

Allan Howard Kirzner *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1977: October 12; 1977: December 14.

Present: Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey and Pratte J.J.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Defences — Entrapment — Police informer — Possession of cocaine and heroin — Narcotics Control Act, R.S.C., 1970, c. N-1, ss. 3(1), (2), 4(2), (3).

Appellant was found by Metropolitan Toronto police to be in possession of heroin and was arrested. He told the police that he worked as an informer for the R.C.M.P. but that the R.C.M.P. were unaware that he had bought the heroin and was going to sell it. He was also found to be in possession of cocaine. Appellant was a drug addict and this was known to the R.C.M.P. He had been used by the R.C.M.P. as a decoy and informer, and this involved him, according to his evidence, in purchasing drugs with money supplied by the R.C.M.P. and in selling drugs. The R.C.M.P. contact's evidence was that appellant had not told him that he was selling drugs as well as buying them and that appellant was used by the R.C.M.P. as a paid informer even after his arrest, not an unusual practice of the R.C.M.P. in their use of informers. Appellant was convicted of possession and possession for the purpose of trafficking after his defence of entrapment was withdrawn from the jury by the trial judge.

The Court of Appeal in affirming the convictions but reducing the sentence asserted that the defence of entrapment was not open to the accused, adding that no such defence is available in England and that U.S. judgments dealing with entrapment have not been applied in Canada. The Supreme Court granted leave to appeal further on the question of law: "Did the Ontario Court of Appeal err in holding that the learned trial judge was right in not putting the defence of entrapment to the jury?"

Held: The appeal should be dismissed.

Per Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz and Pratte J.J.: The sole point raised by counsel for the appellant was that entrapment should have been left to the jury because the evidence showed a police-concocted plan to

Allan Howard Kirzner *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1977: 12 octobre; 1977: 14 décembre.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey et Pratte.

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

Droit criminel — Défenses — Provocation policière — Indicateur de police — Possession de cocaine et d'héroïne — Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, c. N-1, par. 3(1), (2), 4(2), (3).

La police du Toronto métropolitain a trouvé l'accusé en possession d'héroïne et l'a arrêté. Il a déclaré à la police qu'il travaillait comme indicateur pour la G.R.C. et que celle-ci ignorait qu'il avait acheté de l'héroïne et qu'il allait la vendre. On a également trouvé sur lui de la cocaine. L'appelant était un toxicomane et la G.R.C. le savait. La G.R.C. avait déjà utilisé ses services comme indicateur, ce qui l'a amené, selon son témoignage, à acheter de la drogue avec de l'argent versé par la G.R.C. et à en vendre. La personne avec qui il était en contact à la G.R.C. a témoigné que l'appelant ne lui avait pas dit qu'il vendait de la drogue et en achetait. Il était payé comme indicateur par la G.R.C., même après son arrestation, ce qui n'était pas une pratique inhabituelle pour la G.R.C. L'appelant a été déclaré coupable de possession de stupéfiants et de possession en vue d'en faire le trafic après que le juge eut dessaisi le jury de sa défense de provocation policière.

En confirmant les déclarations de culpabilité tout en réduisant la sentence, la Cour d'appel a statué que l'accusé ne pouvait invoquer la provocation policière comme moyen de défense, ajoutant que ce moyen n'était pas reconnu en Angleterre et que les jugements des tribunaux américains en matière de provocation policière n'étaient pas appliqués au Canada. La Cour suprême a autorisé le pourvoi sur la question de droit suivante: «La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle erré en statuant que le savant juge du procès a eu raison, en droit, de ne pas soumettre au jury la défense de provocation policière?»

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

Les juges Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz et Pratte: Le seul point soulevé par l'avocat de l'appelant était que la question de la provocation policière aurait dû être laissée au jury parce que la preuve établissait l'existence

ensnare him going beyond mere solicitation. The evidence was not open to such a view. Without expressing an opinion on any other question the appeal should be dismissed.

Per Laskin C.J. and Spence, Dickson and Beetz JJ.: The use of spies and informers is an inevitable requirement for detection of consensual crimes and of discouraging their commission. Such practices do not involve such dirty tricks as to be offensive to the integrity of the judicial process. Nor can objection on this ground be taken to the use of decoys who provide the opportunity to others intent upon the commission of a consensual offence. In such cases the offender can claim no extenuation that would mitigate his culpability or the use of evidence to establish it or his punishment upon conviction. The problem which has caused judicial concern is the one which arises from the police instigated crime, where the police have gone beyond mere solicitation or mere decoy work and have actively organized a scheme of ensnarement, of entrapment, in order to prosecute the person so caught. It is only in this situation that it is proper to speak of entrapment and to consider what effect this should have on the prosecution of a person thus drawn into the commission of an offence. In England and in New Zealand, judicial revulsion against entrapment of an accused has been manifested not through recognition of it as a defence but rather through a discretionary control of the admissibility of evidence and through mitigation of sentence. While in Canada there is no appellate Court judgment in which entrapment has been accepted as providing a defence or even as going to discretionary power to exclude evidence, it was touched on in *R. v. Ormerod*, [1969] 2 O.R. 230. No conclusion was reached in that case because the issue did not arise on the facts which did not go beyond ordinary solicitation of a suspected drug seller. The present case like *Ormerod* and others does not squarely confront the Court with the need to decide what legal effect should be given to such entrapment.

The evidence in the present case taking it most favourably to the appellant failed to show entrapment in respect of the offences charged. Appellant had initiated a transaction which he carried out on his own for his own benefit. The view of the Court of Appeal in this case or of the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Chernecki* (1971), 16 C.R.N.S. 230, rejecting entrapment as a defence should not be endorsed. That question should be left open.

d'une machination organisée par la police pour le prendre au piège et qui dépassait la simple instigation. La preuve ne justifie pas une telle opinion. Sans statuer sur les autres points, le pourvoi doit être rejeté.

Le juge en chef Laskin et les juges Spence, Dickson et Beetz: Les agents secrets et les indicateurs sont indispensables au dépistage et à la prévention des crimes consensuels. Ces méthodes n'impliquent pas le recours à des procédés douteux qui porteraient atteinte à l'intégrité du processus judiciaire. On ne peut à ce titre faire objection à l'utilisation d'imposteurs qui fournissent à d'autres l'occasion de réaliser leur projet de commettre une infraction consensuelle. Dans tous ces cas, le contrevenant ne peut invoquer aucune circonstance atténuante pour se disculper, empêcher l'utilisation de certaines preuves ou réduire sa peine après sa condamnation. Le problème qui a suscité l'inquiétude du corps judiciaire est celui du crime commis à l'instigation de la police, lorsqu'elle est allée plus loin que la simple incitation ou l'utilisation d'imposteurs et qu'elle a d'elle-même organisé un piège, un projet de provocation policière, afin de poursuivre en justice la personne ainsi démasquée. C'est dans ce cas seulement que l'on peut parler de provocation policière et tenir compte de son effet possible sur la poursuite d'une personne qui a ainsi été amenée à commettre une infraction. En Angleterre et en Nouvelle-Zélande, la réaction des tribunaux contre la provocation policière n'a pas pris la forme de la reconnaissance d'une défense fondée sur ce motif mais plutôt celle d'un contrôle discrétionnaire de l'admissibilité de la preuve et celle d'allègement de peine. Aucune cour d'appel canadienne n'a admis la provocation policière comme moyen de défense ou comme motif de l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'exclure certaines preuves, mais cette question fut posée dans *R. v. Ormerod*, [1969] 2 O.R. 230. Aucune conclusion n'a été tirée dans cette affaire parce que les faits de l'espèce, qui se résumaient à la simple incitation d'un individu soupçonné de vendre de la drogue, ne soulevaient pas cette question. La présente affaire, comme l'affaire *Ormerod* et d'autres, n'oblige pas la Cour à déterminer précisément les effets juridiques de la provocation policière.

La preuve en l'espèce, même interprétée de la façon la plus favorable à l'accusé, ne démontre pas qu'il y a eu provocation policière relativement aux infractions imputées. L'appellant a pris l'initiative de conclure un marché à son propre avantage. Ni l'opinion formulée par la Cour d'appel en l'espèce, ni celle de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *R. v. Chernecki* (1971), 16 C.R.N.S. 230, qui ont rejeté la provocation policière comme moyen de défense, ne doivent être adoptées. Il vaut mieux ne pas trancher la question.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario¹ dismissing an appeal by the appellant from his conviction on charges under the *Narcotics Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1, ss. 3, 4. Appeal dismissed.

Victor S. Paisley, for the appellant.

S. M. Froomkin, Q.C., and *Michael Dambrot*, for the respondent.

The judgment of Laskin C.J. and Spence, Dickson and Estey JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This appeal is here by leave of this Court on the following question of law:

Did the Ontario Court of Appeal err in holding that the learned trial judge was right in law in not putting the defence of entrapment to the jury?

The appellant was convicted after a jury trial of two drug offences, namely, possession of cocaine contrary to s. 3(1), (2) of the *Narcotics Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1 and possession of heroin for the purpose of trafficking, contrary to s. 4(2), (3) of the same Act. His main defence was entrapment, which was withdrawn from the jury in the trial judge's charge to them. In affirming the convictions but reducing the sentence, the Ontario Court of Appeal asserted that the defence of entrapment was not open to the accused, adding that no such defence is available in England and that judgments of Courts in the United States dealing with entrapment have not been applied or followed in Canada: see *R. v. Kirzner*².

The trial judge's charge to the jury shows that he took a broad view of entrapment, taking it to embrace the use of an *agent provocateur* or the use of an informer as well as inveiglement by the police. However, he distinguished the situation where there was a complete concoction, presumably by the police, so that there was no *actus reus* and perhaps not even any *mens rea* by the accused. The trial judge obviously had in mind the judg-

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario¹ qui a rejeté l'appel de l'appelant de sa déclaration de culpabilité sur des accusations portées en vertu de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, c. N-1, art. 3, 4. Pourvoi rejeté.

Victor S. Paisley, pour l'appelant.

S. M. Froomkin, c.r., et *Michael Dambrot*, pour l'intimée.

Le jugement du juge en chef Laskin et des juges Spence, Dickson et Estey a été rendu par

LE JUGE EN CHEF—Ce pourvoi, interjeté sur autorisation de la Cour, porte sur la question de droit suivante:

[TRADUCTION] La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle erré en statuant que le savant juge du procès a eu raison, en droit, de ne pas soumettre au jury la défense de provocation policière?

A la suite d'un procès avec jury, l'appelant a été déclaré coupable de deux infractions relatives aux drogues, en l'occurrence, de possession de cocaïne en contravention des par. 3(1) et (2) de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, c. N-1, et de possession d'héroïne pour en faire le trafic, en contravention des par. 4(2) et (3) de la même loi. Sa défense principale, dont le juge a dessaisi le jury dans son exposé, était la provocation policière. En confirmant les déclarations de culpabilité tout en réduisant la sentence, la Cour d'appel de l'Ontario a statué que l'accusé ne pouvait invoquer la provocation policière comme moyen de défense, ajoutant que ce moyen n'était pas reconnu en Angleterre et que les jugements des tribunaux américains en matière de provocation policière n'étaient ni appliqués ni suivis au Canada: voir *R. v. Kirzner*².

L'exposé du juge au jury montre qu'il a adopté une conception large de la provocation policière, en y incluant l'utilisation d'un agent provocateur ou d'un indicateur, tout comme l'incitation par la police. Cependant, il a mis à part le cas d'une machination entièrement organisée par la police, qui exclut ainsi tout *actus reus* et même peut-être toute *mens rea* chez l'accusé. Le juge du procès avait manifestement à l'esprit l'arrêt de cette

¹ (1976), 14 O.R. (2d) 665.

² (1977), 14 O.R. (2d) 665.

¹ (1976), 14 O.R. (2d) 665.

² (1977), 14 O.R. (2d) 665.

ment of this Court in *Lemieux v. The Queen*³, to which I will return later in these reasons.

The following three passages in the charge to the jury show how the issue of entrapment was dealt with by the trial judge:

(1) . . . Entrapment is basically where a police officer or somebody in authority has inveigled somebody or tricked them to carry out some duty, or possibly it may be argued that the person who claims they are entrapped, did it on their own volition. In other words, it arises in a case such as this where we have an agent provocateur, the police agent or undercover agent who uses an informer. Now, entrapment in our law is no defence.

(2) . . . If you found the accused in fact committed the offence with which he is charged and had done this at the solicitation of an agent provocateur, that is an undercover agent, that would have been irrelevant as to the question of guilt or innocence. It may go to the question of sentence but if you find he has acted as an agent in an illegal act he would still be guilty.

(3) . . . it is not a defence for a person who carries out a forbidden act or consents to do it knowing what he is in fact doing. The only thing is that it would go to the mitigation of sentence. So that a crime in some instances may be committed from the best of motives, but it is still a crime.

So, I repeat to you, basically in this country entrapment is not defence to the charge unless the only way that you could find would be on the evidence that the accused really had no intention of committing the crime, it wasn't his act, this was a complete concoction. That wouldn't even involve entrapment in such a case, it would really be that a crime had not been committed. It would be something similar to what I have told you of the undercover arrangement for the break-in.

Again I must remind you that an accused if he in fact did commit the offence with which he was charged, and in the circumstances he had committed the act at the solicitation of an agent provocateur, this would go to the question of his guilt or innocence.

It was contended by counsel for the appellant that this Court should recognize the defence of

³ [1967] S.C.R. 492.

Cour, *Lemieux c. La Reine*³, auquel je reviendrai plus tard.

Les trois extraits suivants de l'exposé au jury montrent comment le juge du procès a envisagé la question de la provocation policière:

[TRADUCTION] (1) . . . La provocation policière est fondamentalement la situation où un agent de police ou un représentant de l'autorité tend un piège à quelqu'un ou l'amène par la ruse à faire quelque chose ou lorsqu'on pourrait peut-être soutenir que la personne qui prétend être victime de provocation policière a agi de son plein gré. En d'autres termes, cela se produit dans des cas comme celui-ci où nous avons un agent provocateur, un agent de police ou un agent secret, qui se sert d'un indicateur. Actuellement, la provocation policière ne constitue pas un moyen de défense dans notre droit.

(2) . . . Si vous concluez que l'inculpé a réellement commis l'infraction dont il est accusé et qu'il l'a fait à l'instigation d'un agent provocateur, c'est-à-dire un agent secret, cela n'aura aucune incidence sur la question de la culpabilité ou de l'innocence. Cette conclusion peut avoir un effet sur la sentence, mais si vous jugez qu'il a commis, à titre d'agent, un acte illégal, il est néanmoins coupable.

(3) . . . ceci ne constitue pas un moyen de défense pour une personne qui accomplit un acte prohibé ou consent à le faire en toute connaissance de cause. Cette défense ne peut mener qu'à une réduction de peine. Même si, dans certains cas, un crime a pu être commis pour les meilleurs motifs, il n'en demeure pas moins un crime.

Je vous le répète. Fondamentalement, la provocation policière ne constitue pas dans ce pays une défense à une accusation, à moins que, selon vous, la preuve ne démontre que l'accusé n'avait pas vraiment l'intention de commettre un crime, qu'il ne s'agissait pas de son acte mais d'une machination totale. Dans un tel cas, il ne serait même pas question de provocation policière; le crime n'aurait pas vraiment été commis. Cela reviendrait à ce que je vous disais au sujet de l'entente secrète en vue de l'effraction.

Je dois vous rappeler encore une fois que si l'inculpé a vraiment commis l'infraction dont il est accusé et s'il l'a fait à l'instigation d'un agent provocateur, cela aura un effet sur sa culpabilité ou son innocence.

L'avocat de l'appellant soutient que cette Cour devrait admettre la défense de provocation poli-

³ [1967] R.C.S. 492.

entrapment both where a drug offence has been committed through the mere solicitation of a police agent and where the police, through a plan or design to ensnare a person in order to prosecute him, have induced him to commit an offence. On the other hand, counsel for the Crown has urged this Court to refuse to recognize the defence in either situation but contended that even if it be proper to accept entrapment as a defence, the distinction recognized in the American cases, between mere solicitation or use of an informer and origination of a criminal design by the police into which the accused is drawn, would exclude it as a defence in the present case. This submission by the Crown depends, of course, on a particular view of the evidence as not being capable of supporting a finding that there was here a plan or design by the police to inveigle the accused into the commission of an offence.

Entrapment is not self-defining, and, in a generic sense, may encompass a wide array of practices involving police action which, directly or indirectly, reveals or brings about the commission of an offence by another. The police, or the *agent provocateur* or the informer or the decoy used by the police do not have immunity if their conduct in the encouragement of a commission of a crime by another is itself criminal. Of course, whether they are prosecuted is a matter for the Crown attorneys and ultimately, for the Attorneys-General. What, however, of the person who is charged as a result of the action of an informer or who commits an offence through the solicitation or encouragement of a spy or decoy or through police instigation or through a plan or design of the police to ensnare him? Absent duress, as dealt with in s. 17 of the *Criminal Code*, what should the Court's attitude be if the evidence shows police involvement, in any one of the ways above-mentioned, in the commission of the offence?

The role of the police and the role of the Courts in the enforcement of the criminal law are distinct although interacting. The former are charged with the investigation and detection of criminal conduct and with gathering the evidence upon which

cière lorsqu'une infraction en matière de drogues a été commise à la seule instigation d'un agent de police et lorsque la police, par le biais d'un traque-nard visant une personne qu'elle veut poursuivre en justice, l'a incitée à commettre une infraction. En revanche, l'avocat du ministre public demande à la Cour de rejeter cette défense dans l'un ou l'autre cas; il ajoute toutefois que, même si l'on pourrait accepter à bon droit la provocation policière comme moyen de défense, on en serait empêché en l'espèce vu la distinction établie par les arrêts américains entre la simple incitation ou l'utilisation d'un indicateur et la mise au point d'un projet criminel par la police dans lequel l'accusé serait entraîné. Cet argument du ministère public repose évidemment sur la prétention que la preuve n'établit pas que la police a élaboré en l'espèce un projet ou plan dans le but d'inciter l'accusé à commettre une infraction.

La provocation policière ne peut se définir en elle-même et, au sens générique, peut comprendre un large éventail de procédés policiers qui, directement ou indirectement, révèlent ou entraînent la perpétration d'une infraction par une autre personne. Ni le policier, ni l'agent provocateur, l'indicateur ou l'imposteur utilisé par la police ne bénéficient d'aucune immunité si, en encourageant une autre personne à commettre un crime, leur conduite est elle-même criminelle. Bien entendu, c'est le substitut du procureur général et, en dernier lieu, le procureur général qui décidera de les poursuivre en justice. Qu'en est-il cependant de la personne qui est inculpée à la suite de l'intervention d'un indicateur ou qui commet une infraction à l'instigation d'un agent, d'un imposteur ou de la justice ou à la suite d'un plan ou d'un projet élaboré par la police pour la prendre au piège? En dehors du cas de contrainte, au sens de l'art. 17 du *Code criminel*, quelle doit être l'attitude de la Cour si la preuve montre que la police est impliquée, par l'utilisation d'un des moyens susmentionnés, dans la perpétration de l'infraction?

Le rôle de la police et celui des tribunaux dans l'application du droit criminel sont distincts bien qu'interdépendants. La police est chargée des enquêtes, de la détection du crime et du rassemblement des preuves qui permettront de porter des

charges are laid to bring the alleged offenders before the Courts for judicial determination of their culpability. Courts are concerned with the proper interpretation and application of the criminal law invoked against accused persons, with the propriety of the conduct of the prosecution and of the defence, especially in the light of the fundamental principle of the presumption of innocence, and in this connection, with the behaviour of the police authorities in respect of their dealings with an arrested or about-to-be arrested accused. It was in the exercise of this judicial oversight that the Courts recognized duress as a defence (see *R. v. Steane*⁴), developed the exclusionary rules respecting confessions (see, for example, *Boudreau v. The King*⁵ and *Piché v. The Queen*⁶) and, in this country, have accepted *res judicata* or issue estoppel as a bar to a second conviction (see *Kienapple v. The Queen*⁷). These were common law developments, although, in the case of duress, codification in s. 17 of the *Criminal Code* has overlaid the common law: see *Paquette v. The Queen*⁸.

There is, of course, a balance to be struck between giving reasonable latitude to the police in the employment of stratagems to control the spread of crime, especially in the case of the illegal drug traffic, and controlling behaviour that goes beyond any reasonable latitude. American jurisdictions have, on a constitutional basis, sought to control the introduction of illegally obtained evidence; in England, the Courts have continued to exercise a discretionary power to control the admissibility of evidence that would operate unfairly against an accused. Control techniques may thus relate to the recognition of substantive defences or to rules against the admission of evidence or to a discretion as to its reception. Abuse of process or stay of proceedings have also been put forward as techniques of control.

Methods of detection of offences and of suspected offences and offenders necessarily differ according to the class of crime. Where, for example, violence or breaking, entering and theft are

accusations pour amener devant les tribunaux les auteurs présumés des infractions afin qu'ils soient jugés. Les tribunaux ont pour tâche d'interpréter et d'appliquer correctement le droit criminel invoqué contre les accusés, de contrôler la régularité de la poursuite et de la défense, compte tenu notamment du principe fondamental de la présomption d'innocence; à cet égard, ils examinent le comportement des autorités policières vis-à-vis de l'accusé en état d'arrestation ou sur le point de l'être. Dans l'exercice de ce contrôle judiciaire, les tribunaux ont reconnu la contrainte comme un moyen de défense (voir *R. v. Steane*⁴), ont élaboré des règles d'exclusion à l'égard des aveux (voir, par exemple, *Boudreau c. Le Roi*⁵ et *Piché c. La Reine*⁶), et ont admis dans ce pays le principe de la chose jugée et de l'irrecevabilité à remettre en litige pour faire obstacle à une seconde déclaration de culpabilité (voir *Kienapple c. La Reine*⁷). Cette évolution s'est faite en *common law*, bien que, dans le cas de la contrainte, l'art. 17 du *Code criminel* ait absorbé la *common law*: voir *Paquette c. La Reine*⁸.

Bien entendu, il faut trouver l'équilibre entre une latitude raisonnable accordée à la police dans l'utilisation de stratagèmes pour juguler la criminalité, notamment dans le cas du trafic de drogues, et la répression des actes qui outrepassent toute latitude raisonnable. Les tribunaux américains, en se fondant sur la constitution, ont cherché à contrôler la production de preuves obtenues illégalement; en Angleterre, les tribunaux ont continué à exercer leur pouvoir discrétionnaire sur l'admissibilité de preuves qui joueraient inéquitement contre un accusé. Le mode de contrôle peut donc avoir trait à l'acceptation de défenses au fond, à la recevabilité de la preuve ou à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire à cet égard. On a également proposé à cette fin le rejet ou la suspension des poursuites pour abus de procédures.

Le mode de dépistage des actes criminels réels ou soupçonnés, et de leurs auteurs, varie nécessairement avec le genre de crime. Par exemple, lorsqu'il y a violence ou introduction par effraction et

⁴ [1947] 1 All E.R. 813.

⁵ [1949] S.C.R. 262.

⁶ [1971] S.C.R. 23.

⁷ [1975] 1 S.C.R. 729.

⁸ (1976), 30 C.C.C. (2d) 417.

⁴ [1947] 1 All E.R. 813.

⁵ [1949] R.C.S. 262.

⁶ [1971] R.C.S. 23.

⁷ [1975] 1 R.C.S. 729.

⁸ (1976), 30 C.C.C. (2d) 417.

concerned, there will generally be external evidence of an offence upon which the police can act in tracking down the offenders; the victim or his family or the property owner, as the case may be, may be expected to call in the police and provide some clues for the police to pursue. When "consensual" crimes are committed, involving willing persons, as is the case in prostitution, illegal gambling and drug offences, ordinary methods of detection will not generally do. The participants, be they deemed victims or not, do not usually complain or seek police aid; that is what they wish to avoid. The police, if they are to respond to the public disapprobation of such offences as reflected in existing law, must take some initiatives. They may, for example, use a spy, either a policeman or another person, to obtain information about a consensual offence by infiltration; they may make arrangements with informers who may be parties to offences on which they report to the police to enable the other parties to be apprehended; or the police may use decoys or themselves act under cover to provide others with the opportunity to commit a consensual offence or to encourage its commission. Going one step farther, the police may use members of their force or other persons to instigate the commission of an offence, planning and designing it *ab initio* to ensnare others.

The use of spies and informers is an inevitable requirement for detection of consensual crimes and of discouraging their commission; otherwise, it would be necessary to await a complaint by a "victim" or to try to apprehend offenders *in flagrante delicto*, an exercise not likely to be crowned with much success. Such practices do not involve such dirty tricks as to be offensive to the integrity of the judicial process. Nor can objection on this ground be taken to the use of decoys who provide the opportunity to others intent upon the commission of a consensual offence. In all such cases, the offender can claim no extenuation that would mitigate either his culpability or the use of evidence to establish it or his punishment upon conviction.

vol, il existe généralement des preuves manifestes de l'infraction que la police peut utiliser pour retrouver les coupables; il est fréquent que la victime, sa famille ou le propriétaire du bien, selon le cas, appelle la police et lui fournisse des indices facilitant son enquête. Lorsqu'il s'agit de crimes «consensuels», c'est-à-dire de crimes impliquant des personnes consentantes, comme dans le cas de la prostitution, des paris illégaux et de la drogue, les méthodes ordinaires ne suffisent plus. Les participants, qu'ils s'estiment lésés ou non, ne portent pas plainte et ne cherchent pas à obtenir le secours de la police; c'est justement ce qu'ils veulent éviter. Si la police veut réprimer ces infractions que l'opinion publique désapprouve et qui sont d'ailleurs punies dans notre droit, elle doit prendre des initiatives. Elle peut, par exemple, utiliser un espion, un policier ou quelqu'un d'autre, qui s'infiltrera dans le milieu pour obtenir des renseignements sur une infraction consensuelle; la police peut s'entendre avec des indicateurs, qui participeront aux infractions et dénonceront les autres; la police peut encore se servir d'imposteurs ou de ses propres agents secrets pour fournir à d'autres personnes l'occasion de commettre une infraction consensuelle ou pour encourager sa perpétration. La police peut aller plus loin et recourir à ses propres agents ou à d'autres personnes pour inciter des gens à commettre une infraction qu'elle aura organisée de toutes pièces et les prendre au piège.

Les agents secrets et les indicateurs sont indispensables au dépistage et à la prévention des crimes consensuels; sinon il faudrait attendre la plainte d'une «victime» ou essayer d'appréhender les auteurs en flagrant délit, ce qui est pratiquement impossible. Ces méthodes n'impliquent pas le recours à des procédés douteux qui porteraient atteinte à l'intégrité du processus judiciaire. On ne peut à ce titre faire objection à l'utilisation d'imposteurs qui fournissent à d'autres l'occasion de réaliser leur projet de commettre une infraction consensuelle. Dans tous ces cas, le contrevenant ne peut invoquer aucune circonstance atténuante pour se disculper en partie, empêcher l'utilisation de certaines preuves ou réduire sa peine après sa condamnation.

The problem which has caused judicial concern is the one which arises from the police-instigated crime, where the police have gone beyond mere solicitation or mere decoy work and have actively organized a scheme of ensnarement, of entrapment, in order to prosecute the person so caught. In my opinion, it is only in this situation that it is proper to speak of entrapment and to consider what effect this should have on the prosecution of a person who has thus been drawn into the commission of an offence.

There is no doubt that it may be difficult in particular cases to draw the line between mere use of spies, decoys or informers and the use of *agents provocateurs* who go beyond mere solicitation or encouragement and initiate a criminal design for the purpose of entrapping a person in order to prosecute him. The principle of the distinction has, however, been recognized in a series of cases in the Supreme Court of the United States which has established that entrapment, in the ensnarement sense above-mentioned, is available as a defence. The line of cases begins with *Sorrells v. United States*⁹ and extends through *Sherman v. United States*¹⁰, *United States v. Russell*¹¹ and *Hampton v. United States*¹². The issue in the United States, as reflected in the foregoing judgments of its Supreme Court and in a host of judgments of other federal Courts and of state Courts, is no longer whether entrapment should be recognized as a defence or a bar to conviction but whether the approach to it should be subjective, fastening on the predisposition of the particular accused, or objective, fastening on the police conduct and on whether that conduct would have caused a reasonable person to commit the offence. On the subjective approach, an accused with a predisposition to the crime would not have the benefit of the defence of entrapment, regardless of the degree of police involvement.

In England, judicial revulsion against entrapment of an accused has been manifested not through recognition of a defence on that ground

Le problème qui a suscité l'inquiétude du corps judiciaire est celui du crime commis à l'instigation de la police, lorsqu'elle est allée plus loin que la simple incitation ou l'utilisation d'imposteurs et qu'elle a d'elle-même organisé un piège, un projet de provocation policière, afin de poursuivre en justice la personne ainsi démasquée. A mon avis, c'est dans ce cas seulement que l'on peut parler de provocation policière et tenir compte de son effet possible sur la poursuite d'une personne qui a ainsi été amenée à commettre une infraction.

Bien sûr il peut être difficile, dans certains cas, de distinguer l'espion, l'imposteur ou l'indicateur de l'agent provocateur qui fait plus qu'inciter ou encourager l'infraction mais prend l'initiative du projet criminel dans le but de prendre quelqu'un au piège pour l'amener devant les tribunaux. Le principe de cette distinction a cependant été reconnu dans une série d'arrêts de la Cour suprême des États-Unis qui a admis que la provocation policière, au sens susmentionné de prendre au piège, peut être invoquée en défense. Cette série d'arrêts a commencé avec *Sorrells v. United States*⁹ et comprend *Sherman v. United States*¹⁰, *United States v. Russell*¹¹ et *Hampton v. United States*¹². Aux États-Unis, selon les jugements susmentionnés de la Cour suprême et nombre d'arrêts d'autres cours fédérales et de cours d'États, la question n'est pas de savoir si l'on doit reconnaître la provocation policière comme moyen de défense ou comme obstacle à une déclaration de culpabilité, mais plutôt de savoir s'il faut l'aborder de façon subjective, en fonction des propensions d'un accusé en particulier, ou de façon objective, en fonction de la conduite de la police et du point de savoir si cette conduite aurait amené une personne raisonnable à commettre l'infraction. Selon l'approche subjective, un accusé prédisposé au crime ne pourra invoquer la provocation policière en défense, quel que soit le rôle joué par la police.

En Angleterre, la réaction des tribunaux contre la provocation policière n'a pas pris la forme de la reconnaissance d'une défense fondée sur ce motif

⁹ (1932), 287 U.S. 435.

¹⁰ (1958), 356 U.S. 369.

¹¹ (1973), 411 U.S. 423.

¹² (1976), 96 S.Ct. 1646.

⁹ (1932), 287 U.S. 435.

¹⁰ (1958), 356 U.S. 369.

¹¹ (1973), 411 U.S. 423.

¹² (1976), 96 S.Ct. 1646.

but rather through a discretionary control of the admissibility of evidence and through mitigation of sentence: see *Mealey and Sheridan v. The Queen*¹³; *R. v. Birtles*¹⁴; *R. v. Ameer and Lucas*¹⁵. The Courts of New Zealand have taken the same view: see *R. v. Capner*¹⁶; *R. v. Pethig*¹⁷. In Canada there is no appellate Court judgment in which entrapment has been accepted as providing a defence or even as going to discretionary power to exclude evidence. Although it was touched on by me as a member of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Ormerod*¹⁸, I was of the opinion there that I did not think it wise in that case to come to any conclusion on the acceptability of entrapment as a defence. That was because the issue did not arise on the facts, which did not go beyond ordinary solicitation of a suspected drug seller.

In *R. v. Chernecki*¹⁹, the British Columbia Court of Appeal likewise found that the facts did not show such "calculated inveigling or persistent importuning" (words used by me in *R. v. Ormerod* as a description of entrapment) as to make it necessary to consider whether entrapment should be recognized as a defence. The Court added that it did not think that any such defence existed at the time in Canada. However, in *R. v. Bonnar*²⁰, the Nova Scotia Appeal Division stated that if entrapment (as opposed to merely providing an opportunity for the commission of an offence) was established the proper course was to stay proceedings or to discharge the accused where he did not have a prior intention or predisposition to commit the offence charged. Macdonald J.A. speaking for the Court considered that there was abuse of process in such a situation and that the entrapment was contrary to public policy. In the particular case, it was held on appeal that the facts did not

mais celle d'un contrôle discrétionnaire de l'admissibilité de la preuve et celle de l'allègement de la peine: voir *Mealey and Sheridan v. The Queen*¹³; *R. v. Birtles*¹⁴; *R. v. Ameer and Lucas*¹⁵. Les tribunaux de Nouvelle-Zélande ont adopté le même point de vue: voir *R. v. Capner*¹⁶; *R. v. Pethig*¹⁷. Aucune cour d'appel canadienne n'a admis la provocation policière comme moyen de défense ou comme motif de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire d'exclure certaines preuves. Bien que je me sois intéressé à cette question, comme membre de la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'affaire *R. v. Ormerod*¹⁸, j'ai conclu qu'il était sage dans ce cas-là de ne pas statuer sur la recevabilité de la provocation policière comme moyen de défense. En effet, les faits de l'espèce, qui n'allaient pas plus loin que l'incitation ordinaire d'un individu soupçonné de vendre de la drogue, ne soulevaient pas cette question.

Dans l'arrêt *R. v. Chernecki*¹⁹, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a également jugé que les faits ne révélaient pas [TRADUCTION] «un piège calculé ni des sollicitations répétées» (termes que j'ai utilisés dans l'arrêt *R. v. Ormerod* pour décrire la provocation policière) qui auraient pu exiger l'examen de la question de savoir si la provocation policière devait être admise comme moyen de défense. La Cour a également déclaré qu'elle ne croyait pas que cette défense existait au Canada à ce moment-là. Cependant, dans l'arrêt *R. v. Bonnar*²⁰, la Division d'appel de la Nouvelle-Écosse a statué que si la provocation policière (par opposition au fait de simplement fournir l'occasion de perpétrer une infraction) était établie, il convenait de suspendre les poursuites ou d'acquitter l'accusé s'il n'avait pas préalablement formé l'intention de commettre l'infraction imputée et n'y était pas prédisposé. Le juge Macdonald, parlant au nom de la Cour, a estimé qu'il y avait dans ce cas un abus de procédures et que la provocation

¹³ (1975), 60 Cr. App. R. 59.

¹⁴ [1969] 2 All E.R. 1131.

¹⁵ [1977] Cr.L.R. 104.

¹⁶ [1975] 1 N.Z.L.R. 411.

¹⁷ [1977] 1 N.Z.L.R. 448.

¹⁸ [1969] 2 O.R. 230.

¹⁹ (1971), 16 C.R.N.S. 230.

²⁰ (1975), 34 C.R.N.S. 187.

¹³ (1975), 60 Cr. App. R. 59.

¹⁴ [1969] 2 All E.R. 1131.

¹⁵ [1977] Cr.L.R. 104.

¹⁶ [1975] 1 N.Z.L.R. 411.

¹⁷ [1977] 1 N.Z.L.R. 448.

¹⁸ [1969] 2 O.R. 230.

¹⁹ (1971), 16 C.R.N.S. 230.

²⁰ (1975), 34 C.R.N.S. 187.

show entrapment.

The present case, like *Ormerod*, *Chernecki* and *Bonnar* does not squarely confront the Court with the need to decide what legal effect should be given to a showing of entrapment as I have described it. The facts, taking them, as we must, most favourably to the accused, are against such a showing, and I shall come to them shortly. In these circumstances, I would not, however, endorse the view of the Ontario Court of Appeal in the present case or of the British Columbia Court of Appeal in *Chernecki* rejecting entrapment as a defence. There are good reasons for leaving the question open. Indeed, if that position is based on a static view of s. 7(3) of the *Criminal Code* I find it unacceptable. I do not think that s. 7(3) should be regarded as having frozen the power of the Courts to enlarge the content of the common law by way of recognizing new defences, as they may think proper according to circumstances that they consider may call for further control of prosecutorial behaviour or of judicial proceedings.

Although Courts may agree that entrapment outrages one's sense of decency and shames the administration of justice, there is a difference of opinion as to what the control mechanism should be. The division of opinion in the United States between the subjective and objective approaches to entrapment is one aspect of the problem although it appears that there is growing disposition in lower Court decisions, especially in those of state Courts, to opt for the objective approach as being one which avoids problems that arise in fastening on the predisposition of particular accused. Among the extensive literature on the subject reference may be made to Donnelly, *Judicial Control of Informants, Spies, Stool Pigeons and Agents Provocateurs* (1951) 60 Yale L.J. 1091; Park, *The Entrapment Controversy* (1975-76) 60 Minn. L. Rev. 163. The Model Penal Code of the American Law Institute, promulgated in 1962, appears to have incorporated an objective approach in its

policrière était contraire à l'ordre public. Dans cet arrêt-là, on a jugé en appel que les faits ne révélaient pas de provocation policière.

La présente affaire, comme les affaires *Ormerod*, *Chernecki* et *Bonnar*, n'oblige pas la Cour à déterminer précisément les effets juridiques de la preuve de la provocation policière comme je l'ai décrite. Les faits auxquels je reviendrai plus loin, envisagés comme il se doit de la façon la plus favorable à l'accusé, ne démontrent pas de provocation policière. Dans les circonstances, je ne puis cependant adopter l'opinion de la Cour d'appel de l'Ontario en l'espèce, ni celle de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Chernecki*, qui ont rejeté la provocation policière comme moyen de défense. Il est préférable de ne pas trancher la question. En fait, si cette opinion est fondée sur une vue statique du par. 7(3) du *Code criminel*, elle est, à mon avis, inacceptable. Je ne crois pas que le par. 7(3) interdise aux tribunaux d'étendre le contenu de la *common law* en admettant de nouveaux moyens de défense, qu'ils peuvent estimer appropriés s'il leur semble que les circonstances requièrent un contrôle plus serré de la conduite de la poursuite et des procédures judiciaires.

Les tribunaux peuvent convenir que la provocation policière est un procédé déloyal qui discrédite l'administration de la justice, mais leurs opinions diffèrent sur le mode de contrôle. Les divergences d'opinion qui existent aux États-Unis entre l'approche subjective et l'approche objective de la provocation policière sont un aspect du problème, mais il semble que les cours d'instance inférieure, particulièrement les cours des États, ont de plus en plus tendance à choisir l'approche objective parce qu'elle permet d'éviter les problèmes que pose l'évaluation des propensions d'un accusé en particulier. Parmi les nombreux articles sur la question, on peut citer *Judicial Control of Informants, Spies, Stool Pigeons and Agents Provocateurs* (1951) 60 Yale L.J. 1091 de Donnelly; *The Entrapment Controversy* (1975-76) 60 Minn. L. Rev. 163, de Park. Le *Model Penal Code* de l'*American Law Institute*, publié en 1962, a adopté l'approche objective dans la définition élargie qu'il

broadened definition of entrapment in s. 2.13(1), reading as follows:

(1) A public law enforcement official or a person acting in cooperation with such an official perpetrates an entrapment if for the purpose of obtaining evidence of the commission of an offense, he induces or encourages another person to engage in conduct constituting such offense by either:

- (a) making knowingly false representations designed to induce the belief that such conduct is not prohibited; or
- (b) employing methods of persuasion or inducement which create a substantial risk that such an offense will be committed by persons other than those who are ready to commit it.

The English Law Commission, which has given some consideration to the problem and has examined the way in which the American Law Institute's Model Penal Code has dealt with the matter was undecided on whether there should be a defence of entrapment but would circumscribe it as narrowly as has the Model Penal Code: see English Law Commission, Working Paper No. 55 (1974). Professor Glanville Williams in his work *The Criminal Law, The General Part* (2nd ed. 1961) at p. 785 says this:

Is there any technical means by which the courts could give effect to a defence of official instigation or procurement, if they were so minded? If one thinks merely in terms of established legal concepts, as the English courts have hitherto done, it may seem difficult to give an affirmative answer. The police have no general power to consent to or authorise acts that would otherwise be breaches of the criminal law. The strict doctrine of estoppel has not been applied in criminal law, except in respect of estoppel by judgment; and in any event the situation is not precisely one of estoppel. In civil law the doctrine of estoppel is not allowed to be used to extend the limits of governmental power. There is no other ready-made doctrine to cover the situation.

Another English writer, J. D. Heydon, *The Problems of Entrapment*, [1973] Camb. L.J. 268 would reject entrapment as a defence but would give it legal effect through a discretionary bar on the admission of evidence and as a mitigating factor in sentencing.

donne de la provocation policière au par. 2.13(1), que voici:

[TRADUCTION] (1) Un représentant de l'autorité publique ou une personne agissant de concert avec lui est coupable de provocation policière si, dans le but d'obtenir la preuve de la perpétration d'une infraction, il incite ou encourage une autre personne à se livrer à une activité constituant cette infraction,

- a) en donnant sciemment de faux renseignements visant à lui faire croire que cette activité n'est pas prohibée, ou
- b) en utilisant des méthodes de persuasion et d'incitation qui créent un risque réel que cette infraction soit commise par des personnes autres que celles qui étaient prêtes à la commettre.

L'*English Law Commission*, qui s'est penchée sur ce problème et a étudié la façon dont le *Model Penal Code* de l'*American Law Institute* avait envisagé la question, ne s'est pas prononcée sur la recevabilité de la provocation policière comme moyen de défense, mais a décidé d'adopter la définition limitée qu'en donne le *Model Penal Code*: voir le mémoire n° 55 (1974) de l'*English Law Commission*. Dans son ouvrage *The Criminal Law, The General Part* (2^e ed. 1961), le professeur Glanville Williams a dit, à la p. 785:

[TRADUCTION] Si les tribunaux veulent y recourir, ont-ils à leur disposition une procédure qui leur permet de donner effet à une défense fondée sur l'incitation au crime par des représentants de l'autorité? Si l'on pense simplement en termes de concepts juridiques établis, comme les tribunaux anglais l'ont fait jusqu'à présent, il peut sembler difficile de répondre par l'affirmative. La police n'a pas le pouvoir général de permettre ou d'autoriser des actes qui autrement seraient des infractions criminelles. La doctrine rigide de l'irrecevabilité n'a pas été appliquée en droit criminel, sauf l'irrecevabilité à remettre en litige et, en tout état de cause, la situation ne donne pas strictement ouverture à cette doctrine. En droit civil, elle ne doit pas être utilisée pour élargir les limites des pouvoirs du gouvernement. Aucune autre doctrine toute faite ne prévoit cette situation.

Un autre auteur anglais, J. D. Heydon, a écrit dans *The Problems of Entrapment*, [1973] Camb. L.J. 268, qu'il rejeterait la provocation policière comme moyen de défense mais qu'il lui donnerait un effet juridique pour autoriser le refus discrétionnaire de la preuve ou pour réduire la sentence.

Another issue concerns the range or class of offences on which entrapment should have a bearing, either as a matter of defence or of discretionary control of admissibility of evidence or of the course of proceedings: see *Report of the Canadian Committee on Corrections, Towards Unity: Criminal Justice and Corrections, 1969 (The Ouimet Report)*, at pp. 79-80. The American Law Institute's Model Penal Code has taken the position that with respect to some offences, as for example offences of violence, the social interest in controlling the behaviour of an accused outweighs that involved in disapprobation of undesirable police behaviour: see s. 2.13(3).

There is the further problem arising in jury trials whether entrapment should be dealt with by judges alone, or should involve the jury as a trier of fact. The Model Penal Code takes the position that the issue of entrapment should be tried by the Court in the absence of the jury: s. 2.13(2). The jury would not be excluded on the subjective test since, if there was evidence of entrapment, it would be for the jury to determine if there was entrapment in fact and if there was predisposition in the accused. This is consistent with Canadian practice in respect of factual issues in a trial with a jury, which is to limit the judge to a determination of whether there is evidence to go to the jury and to leave it to the jury to act on its view of the evidence once the issue is left to them.

In short, there are difficult questions that arise in respect of entrapment which prudence dictates we should leave for consideration when a decision thereon is demanded by the record. Canadian writings on the subject have been alive to this policy of avoidance in their examination of a number of cases, two of them in this Court, which raised entrapment issues but the writings, useful survey articles, have also been alive to the dilemmas that entrapment raises: see Shafer and Sheridan, *The Defence of Entrapment* (1970), 8 Osg.H.L.J. 277; Watt, *The Defence of Entrapment* (1971), 13 Cr.L.Q. 313; Sneiderman, *A Judicial Test for Entrapment: The Glimmerings of a Canadian*

Il y a discussion également quant aux catégories d'infractions que la provocation policière pourrait affecter soit à titre de moyen de défense, soit à l'égard d'un pouvoir discrétionnaire en matière d'admissibilité de la preuve, soit dans le déroulement des procédures; voir le *Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle. Justice pénale et correction: un lien à forger, 1969 (Le rapport Ouimet)*, aux pp. 79-80. Le *Model Penal Code* de l'*American Law Institute* a adopté le point de vue que, pour certaines infractions, par exemple celles qui impliquent le recours à la violence, l'intérêt public est mieux servi par la répression du comportement des délinquants que par la condamnation des actes regrettables de la police: voir le par. 2.13(3).

Les procès par jury soulèvent un autre problème, savoir si le juge seul doit se prononcer sur la provocation policière ou si le jury, à titre de juge des faits, doit le faire. Le *Model Penal Code* prévoit que le tribunal doit statuer sur la question de la provocation policière en l'absence du jury: par. 2.13(2). Si l'on adopte l'approche subjective, le jury ne sera pas exclu puisque, s'il y a preuve de provocation policière et si l'accusé avait une propension à commettre l'infraction. Ceci est compatible avec la pratique canadienne relative aux questions de faits dans un procès par jury: le juge décide seulement si une preuve doit être soumise au jury et il laisse aux jurés l'appréciation de la preuve une fois que la question est entre leurs mains.

En résumé, la provocation policière soulève des questions difficiles qu'il serait prudent de ne trancher que lorsqu'une affaire exigera une décision à ce sujet. Les articles canadiens sur la question font état de la politique d'abstention dans leur examen d'un certain nombre d'arrêts, dont deux de la présente Cour, où la question de la provocation policière a été soulevée, mais ces articles, des analyses utiles, font également état des dilemmes que soulève la provocation policière: voir Shafer et Sheridan, *The Defence of Entrapment* (1970), 8 Osg.H.L.J. 277; Watt, *The Defence of Entrapment* (1971), 13 Cr.L.Q. 313; Sneiderman, *A Judicial Test for Entrapment: The Glimmerings of a*

Policy on Police-Instigated Crime (1973), 16 Cr.L.Q. 81.

I wish to refer to the two cases in this Court in which an issue of entrapment was allegedly raised by the facts. They are *Lemieux v. The Queen, supra*, and *Patterson v. The Queen*²¹. In *Lemieux v. The Queen, supra*, an informer, acting under police instruction, induced the accused to participate in a break-in as driver of the car in which the informer and a third person were taken to the particular house. The owner co-operated by giving the police a key to the premises. It was found that the accused had no thought of being party to any such offence until induced by the informer to participate. This Court, speaking through Judson J., held that it was open to the jury to find that there was no *actus reus* in view of the owner's consent to the breaking and entering. The facts, leaving aside the participation of the owner of the premises selected for the break-in, fit exactly the defence of entrapment as accepted in the American cases. In concluding his reasons, Judson J. said this, at p. 496:

Had Lemieux in fact committed the offence with which he was charged, the circumstance that he had done the forbidden act at the solicitation of an *agent provocateur* would have been irrelevant to the question of his guilt or innocence.

This observation was not, of course, necessary to the decision, and in so far as it envisages the same set of facts but without the house owner's involvement, it would involve entrapment as I have viewed it in these reasons. On the other hand, if there was solicitation by an informer without the complicity of the police, there would be no question of entrapment.

Patterson v. The Queen involved a charge of keeping a bawdy house, a charge which arose out of a telephoned sexual proposition by a police agent, resulting in an assignation at certain residential premises where the police disclosed their identity and made an arrest. This Court allowed an appeal from conviction on the ground that there

²¹ [1968] S.C.R. 157.

Canadian Policy on Police-Instigated Crime (1973), 16 Cr.L.Q. 81.

Je tiens à mentionner deux arrêts de cette Cour où l'on a allégué que les faits posaient la question de la provocation policière. Ce sont *Lemieux c. La Reine*, précité, et *Patterson c. La Reine*²¹. Dans l'affaire *Lemieux c. La Reine*, un indicateur, agissant sur les directives de la police, a incité l'accusé à participer à un vol avec effraction comme conducteur de la voiture dans laquelle l'indicateur et une troisième personne se rendaient à la maison visée. Le propriétaire a coopéré avec la police en lui donnant une clé des lieux. On a jugé que l'accusé n'avait pas songé à participer à la perpétration d'une telle infraction jusqu'à ce que l'indicateur l'incite à le faire. Le juge Judson, parlant au nom de cette Cour, était d'avis que le jury pouvait statuer qu'il n'y avait aucun *actus reus* étant donné le consentement du propriétaire à la prétendue introduction par effraction. Les faits, si on laisse de côté la participation du propriétaire des lieux choisis pour l'infraction, cadrent parfaitement avec la défense de provocation policière dans les arrêts américains. En conclusion, le juge Judson a dit, à la p. 496:

[TRADUCTION] Si Lemieux avait réellement commis l'infraction dont il était accusé, le fait qu'il ait commis un acte prohibé à l'instigation d'un agent provocateur n'aurait eu aucune incidence sur la question de sa culpabilité ou de son innocence.

Cette remarque n'était certes pas nécessaire à la décision et, dans la mesure où elle envisage les mêmes faits sans la participation du propriétaire de la maison, il y aurait eu provocation policière selon ma définition de ces termes. En revanche, s'il y avait eu incitation par un indicateur sans complicité de la police, il ne serait aucunement question de provocation policière.

Dans l'affaire *Patterson c. La Reine*, l'accusée était inculpée de tenir une maison de débauche, une accusation portée après qu'un agent de police eut fait au téléphone une proposition d'ordre sexuel: les policiers se rendirent à l'adresse donnée à l'agent, révélèrent leur identité et procédèrent à des arrestations. Cette Cour a accueilli le pourvoi

²¹ [1968] R.C.S. 157.

was no evidence of frequent or habitual use of the house for the purpose of prostitution and it does not appear that any question of entrapment was argued; certainly it was not dealt with. In any event, the mere telephone solicitation would not qualify, in respect of a willing accused, as an entrapment within the rationale of the cases that have recognized such a defence.

A different set of facts concerning police instigation of an offence is found in *R. v. Woods*²², a judgment of the Ontario Court of Appeal. That Court set aside a conviction of breaking and entering and theft (and in the result, directed an acquittal) where it appeared that off duty police officers in plain clothes, passing themselves off as toughs from Toronto, threatened violence to the accused, whom they had not previously met, if he did not produce a stolen outboard motor which they wished to purchase at a discount. The accused yielded to the threats, broke into a marina and stole an outboard and was then charged. The fact of the threat of violence came out in the evidence of the police officers but the magistrate who tried the accused convicted on the basis of giving credit to the evidence of one of the officers because the magistrate knew him personally. The Court of Appeal found this to be an extraneous circumstance and concluded the conviction must be quashed and then (the Crown agreeing) ordered an acquittal. No consideration was given to entrapment as a possible defence.

There are two lower Court decisions, *R. v. Shipley*²³, an Ontario County Court judgment *R. v. MacDonald*²⁴, a judgment of a British Columbia Provincial Court, in which, on a finding of entrapment, a stay of proceedings was directed in the first case and an acquittal in the second. In another more recent British Columbia Provincial

interjeté contre la déclaration de culpabilité au motif qu'il n'avait pas été prouvé que la maison servait fréquemment ou habituellement à la prostitution et il ne semble pas qu'on ait allégué la provocation policière: ce qui est sûr, c'est que la question n'a pas été examinée. En tout état de cause, cette incitation, une simple conversation téléphonique, ne constitue pas, dans le cas d'un accusé consentant, une provocation policière au sens des arrêts qui ont reconnu ce moyen de défense.

Toujours dans le cadre des infractions commises à l'instigation de la police, l'arrêt *R. v. Woods*²², un jugement de la Cour d'appel de l'Ontario, porte sur des faits différents. Cette Cour a annulé la déclaration de culpabilité d'introduction par effraction et de vol (et en conséquence a ordonné un acquittement) car il s'est avéré que des policiers en civil qui n'étaient pas en service, s'étaient fait passer pour des «durs» de Toronto et avaient menacé de violence l'accusé, qu'ils ne connaissaient pas, s'il ne leur procurait pas un moteur hors-bord volé qu'ils voulaient acheter à rabais. L'accusé céda aux menaces, entra par effraction dans un hangar à bateaux, vola un moteur hors-bord et fut ensuite inculpé. Les agents de police révélèrent dans leurs témoignages les menaces de violence, mais le magistrat qui jugeait l'accusé l'a déclaré coupable, ajoutant foi au témoignage d'un des policiers qu'il connaissait personnellement. La Cour d'appel, jugeant que cette circonstance était un fait extrinsèque, a annulé la déclaration de culpabilité et, avec le consentement du ministère public, a prononcé un acquittement. On n'a pas examiné la possibilité d'invoquer la provocation policière comme moyen de défense.

Dans les affaires *R. v. Shipley*²³, une décision d'une Cour de comté de l'Ontario, et *R. v. MacDonald*²⁴, une décision d'une Cour provinciale de la Colombie-Britannique, après avoir conclu qu'il y avait eu provocation policière, ces deux tribunaux d'instance inférieure ont ordonné la suspension des procédures dans le premier cas et un

²² (1968), 7 C.R.N.S. 1.

²³ [1970] 3 C.C.C. 398.

²⁴ (1971), 15 C.R.N.S. 122.

²² (1968), 7 C.R.N.S. 1.

²³ [1970] 3 C.C.C. 398.

²⁴ [1971], 15 C.R.N.S. 122.

Court judgment, *R. v. Haukness*²⁵, in which the aforementioned two cases were considered as well as *Ormerod* and *Chernecki*, an acquittal was also entered on a direct recognition of entrapment as a defence, the Court saying that "notwithstanding [the accused's] commission [of the drug] offence, it would be contrary to the principles of the administration of justice in this country to convict him". Having indicated that I prefer to leave open the question whether entrapment, if established, should operate as a defence I express no view on the approach taken in the *Haukness* case. Similarly, I leave open the question whether the appropriate way to deal with entrapment is by a stay of proceedings, a matter considered by this Court in another context in *R. v. Rourke*²⁶. In the present case, although the factum of the accused mentions stay of proceedings, his counsel did not press the point, nor did he found any of his submissions on any issue of admissibility of evidence. His main, indeed, sole point was that entrapment should have been left to the jury because the evidence showed a police-concocted plan to ensnare him going beyond mere solicitation.

I do not think that the evidence is open to such a view. Although the trial judge's charge is confusing on what is meant by entrapment, the accused cannot complain of the withdrawal of entrapment as a defence (assuming it to be a defence, if established by a preponderance of evidence) if there was no evidence upon which it could be based.

The accused was found by the Metropolitan Toronto police to be in possession of heroin and was arrested by them. He made certain statements to the police, including assertions that he worked as an undercover agent, as an informer in fact, for the Royal Canadian Mounted Police. The state-

acquittal dans le second. Dans un autre arrêt récent, *R. v. Haukness*²⁵, une Cour provinciale de la Colombie-Britannique a étudié les deux jugements susmentionnés ainsi que les arrêts *Ormerod* et *Chernecki*, et a également prononcé un acquittement en admettant directement la provocation policière comme moyen de défense. La Cour a déclaré que [TRADUCTION] «bien que l'accusé ait commis l'infraction [relative à la drogue], il serait contraire aux principes de l'administration de la justice dans ce pays de le déclarer coupable». Ayant déjà indiqué que je préférerais ne pas me prononcer sur la question de savoir si la provocation policière, une fois établie, est un moyen de défense recevable, je n'exprimerai pas d'opinion sur la façon dont la question a été abordée dans l'arrêt *Haukness*. De même, je ne trancherai pas la question de savoir si la meilleure façon de régler un cas de provocation policière est de suspendre les procédures, question examinée dans un autre contexte par la présente Cour dans l'arrêt *R. v. Rourke*²⁶. En l'espèce, même si le factum de l'accusé parle de suspension des procédures, son avocat n'a pas insisté sur ce point et il n'a pas fondé son argumentation sur la question de l'admissibilité de la preuve. Son principal argument, en fait le seul, est qu'on aurait dû laisser la question de la provocation policière au jury parce que la preuve établit l'existence d'une machination ourdie par la police pour le prendre au piège, machination qui dépasse la simple instigation.

Je ne pense pas que la preuve justifie cette prétention. Dans son exposé, le juge n'a pas défini clairement la provocation policière, mais l'accusé ne peut se plaindre du retrait du moyen de défense fondé sur la provocation policière (à supposer qu'il s'agisse d'une défense, si elle est établie par prépondérance de la preuve) s'il n'y a aucune preuve à l'appui de ce moyen.

La police du Toronto métropolitain a trouvé l'accusé en possession d'héroïne et l'a arrêté. Il a fait des déclarations à la police et dit notamment qu'il travaillait comme agent secret, comme indicateur en fait, pour la Gendarmerie Royale du Canada. Les déclarations ont été acceptées en

²⁵ [1976] 5 W.W.R. 420.

²⁶ [1977] 5 W.W.R. 487.

²⁵ [1976] 5 W.W.R. 420.

²⁶ [1977] 5 W.W.R. 487.

ments were admitted in evidence after a *voir dire* as to their admissibility. He told the Toronto police that the R.C.M.P. were unaware that he had bought the heroin and unaware that he was going to sell it. When taken to the police station he was found in possession of cocaine as well as heroin. Upon his release from custody and while awaiting trial, the accused had several conversations with members of the Toronto police force about acting as a paid informer but nothing came of it.

The accused was a drug addict, and this was known to the R.C.M.P. and to a particular officer of that force, one Gascon. He had been used by the force on various occasions as a decoy and informer to ferret out information on drug pushing in the Montreal area, and this involved him, according to his evidence, in purchasing drugs with money supplied by the R.C.M.P. and in selling drugs as well. He reported these activities to his R.C.M.P. contact. It was also Kirzner's evidence that he told Gascon of a chance encounter with a person in the illegal drug trade through whom he could set up a big "buy" and that Gascon agreed to the plan. Gascon was on vacation when the chance for the "buy" arrived, but the accused went ahead on his own and consummated the deal, although it was by no means clear that he was under instruction by Gascon to go ahead in the latter's absence. It was in respect of this "buy" of heroin that the accused was arrested. Gascon's evidence was that the accused had not told him that he was selling drugs as well as buying them. He was used by the R.C.M.P. as a paid informer even after his arrest, but this was not an unusual practice of the R.C.M.P. in their use of informers.

I fail to see how this evidence, taking it most favourably to the accused, shows entrapment in respect of the offences committed by the accused. To me it is obvious that he saw his police contacts as a shield for activities which he carried out on his own, activities amounting to trafficking in drugs. He had initiated a transaction which he carried out for his own benefit.

preuve après un *voir dire* sur leur admissibilité. Il a dit à la police de Toronto que la Gendarmerie Royale ignorait qu'il avait acheté de l'héroïne et allait la vendre. Au poste de police, on a trouvé sur lui de la cocaïne, en plus de l'héroïne. Après sa mise en liberté et avant son procès, l'accusé s'est entretenu à plusieurs reprises avec des membres de la police de Toronto leur proposant ses services comme indicateur payé, mais sans résultat.

L'accusé est un toxicomane et la G.R.C., en particulier un de ses agents, un nommé Gascon, le savait. Elle avait utilisé ses services à diverses reprises comme indicateur pour obtenir des renseignements sur le trafic de drogues dans la région de Montréal ce qui l'a amené, selon son témoignage, à acheter de la drogue avec de l'argent versé par la G.R.C. et aussi à en vendre. Il faisait rapport de ses activités à la personne avec qui il était en contact à la G.R.C. Kirzner a également témoigné avoir dit à Gascon qu'il avait rencontré par hasard une personne impliquée dans le trafic de drogues et par l'entremise de qui il pouvait faire un gros «achat». Gascon lui avait donné son consentement. Lorsque l'occasion se présenta, Gascon était en vacances, mais l'accusé prit les devants et conclut le marché, bien qu'il ne soit pas certain que Gascon l'ait autorisé à le faire en son absence. L'accusé a été arrêté à l'occasion de cet «achat» d'héroïne. Gascon a témoigné que l'accusé ne lui avait pas dit qu'il vendait de la drogue et en achetait. Même après son arrestation, la Gendarmerie le payait comme indicateur, ce qui n'est pas une pratique inhabituelle pour la Gendarmerie Royale.

Je ne vois pas comment ce témoignage, même interprété de la façon la plus favorable à l'accusé, peut démontrer qu'il y a eu provocation policière relativement aux infractions commises par ce dernier. Il est évident, selon moi, qu'il a fait état de ses rapports avec la police afin d'essayer de protéger ses activités personnelles, c'est-à-dire le trafic de drogues. Il a pris l'initiative de conclure un marché à son propre avantage.

In the result, while not agreeing with the reasons of the Ontario Court of Appeal, I come to the same conclusion and would dismiss the appeal.

The judgment of Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz and Pratte JJ. was delivered by

PIGEON J.—As the Chief Justice says in reasons which I have had the advantage of reading, the sole point raised by counsel for the accused at the hearing was that entrapment should have been left to the jury because the evidence showed a police-concocted plan to ensnare him going beyond mere solicitation. I agree that the evidence is not open to such a view and that accordingly the accused cannot complain on that account although the trial judge's charge was confusing. Without expressing an opinion on any other question, I concur in the disposition of the case proposed by the Chief Justice.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Victor S. Paisley, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Ontario, Toronto.

Tout en ne souscrivant pas aux motifs de la Cour d'appel, j'en arrive à la même conclusion et suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Le jugement des juges Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz et Pratte a été rendu par

LE JUGE PIGEON—Comme l'a dit le Juge en chef dans ses motifs que j'ai eu l'avantage de lire, le seul point soulevé à l'audience par l'avocat de l'accusé est qu'on aurait dû laisser au jury la question de la provocation policière parce que la preuve établit l'existence d'une machination ourdie par la police pour la prendre au piège et qui dépasse la simple instigation. Je conviens que la preuve ne justifie pas une telle opinion et qu'en conséquence l'accusé ne peut se plaindre à cet égard, même si l'exposé du juge n'était pas clair. Sans me prononcer sur les autres points, je souscris au dispositif proposé en l'espèce par le Juge en chef.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelant: Victor S. Paisley, Toronto.

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