIPTION] "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 endorsement qu'en arrêtant les procédures, le ministère public n'avait pas simplement éludé 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, [TRANSLATION] "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 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.

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.

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 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 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'acquiescement 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 (l'actuel art. 579) 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 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'appelant 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 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-vingt-quinze 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 de police clandestins, dépendent de cette confiance.

Le trafic des stupéfiants est payant. Le châtement infligé aux indicateurs et aux agents de police clandestins 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*, précité, 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., 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 au sujet de sa culpabilité a toujours primé. Dans l'arrêt *Bisaillon*, précité, le juge Beetz a reconnu que la règle de la non-divulgence 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 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 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 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'ait 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 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 rédigé 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 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 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 décerner qu'après un examen consciencieux. 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 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 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 sa décision.

(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, un autre juge aurait pu en décider autrement, mais je ne saurais conclure qu'une erreur a été commise en l'occurrence.

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, de permettre 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.

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 qui désirait 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'écarter 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 discrétionnaire 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

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* (2nd ed. 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 la Cour, le juge Lamer dit à la p. 972:

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 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.

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 avide qui désirait 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'écarter ses décisions.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

//Le juge McLachlin//

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 recommencer les procédures instituées contre l'accusé après qu'il a demandé l'arrêt des procédures. Ensuite, je conclus que le juge présidant 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

Le premier 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 a avisé le tribunal que le ministère public inscrivait un arrêt des procédures conformément au par. 508(1) du *Code criminel*. 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 des deuxièmes procédures. 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 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 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 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 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'infirmar 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 instruisse 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 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 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.

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:

[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 doit 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 . . .

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.

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.

[TRADUCTION] Il apparaît très clair que le prétendu 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 leur convenance. [. . .] Le ministère public a simplement passé outre aux rejets par la cour et repris les dénonciations . . .

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 (n° 1)* (1976), 32 C.C.C. (2d) 274 (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 discréditer 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.

Je reconnais 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 recommencées devant un autre juge. Elle a déclaré que le substitut du procureur général ne cherchait pas simplement à contourner 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".

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 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 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 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. 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.

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.

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 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 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 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 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:

[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 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.

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 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 sauvées 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.

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 délais du procès soulevée en vertu de l'al. 11*b*) 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 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'acquiescement qui serait inévitablement 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. 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 rapport 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:

... 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 . . .

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 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 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*.

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.

Le redressement

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 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 corrigerait pas. Il en découle que le redressement approprié consiste à accueillir le pourvoi et à ordonner un arrêt des procédures.

Dispositif

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

//Le juge Sopinka//

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.

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. c. 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'écarter 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.