Scott Conway *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* CONWAY

File No.: 20877.

1988: December 16; 1989: June 22.

Present: Dickson C.J. and Lamer, La Forest, L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Five-year period between charge and commencement of third trial — Whether accused's right to be tried within a reasonable time has been infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

Criminal law — Abuse of process — Crown seeking to try accused for a third time on same murder charge — Five-year period between charge and commencement of third trial — Crown objecting to accused's re-election for a trial before a judge alone — Crown not consenting to accused's plea to manslaughter — Whether a third trial in these circumstances constitutes an abuse of process.

Appellant was charged with first degree murder on August 29, 1982 and convicted of second degree murder in December 1983. Thirteen months later, the Court of Appeal set aside the verdict and ordered a new trial. The second trial was set to commence on January 7, 1986. In December 1985, however, appellant's counsel was removed from the record and appellant was granted an adjournment to April 21, 1986, as he had been unable to retain new counsel. The jury failed to reach a verdict at the second trial and a mistrial was declared. The new counsel then informed the appellant that he could no longer represent him in proceedings held in Ottawa. Appellant sought to obtain a change of venue to Toronto but the application was opposed by the Crown and dismissed in August 1986. In the interim, the third trial had been set for September 22, 1986. At that time, appellant was still without counsel and, despite the Crown's objection, the trial was adjourned to November 10, 1986. Appellant found and ultimately retained a third counsel and, in order to accommodate counsel's schedule, the trial date was postponed to April 21, 1987.

Scott Conway *Appelant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* CONWAY

N° du greffe: 20877.

1988: 16 décembre; 1989: 22 juin.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Lamer, La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Délai de cinq ans entre le dépôt de l'accusation et le début du troisième procès — Le droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable a-t-il été violé? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

Droit criminel — Abus de procédure — Le ministère public demande la tenue d'un troisième procès sur la même accusation de meurtre — Délai de cinq ans entre le dépôt de l'accusation et le début du troisième procès — Opposition du ministère public à un nouveau choix de l'accusé en faveur d'un procès devant un juge seul — Refus du ministère public d'accepter un plaidoyer de culpabilité d'homicide involontaire coupable — Un troisième procès dans ces circonstances constitue-t-il un abus de procédure?

L'appelant a été inculpé de meurtre au premier degré le 29 août 1982 et déclaré coupable de meurtre au deuxième degré en décembre 1983. Treize mois plus tard, la Cour d'appel a annulé ce verdict et ordonné un nouveau procès. Le deuxième procès a été fixé au 7 janvier 1986. Cependant, en décembre 1985, l'avocat de l'appelant s'est retiré du dossier et un ajournement au 21 avril 1986 a été accordé à l'appelant parce qu'il était incapable de retenir les services d'un nouvel avocat. Au deuxième procès, le jury n'a pu s'entendre sur un verdict et le procès a avorté. Le nouvel avocat a alors avisé l'appelant qu'il ne pourrait plus le représenter à des procédures tenues à Ottawa. L'appelant a demandé un changement du lieu du procès à Toronto mais cette demande a été contestée par la poursuite et rejetée. Entre-temps, la date du troisième procès avait été fixée au 22 septembre 1986. À cette date, l'appelant n'avait toujours pas d'avocat et, malgré l'opposition du ministère public, le procès a été remis au 10 novembre 1986. L'appelant a pu retenir les services d'un troisième avocat et, afin de permettre à ce dernier d'organiser son emploi

On that date, the Crown objected to appellant's application to re-elect to be tried before a judge alone. The same issue was before the Court of Appeal and the trial judge adjourned the matter to await its decision. At the onset of the third trial, on October 26, 1987, appellant entered a plea of not guilty on the charge of murder but guilty on the lesser included offence of manslaughter. The plea was not accepted by the Crown because the appellant would not agree to a joint submission for a sentence of 15 years. The appellant then brought an application to stay arguing that (1) holding a third trial in the circumstances would constitute an abuse of process and (2) his right to be tried within a reasonable time guaranteed by s. 11(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* had been violated given the time elapsed since the beginning of the proceedings. The trial judge held that appellant's s. 11(*b*) right had been infringed and ordered a stay of proceedings. The Court of Appeal set aside the order staying the proceedings and directed a new trial to proceed.

Held (Sopinka J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Dickson C.J. and La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.: A trial judge has a discretion to stay proceedings where compelling an accused to stand trial would violate those fundamental principles of justice which underlie the community's sense of fair play and decency and to prevent the abuse of a court's process through oppressive or vexatious proceedings. While the doctrine of abuse of process is not limited to prosecutorial misconduct or improper motive, the prosecution in this case did not constitute an abuse of process. The judge's power to stay proceedings may only be exercised in the clearest of cases.

The main purpose of s. 11(*b*) of the *Charter* is to minimize the adverse effect on the person charged resulting from the pending disposition of an unresolved criminal charge. The focus of the protection is the impairment or prejudice arising from the delay in processing or disposing of the charges against an accused and not the impairment or prejudice arising from the fact that he has been charged. The cut-off point after which a delay becomes unreasonable must be determined by balancing a number of factors including, among the most important ones, the prejudice suffered by the accused, the waiver of time periods, the inherent time requirements and the limitations on institutional resources. In deciding a s. 11(*b*) claim, the correct

du temps, le procès a été remis au 21 avril 1987. À cette date, le ministère public s'est opposé à la demande de l'appelant de changer son choix afin d'être jugé par un juge sans jury. La Cour d'appel avait été saisie de la même question et le juge du procès a ajourné le procès afin d'attendre l'arrêt de la Cour d'appel. Au début du troisième procès, le 26 octobre 1987, l'appelant a inscrit un plaidoyer de non-culpabilité à l'accusation de meurtre et un plaidoyer de culpabilité à l'accusation incluse d'homicide involontaire coupable. La poursuite a refusé ce plaidoyer parce que l'appelant n'a pas voulu acquiescer à une proposition commune de peine de 15 ans d'emprisonnement. L'appelant a ensuite présenté une demande d'arrêt des procédures soutenant que (1) tenir un troisième procès dans les circonstances constituerait un abus de procédure et (2) que son droit d'être jugé dans un délai raisonnable garanti par l'al. 11*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* avait été violé en raison du temps écoulé depuis le début des procédures. Le juge du procès a conclu que le droit de l'appelant en vertu de l'al. 11*b*) avait été violé et a ordonné l'arrêt des procédures. La Cour d'appel a annulé l'ordonnance d'arrêt des procédures et a ordonné un nouveau procès.

Arrêt (le juge Sopinka est dissident): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Dickson et les juges La Forest et L'Heureux-Dubé: Le juge du procès a le 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. Bien que la doctrine de l'abus de procédure ne se limite pas aux cas de conduite blâmable de la poursuite et de motif illégitime, la conduite du ministère public en l'espèce ne constitue pas un abus de procédure. Le pouvoir du juge ne peut s'exercer que dans les cas les plus manifestes.

L'objet principal de l'al. 11*b*) de la *Charte* est de réduire autant que possible les effets préjudiciables pour l'accusé d'une accusation criminelle non encore décidée. Il s'agit surtout d'une protection contre l'atteinte ou le préjudice qui découle du retard à traiter ou régler les accusations portées contre un accusé et non l'atteinte ou le préjudice qui découle du fait qu'il a été inculpé. Plusieurs facteurs doivent être soupesés pour déterminer le point précis auquel un délai devient déraisonnable. Les plus importants sont: le préjudice subi par l'accusé, la renonciation à invoquer certaines périodes, les délais inhérents et les limites des ressources institutionnelles. Pour trancher un litige fondé sur l'al. 11*b*) de la *Charte*, la méthode appropriée consiste à évaluer le caractère

approach is to evaluate the reasonableness of the overall lapse of time. A piecemeal analysis is generally not appropriate. As with other *Charter* guarantees, the individual claiming an infringement of his rights must persuade the court that the circumstances fall within the scope of protection of the specific *Charter* provisions. Under s. 11(*b*), the scope of protection is demarcated by the reasonableness of the total lapse of time. There is no reason to require as a rule that the onus shift from the accused to the Crown at the threshold of "*prima facie* unreasonability".

Proceeding on the basis that s. 11(*b*) of the *Charter* extends to appellate proceedings, appellant's right to be tried within a reasonable time has not been infringed. The total five-year period resulted, for the most part, from the choices made by appellant in the conduct of his defence, as well as from the delays inherent in a trial, appeal and retrial on a murder charge. Appellant unequivocally requested, caused and consented to the delays between the date initially set for the second trial and the onset of the third. During that period, several adjournments were granted to accommodate appellant's need for legal representation. While appellant had the right to be represented by counsel of choice, the delays incurred in so doing could not be invoked in this case in his s. 11(*b*) claim. The same was true of the considerable delays resulting from appellant's pre-trial motion to re-elect for a trial before a judge alone. For the purpose of assessing the reasonableness under s. 11(*b*), an accused, and the Crown as well, must bear the consequences of their tactical decisions in the conduct of the trial. As regards prejudice, assuming that such prejudice is relevant in a claim made under s. 11(*b*), there was no evidence in the record that appellant would be prevented from having a fair trial. Balancing the delays, the prejudice to the appellant flowing from the passage of time, especially such passage of time which is not attributable to him, the nature and reasons for the delays, and the nature of the charge and other circumstances of the case, it could not be concluded that the overall lapse of time brings the appellant within the scope of s. 11(*b*).

Per Lamer J.: Section 11(*b*) of the *Charter* gives an accused the right to be tried within a reasonable time. The fundamental purpose of the section is to protect the rights set forth in s. 7. The concept of security of the person, in the context of s. 11(*b*), is not restricted to physical integrity but encompasses protection against

raisonnable des délais évalués globalement. Une analyse à la pièce ne convient généralement pas. Comme pour d'autres droits garantis par la *Charte*, quiconque prétend avoir été la victime d'une violation de ses droits a le fardeau de persuader la cour que les circonstances relèvent du champ de protection envisagé par la disposition pertinente de la *Charte*. Suivant l'al. 11*b*), le champ de protection est défini par le caractère raisonnable du délai global. Il n'y a aucune raison d'ériger en règle le déplacement du fardeau de la preuve de l'accusé au ministère public au stade de l'examen du caractère à première vue déraisonnable du délai.

Si l'on tient pour acquis que l'al. 11*b*) de la *Charte* s'étend aux procédures d'appel, le droit de l'appelant d'être jugé dans un délai raisonnable n'a pas été violé. Les choix faits par l'appelant dans la conduite de sa défense ainsi que les délais inhérents à un procès pour meurtre, à l'appel et au nouveau procès sur cette accusation, expliquent la plus grande part de la période de cinq ans. L'appelant a d'une manière non équivoque demandé, causé et accepté les délais intervenus entre la fin du deuxième procès et le début du troisième. Pendant cette période, plusieurs ajournements ont été accordés pour permettre à l'appelant de trouver un avocat. Bien que l'appelant ait le droit d'être représenté par l'avocat de son choix, il ne peut invoquer les délais survenus de ce fait pour soutenir sa demande fondée sur l'al. 11*b*). C'est tout aussi vrai pour les délais considérables qui ont résulté de la requête préalable au procès présentée par l'appelant en vue de faire un nouveau choix afin d'être jugé par un juge sans jury. Dans le cadre de l'évaluation du caractère raisonnable, pour les fins de l'al. 11*b*), l'accusé, ainsi que la poursuite, doivent supporter les conséquences des décisions de nature tactique qu'ils adoptent dans la conduite du procès. Pour ce qui est du préjudice, à supposer que le préjudice soit pertinent à une demande fondée sur l'al. 11*b*), rien dans la preuve au dossier n'indique que l'appelant ne pourrait bénéficier d'un procès équitable. Ayant soupesé les délais intervenus, le préjudice occasionné à l'appelant par le passage du temps, particulièrement celui qui ne lui est pas imputable, la nature et les motifs des délais, la nature de l'accusation ainsi que les autres circonstances de l'espèce, on ne peut conclure que le délai, pris dans son ensemble, suffit pour amener l'appelant dans le champ d'application de l'al. 11*b*).

Le juge Lamer: L'alinéa 11*b*) de la *Charte* confère au prévenu le droit d'être jugé dans un délai raisonnable. L'objet fondamental de cette disposition est la protection des droits énoncés à l'art. 7. Dans le contexte de l'al. 11*b*), la notion de sécurité de la personne ne se limite pas à l'intégrité physique, mais englobe aussi l'idée de

overlong subjection to the vexations and vicissitudes of a pending criminal accusation. Actual impairment of an accused's security interest need not be proven to render s. 11(*b*) operative. An objective standard is the only realistic means through which the security interest of the accused may be protected under the section. The impairment of the accused's defence is not a factor to be considered under s. 11(*b*). The accused's right to mount a full and fair defence is more properly related to the right to a fair trial under s. 11(*d*) of the *Charter*.

To determine whether an accused's right under s. 11(*b*) has been infringed, the court should adopt a reasonableness test which involves a balancing of the inherent impairment of the accused's interest as of the moment he is charged from the very fact of being prosecuted, such impairment becoming increasingly pronounced with the passage of time, against three other factors that may justify the delay, or continued impairment of the accused's interests: (1) waiver of time periods; (2) time requirements inherent in the nature of the case, and (3) limitations to institutional resources. The facts relevant to the waiver of delays and limitations to institutional resources, however, must be evaluated during the transitional period, which, in this case, ended May 14, 1987 (the date the judgment of this Court in *Rahey* was handed down), keeping in mind court practices on the part of counsel and of court officials. Indeed, it would be inaccurate to give meaning or the same probative value to behaviour which occurred or court records which were held prior to that judgment against a standard whose parameters were unknown to all. Finally, a finding that the delay involved is *prima facie* excessive is not a condition precedent to the inquiry into reasonableness of the delay.

Here, appellant's s. 11(*b*) right has not been infringed. Most of the delay is easily explained by the fact that the appellant did not object to any of the additional delays and in fact requested many of them. During the transitional period, where there is not an indication in the record of an objection by the accused or defence counsel, that silence should generally be construed as acquiescence in the delay. There is therefore waiver as regards those periods of time extending to May 14, 1987. The delays requested by the appellant during the same period, either when represented or not, constituted also a waiver of time. The appellant waived them clearly and unequivocally with full knowledge of his rights and the courts carried out their duty to ensure to their satisfaction that his waiver of time was clear,

protection contre un assujettissement trop long aux vexations et aux vicissitudes d'une accusation criminelle pendante. Pour que l'al. 11*b*) s'applique, il n'est pas nécessaire de prouver qu'il y a eu réellement atteinte à l'intérêt de l'accusé en matière de sécurité. Une norme objective est le seul moyen réaliste de protéger, en vertu de l'article, l'intérêt du prévenu en matière de sécurité. L'atteinte à la défense de l'accusé n'est pas un facteur à considérer en vertu de l'al. 11*b*). Le droit de l'accusé de se constituer une défense pleine, entière et équitable se rapporte, à plus juste titre, au droit à un procès équitable que garantit l'al. 11*d*) de la *Charte*.

Pour déterminer s'il y a eu violation du droit conféré à l'accusé par l'al. 11*b*), le tribunal doit adopter un critère du caractère raisonnable qui implique une équilibration de l'atteinte aux droits de l'accusé, à partir du moment de son inculpation, atteinte qui procède du fait même des poursuites engagées contre lui et qui augmente radicalement avec le passage du temps, ainsi que de trois autres facteurs pouvant justifier le retard: (1) la renonciation à invoquer certaines périodes dans le calcul; (2) les délais inhérents à la nature de l'affaire et (3) les limitations des ressources institutionnelles. Les faits pertinents relativement à la renonciation à invoquer certains délais et aux limitations des ressources institutionnelles doivent cependant être évalués pendant la période de transition, qui en l'espèce s'est terminée le 14 mai 1987 (date de l'arrêt *Rahey* de cette Cour), compte tenu des pratiques observées par les avocats et les fonctionnaires de la cour. En fait, il ne serait pas approprié d'accorder le même sens ou la même valeur probante à des comportements ou à des dossiers de cour datant d'avant cet arrêt et de le faire en fonction d'une norme dont les éléments étaient inconnus de tous. Enfin, une conclusion que le délai en question est à première vue excessif n'est pas une condition préalable à l'examen du caractère raisonnable du délai.

En l'espèce, le droit de l'appelant garanti par l'al. 11*b*) n'a pas été violé. La majeure partie de ce délai s'explique facilement par le fait que l'appelant ne s'est opposé à aucun des ajournements et qu'un grand nombre de ceux-ci ont été en réalité demandés par lui. Au cours de la période de transition, quand rien au dossier n'indique que l'accusé ou l'avocat de la défense s'y soient opposés, on doit généralement interpréter ce silence comme une acceptation du délai. Il y a donc eu renonciation à l'égard des périodes allant jusqu'au 14 mai 1987. L'appelant a manifestement et incontestablement renoncé, en pleine connaissance de ses droits, à invoquer les délais résultant des ajournements qu'il a lui-même demandés, qu'il ait ou non alors été représenté par un avocat. Les tribunaux se sont acquittés de leur devoir de

unequivocal and informed. Concerning the period extending from May 14, 1987 to October 26, 1987, the delays were also justified.

Per Sopinka J. (dissenting): In the circumstances of this case, the Crown's actions in prosecuting the case did not justify a stay of proceedings on the basis of an abuse of process.

Section 11(*b*) of the *Charter* extends the procedural right to be tried within a reasonable time to appellate proceedings. The word "tried" must be interpreted in light of the intention of the provision. The purpose of s. 11(*b*) is to minimize the prejudice to an accused as a result of a criminal charge by ensuring that proceedings are completed within a reasonable time. Given that the prejudice to the accused will persist until all appellate proceedings have finished, s. 11(*b*) would be a shallow and illusory right if it were interpreted to apply only to the initial trial.

Section 11(*b*) is premised in part upon a desire to ensure that an accused's liberty and security are not unduly violated as a result of a failure to complete criminal proceedings within a reasonable time. An accused alleging a violation of s. 11(*b*) must thus persuade the court that *prima facie* the delay is unreasonable. The Crown must then justify the delay on the basis of any special features or circumstances of the case. The Crown can also justify the delay on the basis of conduct of the accused or his counsel, including waiver of delays. The Crown cannot, however, justify long periods of systemic delay even if such delays are beyond the control of the prosecution. The accused's right to counsel is part of the system and the failure or inability on the part of the accused to obtain counsel cannot justify unreasonable delay unless such failure or inability is attributable to the accused. A failure by the Crown to displace the *prima facie* case does not necessarily end the matter. In assessing the reasonableness of the delay, prejudice to the accused's liberty and security interest resulting from the delay must be considered. Prejudice to the accused's ability to make a full answer and defence may also be relevant.

In this case, the appellant's right to be tried within a reasonable time has been infringed. The delay was *prima facie* unreasonable and the Crown has failed to justify or satisfactorily explain substantial segments of the five-year period. In particular, the appellant could not be held solely responsible for the delays between the second trial in May 1986 and the third trial in October

s'assurer que cette renonciation par l'appelant à invoquer le temps écoulé a été claire, non équivoque et éclairée. Pour ce qui est de la période du 14 mai 1987 au 26 octobre 1987, le délai en question était justifié.

Le juge Sopinka (dissident): Dans les circonstances de l'espèce, la conduite de la poursuite ne peut justifier l'arrêt des procédures pour abus de procédure.

L'alinéa 11*b*) de la *Charte* étend le droit procédural d'être jugé dans un délai raisonnable jusqu'aux procédures d'appel. Il faut interpréter le mot «jugé» en fonction de l'objet de la disposition. L'alinéa 11*b*) a pour objet de réduire le plus possible, par la tenue des procédures dans un délai raisonnable, le préjudice causé à un accusé par le fait d'une accusation criminelle. Puisque ce préjudice dure jusqu'à ce que toutes les procédures d'appel soient terminées, ce serait une protection mince et illusoire si, par interprétation, on arrivait à conclure qu'il ne s'applique qu'au premier procès.

L'alinéa 11*b*) se fonde en partie sur l'idée d'assurer qu'il ne sera pas porté indûment atteinte à la liberté et à la sécurité de la personne de l'accusé par le défaut de terminer les procédures criminelles dans un délai raisonnable. L'accusé qui invoque une violation de l'al. 11*b*) doit convaincre le tribunal que le délai est à première vue déraisonnable. Il incombe ensuite à la poursuite de justifier le délai en raison des circonstances ou caractéristiques spéciales de l'affaire. La poursuite peut aussi invoquer les retards occasionnés par les actes de l'accusé ou de son avocat, ce qui inclut la renonciation à se prévaloir des délais. La poursuite ne peut cependant pas justifier de longs délais inhérents au système, même si elle n'a pas de contrôle sur ceux-ci. Le droit de l'accusé à un avocat fait partie du système et l'impossibilité pour l'accusé de retenir les services d'un avocat ou l'échec de ses démarches en ce sens ne peuvent justifier des retards déraisonnables à moins que l'accusé ne soit lui-même responsable de cet échec ou de cette impossibilité. Le défaut de la poursuite de repousser la preuve *prima facie* ne règle pas nécessairement la question. Pour évaluer le caractère raisonnable du délai, il faut tenir compte du préjudice causé par le délai au droit de l'accusé à la liberté et à la sécurité de sa personne. Le préjudice causé à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière peut aussi compter.

En l'espèce, le droit de l'appelant d'être jugé dans un délai raisonnable a été violé. Le délai est, à première vue, déraisonnable et la poursuite n'a pas suffisamment justifié ou expliqué une grande partie du délai de cinq ans. Plus précisément, l'appelant ne peut être tenu seul responsable du temps écoulé entre le deuxième procès, en mai 1986, et le troisième procès, en octobre 1987; il

1987 and he did not unequivocally waive his right to a prompt trial. The Crown's objection to the appellant's application for a change of venue, in light of appellant's well known difficulties in retaining counsel, contributed to the delay. The appellant was also reasonably diligent in his attempt to find a lawyer but the Crown's insistence on unrealistically short adjournments made it difficult for him to obtain counsel on such short notice and hence caused new delays. Further, the appellant's request to re-elect to appear before a judge alone was reasonable given his earlier experience with jury trials and the Crown's refusal to consent contributed to the mounting delay. The appellant also demonstrated his sincerity in wanting to conclude the proceedings by offering to plead guilty to manslaughter. The appellant has demonstrated prejudice to his liberty and security interests and it is now highly unlikely that a fair trial is possible. A stay of proceedings should be ordered.

n'a pas non plus manifestement renoncé à son droit à un procès expéditif. L'opposition de la poursuite à la demande de changement de lieu du procès, compte tenu des difficultés que l'appelant avait à se trouver un avocat, difficultés que la poursuite connaissait, a contribué aux délais. L'appelant a fait preuve de diligence raisonnable dans la recherche d'un avocat, mais l'insistance de la poursuite à demander des ajournements beaucoup trop courts lui a rendu difficile la tâche de se trouver un avocat et a donc causé de nouveaux délais. De plus, la demande présentée par l'appelant de faire un nouveau choix afin d'être jugé par un juge sans jury était raisonnable, vu son expérience antérieure des procès par jury, et le refus de la poursuite d'y consentir a contribué à augmenter les délais. L'appelant a aussi fait preuve de bonne foi en voulant mettre fin aux procédures en offrant d'inscrire un plaidoyer de culpabilité pour homicide involontaire coupable. L'appelant a fait la preuve du préjudice causé à son droit à la liberté et à la sécurité de sa personne et il est improbable qu'il puisse maintenant avoir un procès équitable. Il y a lieu d'ordonner l'arrêt des procédures.

Cases Cited

By L'Heureux-Dubé J.

Applied: *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; **referred to**: *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Young* (1984), 40 C.R. (3d) 289; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657; *R. v. Turpin* (1987), 36 C.C.C. (3d) 289, aff'd [1989] 1 S.C.R. 1296; *R. v. Pentiluk* (1974), 28 C.R.N.S. 324; *United States v. Loud Hawk*, 474 U.S. 302 (1986); *United States v. MacDonald*, 456 U.S. 1 (1982); *Beavers v. Haubert*, 198 U.S. 77 (1905); *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383; *United States v. Ewell*, 383 U.S. 116 (1966).

By Lamer J.

Referred to: *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, aff'g (1987), 36 C.C.C. (3d) 289.

By Sopinka J. (dissenting)

R. v. Rahey, [1987] 1 S.C.R. 588; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *United States v. Loud Hawk*, 474 U.S. 302 (1986); Eur. Court H. R., *Wemhoff* case, judgment of June 27, 1968, Series A No. 7; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972); *R. v. Antoine* (1983), 5 C.C.C. (3d) 97; *R. v. Askov* (1987), 37 C.C.C. (3d)

Jurisprudence

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêt appliqué: *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; **arrêts mentionnés**: *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. v. Young* (1984), 40 C.R. (3d) 289; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657; *R. v. Turpin* (1987), 36 C.C.C. (3d) 289, conf. [1989] 1 R.C.S. 1296; *R. v. Pentiluk* (1974), 28 C.R.N.S. 324; *United States v. Loud Hawk*, 474 U.S. 302 (1986); *United States v. MacDonald*, 456 U.S. 1 (1982); *Beavers v. Haubert*, 198 U.S. 77 (1905); *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383; *United States v. Ewell*, 383 U.S. 116 (1966).

Citée par le juge Lamer

Arrêts mentionnés: *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, conf. (1987), 36 C.C.C. (3d) 289.

Citée par le juge Sopinka (dissident)

R. c. Rahey, [1987] 1 R.C.S. 588; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *United States v. Loud Hawk*, 474 U.S. 302 (1986); Cour Eur. D. H., affaire *Wemhoff*, arrêt du 27 juin 1968, Série A nº 7; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972); *R. v. Antoine* (1983), 5 C.C.C. (3d) 97; *R. v. Askov* (1987), 37 C.C.C. (3d) 289; *Korponay c. Procu-*

289; *Korponay v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 41; *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383; *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *R. v. Turpin* (1987), 36 C.C.C. (3d) 289, aff'd [1989] 1 S.C.R. 1296.

Statutes and Regulations Cited

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

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 429, 430 [rep. & subs. 1985, c. 19, s. 64], 465(1)(*b*) [am. c. 2 (2nd Supp.), s. 6; am. 1972, c. 13, s. 38; rep. & subs. 1974-75-76, c. 93, s. 58], 534(4) [rep. & subs. 1974-75-76, c. 105, s. 7; rep. & subs. 1985, c. 19, s. 125].

European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 222, Arts. 5(3), 6(1).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1988), 26 O.A.C. 389, allowing the Crown's appeal from a judgment of Smith J. (1987), 3 W.C.B. (2d) 218, ordering a stay of proceedings. Appeal dismissed, Sopinka J. dissenting.

Alan D. Gold and *Donald B. Bayne*, for the appellant.

Brian J. Gover and *Curt M. Flanagan*, for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and La Forest and L'Heureux-Dubé JJ. was delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—This appeal raises the question whether the appellant Conway should stand trial for a third time on a charge of murder. The facts are set out in ample detail by my colleague Justice Sopinka. While I agree with him and with the courts below that these facts do not disclose an abuse of process justifying a stay of proceedings, I cannot share his opinion that s. 11(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was infringed in the circumstances of the present case.

Abuse of Process

In considering the submission based on abuse of process at trial, Smith J. directed himself as follows:

[T]he residual discretion in a Court to stay proceedings must not only be sparingly used, it must also be based on the prosecution being oppressive or vexatious, or follow upon the violation of the principles of fundamental

reur général du Canada, [1982] 1 R.C.S. 41; *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383; *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *R. v. Turpin* (1987), 36 C.C.C. (3d) 289, conf. [1989] 1 R.C.S. 1296.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11*b*), 24.

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 429, 430 [abr. & rempl. 1985, chap. 19, art. 64], 465(1)*b*) [mod. chap. 2 (2e supp.), art. 6; mod. 1972, chap. 13, art. 38; abr. & rempl. 1974-75-76, chap. 93, art. 58], 534(4) [abr. & rempl. 1974-75-76, chap. 105, art. 7; abr. & rempl. 1985, chap. 19, art. 125].

Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 223, art. 5(3), 6(1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1988), 26 O.A.C. 389, qui a accueilli l'appel interjeté par le ministère public d'un jugement du juge Smith (1987), 3 W.C.B. (2d) 218, ordonnant l'arrêt des procédures. Pourvoi rejeté, le juge Sopinka est dissident.

Alan D. Gold et *Donald B. Bayne*, pour l'appelant.

Brian J. Gover et *Curt M. Flanagan*, pour l'intimée.

Le jugement du juge en chef Dickson et des juges La Forest et L'Heureux-Dubé a été rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—Ce pourvoi soulève la question de savoir si l'appelant Conway devrait subir un troisième procès sur une accusation de meurtre. Mon collègue le juge Sopinka présente un exposé très détaillé des faits. Bien qu'estimant comme lui et comme les tribunaux d'instance inférieure que ces faits ne révèlent pas d'abus de procédure justifiant la suspension de l'instance, je ne souscris pas à son opinion que, dans les circonstances de l'espèce, il y a eu violation de l'al. 11*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

L'abus de procédure

En examinant lors du procès le moyen tiré de l'abus de procédure le juge Smith a fait les observations suivantes:

[TRADUCTION] [N]on seulement un tribunal ne doit exercer qu'avec modération son pouvoir discrétionnaire résiduel de suspendre l'instance, mais il ne doit y avoir recours que dans le cas de poursuites oppressives ou

justice and fair play or, again, there must be some other form of misconduct on the part of the authorities or some ulterior motive.

He found that there was no evidence to indicate that the prosecution had been "anything but fair and competent". He then went on to consider the main element in the appellant's claim, namely, that, in the circumstances, an abuse of process resulted from the Crown's objection to the appellant's re-election to be tried by a judge without a jury, and from the Crown's refusal to accept a plea of guilty of manslaughter in the absence of agreement on a joint submission for a sentence of fifteen years. Smith J. did not find the Crown's position oppressive. He commented as follows on the insistence that there be a joint submission on sentencing:

The Crown ought not to be taken to task for doing that. The Courts should encourage pre-trial discussions which have become much more frequent and numerous in recent years to the obvious benefit of the public. Such discussions are on their way to becoming completely institutionalized, at any rate. I feel compelled to say, though, that sentencing is for the courts and joint submissions, as is well understood by both Crown and Defence, are never binding upon the Court.

The Court of Appeal took a similar stand on this issue: (1988), 26 O.A.C. 389. In a unanimous decision, the Court (Cory J.A., as he then was, and Grange and McKinlay JJ.A.) rejected the appellant's submission that the Crown's requirement amounted to an abuse of process (at p. 395):

So far as the Crown was concerned, the aspect of sentence was inextricably bound up with the acceptance of the plea. There was no duty or obligation upon the Crown to accept the plea and the court should not impose such an obligation.

As well, the Court of Appeal rejected the contention based on the Crown's objection to the re-election before a judge without a jury, holding

vexatoires, ou dans celui d'une violation des principes de justice fondamentale et de franc-jeu, ou encore lorsqu'il y a eu de la part des autorités quelque autre conduite blâmable ou un motif caché.

Selon lui, il n'y avait aucune preuve que la poursuite avait été menée [TRADUCTION] «d'une manière autre que compétente et équitable». Il a ensuite examiné le principal argument de l'appelant, soit que, dans les circonstances, ont constitué un abus de procédure l'opposition du ministère public à ce que l'appelant fasse le nouveau choix d'être jugé par un juge sans jury ainsi que le refus du ministère public d'accepter un plaidoyer de culpabilité d'homicide involontaire coupable en l'absence d'entente sur une proposition conjointe à une peine de quinze ans d'emprisonnement. Le juge Smith n'a rien trouvé d'oppressif dans la position du ministère public. Commentant le fait que le ministère public insistait pour obtenir une proposition conjointe relativement à la sentence, le juge Smith a dit:

[TRADUCTION] Le ministère public n'est pas à blâmer pour cela. Les tribunaux devraient plutôt encourager les discussions préalables au procès, dont la fréquence et le nombre ont considérablement augmenté au cours des dernières années, à l'avantage manifeste du public. De toute façon, ces discussions sont en voie de s'institutionnaliser complètement. Je m'empresse toutefois de préciser que la détermination des peines relève de la compétence des tribunaux et que la cour, comme le savent très bien d'ailleurs la poursuite et la défense, n'est jamais liée par des propositions conjointes.

Sur cette question, la Cour d'appel a adopté une position analogue: (1988), 26 O.A.C. 389. En effet, dans un arrêt unanime, la cour (les juges Cory, maintenant juge de notre Cour, Grange et McKinlay) a rejeté l'argument de l'appelant selon lequel l'exigence posée par le ministère public constituait un abus de procédure (à la p. 395):

[TRADUCTION] Du point de vue du ministère public, la détermination de la peine était inséparablement liée à l'acceptation du plaidoyer. Le ministère public n'avait aucun devoir ni aucune obligation d'accepter le plaidoyer et la cour ne devrait pas imposer une telle obligation.

La Cour d'appel a en outre rejeté l'argument fondé sur l'opposition du ministère public au nouveau choix d'être jugé par un juge siégeant sans

properly that "[t]he Crown could reasonably and properly determine that the issue should properly be determined by a jury as the representatives of the community" (p. 394).

I am in agreement with these findings in the courts below and would only add the following remarks.

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

Under the doctrine of abuse of process, the unfair or oppressive treatment of an appellant disentitles the Crown to carry on with the prosecution of the charge. The prosecution is set aside, not on the merits (see *Jewitt*, *supra*, at p. 148), but because it is tainted to such a degree that to allow it to proceed would tarnish the integrity of the court. The doctrine is one of the safeguards designed to ensure "that the repression of crime through the conviction of the guilty is done in a way which reflects our fundamental values as a society" (*Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, at p. 689, *per* Lamer J.) It acknowledges that courts must have the respect and support of the community in order that the administration of criminal justice may properly fulfil its function. Consequently, where the affront to fair play and decency is disproportionate to the societal interest in the effective prosecution of criminal cases, then the administration of justice is best served by staying the proceedings.

jury, ayant conclu [TRADUCTION] «[qu']il était raisonnable et légitime que le ministère public décide que la question devrait être tranchée par des jurés en leur qualité de représentants de la collectivité» (p. 394).

Je souscris à ces conclusions des tribunaux d'instance inférieure et je n'y ajouterais que les observations suivantes.

Le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire d'ordonner un 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.

Stays for abuse of process are not limited to cases where there is evidence of prosecutorial misconduct. In delivering the reasons of the Court in *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657, Wilson J. made it clear that all relevant factors, including, but not restricted to, bad faith on the part of the Crown, are to be considered (at p. 659):

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

While Wilson J. appears to contemplate that a sufficient number of trials may alone render the prosecution "oppressive", she suggests later in her reasons that the threshold is higher than two inconclusive trials (at p. 660):

> A third trial may, indeed, stretch the limits of the community's sense of fair play but does not of itself exceed them.

In the present appeal, the evidence supports no suggestion of prosecutorial misconduct or improper motive. As well, in light of the comments in *Keyowski* with respect to the number of trials, little weight can attach to the fact that the Crown is attempting to try the appellant a third time. Does the Crown's stand with respect to the re-election and the plea tip the scales in favour of prosecutorial oppression? Under ss. 429 and 430 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, as they stood at the time material to this appeal, "an accused charged with murder anywhere in Canada except Alberta had no choice but to be tried by a superior court of criminal jurisdiction consisting of a judge of that court together with a jury" (*R. v. Turpin* (1987), 36 C.C.C. (3d) 289 (Ont. C.A.), at p. 293, appeal dismissed, [1989] 1 S.C.R. 1296).

La suspension d'instance pour abus de procédure ne se limite pas aux cas où on a prouvé la conduite blâmable de la poursuite. En prononçant les motifs de la Cour dans *R. v. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657, le juge Wilson a clairement indiqué que tous les facteurs pertinents, notamment la mauvaise foi de la part du ministère public, doivent être pris en ligne de compte (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 que le juge Wilson paraisse admettre qu'un trop grand nombre de procès puisse suffire à rendre les poursuites «oppressives», elle affirme plus loin dans ses motifs que le seuil se situe au-dessus de deux procès non concluants (à la p. 660):

> Il se peut bien qu'un troisième procès touche aux limites de ce qu'admet le sens du franc-jeu qu'a la société, mais à lui seul il ne dépasse pas ces limites.

En l'espèce, la preuve ne suggère aucune conduite blâmable ni motif illégitime de la part de la poursuite. Par ailleurs, compte tenu de l'arrêt *Keyowski* concernant le nombre de procès, on ne peut attacher beaucoup de poids au fait que le ministère public tente pour une troisième fois de faire subir un procès à l'appelant. L'attitude du ministère public à l'égard du nouveau choix et du plaidoyer fait-elle pencher la balance du côté d'une conduite oppressive de la poursuite? Suivant les art. 429 et 430 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, en vigueur à l'époque pertinente au présent pourvoi, [TRADUCTION] «une personne accusée de meurtre n'importe où au Canada, sauf en Alberta, n'avait d'autre possibilité que celle d'être jugée par une cour supérieure de juridiction criminelle avec jury» (*R. v. Turpin* (1987), 36

Proceeding on the footing that the applicable provisions of the *Code* were valid, the Crown objected to the proposed re-election on the ground that any such re-election would have been contrary to ss. 429 and 430 of the *Criminal Code*. Such conduct does not in my view take the Crown's adversarial position too far. The Crown was entitled to conduct the prosecution on the basis that the applicable dispositions of the *Criminal Code* were constitutionally valid.

In addition, s. 534(4) of the *Criminal Code* expressly recognizes the Crown's option to refuse a plea of guilty to an offence other than the offence charged:

> **534.** . . .
>
> (4) Notwithstanding any other provision of this Act, where an accused . . . pleads not guilty of the offence charged but guilty of any other offence arising out of the same transaction, whether or not it is an included offence, the Court may, with the consent of the prosecutor, accept such plea of guilty and, if such plea is accepted, the court shall find the accused . . . not guilty of the offence charged and find him guilty of the offence in respect of which the plea of guilty was accepted and enter those findings in the record of the court. [Emphasis added.]

The requirement of prosecutorial consent is very strict and a plea of guilty which is not accepted by the prosecution is a "nullity" (*R. v. Pentiluk* (1974), 28 C.R.N.S. 324 (Ont. C.A.), at p. 328, reasons of the Court delivered by Martin J.A.):

> Where the accused pleads not guilty to the offence charged but guilty to the included offence, and the plea of guilty to the included offence is not accepted, the only plea that has been made is one of not guilty. The plea of guilty to the included offence is not in accordance with the provisions of s. 534(6) [s. 534(4) in R.S.C. 1970, c. C-34] and is a nullity.

To allow pleas of guilty to lesser offences to be recorded without the consent of the Crown would be to negate the very premises of the administration of criminal justice. There can be no deterrence

C.C.C. (3d) 289 (C.A. Ont.), à la p. 293, pourvoi rejeté, [1989] 1 R.C.S. 1296). Tenant pour avérée la validité des dispositions pertinentes du *Code*, le ministère public s'est opposé au nouveau choix par l'appelant parce que ce nouveau choix aurait été contraire aux art. 429 et 430 du *Code criminel*. Une telle conduite n'implique pas à mon avis que le ministère public a poussé trop loin son rôle contradictoire. Le ministère public était en droit de présumer, aux fins de la poursuite, que les dispositions applicables du *Code criminel* étaient constitutionnelles.

D'autre part, le par. 534(4) du *Code criminel* accorde expressément au ministère public la possibilité de refuser un plaidoyer de culpabilité relativement à une infraction autre que celle reprochée dans l'accusation:

> **534.** . . .
>
> (4) Nonobstant toute autre disposition de la présente loi, la cour peut, avec le consentement du poursuivant, accepter le plaidoyer de culpabilité de l'accusé [. . .] qui, tout en niant sa culpabilité à l'égard de l'infraction dont il est inculpé, s'avoue coupable d'une autre infraction reliée à la même affaire, qu'il s'agisse ou non d'une infraction incluse et, si ce plaidoyer est accepté, la cour doit déclarer l'accusé [. . .] non coupable de l'infraction dont il est inculpé, déclarer l'accusé [. . .] coupable de l'infraction à l'égard de laquelle son plaidoyer de culpabilité a été accepté et consigner ces déclarations au dossier de la cour. [Je souligne.]

Le consentement de la poursuite est une exigence très stricte et un plaidoyer de culpabilité que la poursuite refuse est frappé de «nullité» (*R. v. Pentiluk* (1974), 28 C.R.N.S. 324 (C.A. Ont.), à la p. 328, motifs rédigés par le juge Martin au nom de la cour):

> [TRADUCTION] Lorsque l'accusé plaide non coupable de l'infraction dont il est inculpé, mais coupable de l'infraction incluse, et que le plaidoyer de culpabilité relativement à l'infraction incluse n'est pas accepté, le seul plaidoyer qui existe est celui de non-culpabilité. Le plaidoyer de culpabilité relatif à l'infraction incluse, n'étant pas conforme au par. 534(6) [le par. 534(4) des S.R.C. 1970, chap. C-34], est frappé de nullité.

Permettre que des plaidoyers de culpabilité relativement à des infractions moindres soient inscrits sans le consentement du ministère public serait la négation même des principes qui sous-tendent l'ad-

of crime nor any reinforcement of fundamental social values if a person charged with committing a particular offence is convicted and sentenced with respect to another offence of that person's choice. That is why the requirement of consent under s. 534(4) of the *Criminal Code* is so strict. Nevertheless, that provision furnishes some tools for tailoring the generally cumbersome system of criminal justice to the particular needs of individual cases. It makes room for a rational exercise by the Crown of its discretionary power, having regard to the interests of society and of the accused in each particular case.

These are some of the considerations which explain why the Crown has a discretion to accept pleas of guilty to lesser offences. I do not believe that this discretion shields the Crown from the application of the doctrine of abuse of process. There may be some cases in which the Crown is found to exercise this discretion unreasonably or oppressively. The Court of Appeal implicitly contemplated such cases when it wrote that "[t]he proper exercise of a Crown discretion cannot amount to an abuse of process" (p. 394). In view of the rationale underlying this discretion, however, one would expect such cases to be exceptional. The present appeal is not one of those exceptional cases. The position of the Crown with respect to the plea has been consistent throughout the proceedings. There has been no abrupt change of position or *volte-face*, nor did the Crown unfairly renege on expectations it had generated in the appellant.

For these reasons, to hold a third trial in the circumstances would not in my view "violate those fundamental principles of justice which underlie the community's sense of fair play and decency" nor would it constitute an "abuse of a court's process through oppressive and vexatious proceedings". The present case is not one of the "clearest

ministration de la justice criminelle. Il ne peut y avoir ni dissuasion du crime ni renforcement des valeurs sociales fondamentales si une personne accusée d'avoir commis une certaine infraction est déclarée coupable d'une infraction différente, qu'elle a choisie, et condamnée pour cette infraction. D'où le caractère très strict de l'exigence du consentement que pose le par. 534(4) du *Code criminel*. Cette disposition fournit néanmoins certains moyens d'adapter le système de justice criminelle, si lourd en général, aux besoins particuliers de cas individuels. Elle permet au ministère public d'exercer son pouvoir discrétionnaire de façon rationnelle, en tenant compte des intérêts de la société et de l'accusé dans chaque cas particulier.

Ces quelques facteurs expliquent pourquoi le ministère public a le pouvoir discrétionnaire d'accepter des plaidoyers de culpabilité relativement à des infractions moindres. Je ne crois pas que ce pouvoir discrétionnaire ait pour effet de soustraire le ministère public à l'application de la théorie de l'abus de procédures. Il peut y avoir des cas où l'on juge que le ministère public a exercé son pouvoir discrétionnaire d'une manière déraisonnable ou oppressive. C'est précisément ce genre de cas qu'envisage implicitement la Cour d'appel quand elle dit: [TRADUCTION] «[l]'exercice légitime du pouvoir discrétionnaire du ministère public ne saurait équivaloir à un abus de procédure» (p. 394). Toutefois, étant donné la philosophie qui sous-tend ce pouvoir discrétionnaire, ces cas devraient être exceptionnels. Or la présente instance n'est pas un de ces cas exceptionnels. Tout au cours des procédures, le ministère public a maintenu la même position vis-à-vis du plaidoyer. Il n'y a eu de sa part ni volte-face ni brusque changement d'attitude. Le ministère public n'a pas non plus déçu des attentes qu'il aurait créées chez l'appelant.

Pour ces raisons, j'estime que, dans les circonstances, la tenue d'un troisième procès ne violerait pas «les principes de justice fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société» ni ne constituerait un «abus des procédures de la cour par une procédure oppressive ou vexatoire». La présente affaire n'est pas un des

of cases" to which the Chief Justice referred in *Jewitt*, *supra*.

Right to Be Tried Within a Reasonable Time

I now turn to the question whether the appellant's right to be tried within a reasonable time under s. 11(*b*) of the *Charter* was infringed. At the outset, counsel for the Crown conceded that "the period of approximately five years between the Appellant's arrest and the commencement of his third trial was *prima facie* excessive and, as such, it warranted examination by the learned trial judge". This admission assumes that the protection afforded by s. 11(*b*) extends until the final adjudication of the charge. The Crown made no submissions to this Court on the question of whether this protection stops after the person charged has been tried once within a reasonable time. In *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588, there were some comments suggesting that the application of s. 11(*b*) to further proceedings such as appeals and retrials flows from the purpose of the guaranteed right. This is consistent with the views of the Supreme Court of the United States that the speedy trial guarantee extends to delays "occasioned by an unduly long appellate process" (*United States v. Loud Hawk*, 474 U.S. 302 (1986), at p. 312). Lamer J. (the Chief Justice concurring) stated that the computation "must continue until the end of the saga, all of which must be within a reasonable time" (*Rahey*, *supra*, at p. 611). La Forest J. (McIntyre J. concurring) remarked that the word "tried" used in s. 11(*b*) "means "tried" in the sense of "adjudicated" and thus clearly encompasses the conduct of a judge in rendering a decision" (p. 632). The parties argued this appeal on a footing consistent with the above views expressed in *Rahey*. Assuming without deciding that these views support the position adopted by the parties in this appeal, I am disposed to proceed on this basis.

«cas les plus manifestes» dont parle le Juge en chef dans l'arrêt *Jewitt*, précité.

Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable

J'aborde maintenant la question de savoir s'il y a eu atteinte au droit de l'appelant, garanti par l'al. 11*b*) de la *Charte*, d'être jugé dans un délai raisonnable. Dès le départ, l'avocat de la poursuite a concédé que [TRADUCTION] «la période d'environ cinq ans entre l'arrestation de l'appelant et le début du troisième procès était à première vue excessive et, à ce titre, justifiait que le juge du procès en fasse l'examen». Cette concession suppose que la protection de l'al. 11*b*) subsiste jusqu'à ce qu'une décision définitive soit rendue relativement à l'infraction. Le ministère public n'a pas abordé devant nous la question de savoir si cette protection cesse dès que l'inculpé a subi son procès une fois dans un délai raisonnable. Il ressort de certaines observations faites dans l'arrêt *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588, que l'application de l'al. 11*b*) à des procédures ultérieures, telles que des appels et de nouveaux procès, découle de l'objet visé par le droit garanti. Ces observations concordent avec l'opinion de la Cour suprême des États-Unis que la garantie d'un procès expéditif s'étend aux retards [TRADUCTION] «occasionnés par un processus d'appel excessivement long» (*United States v. Loud Hawk*, 474 U.S. 302 (1986), à la p. 312). Le juge Lamer (avec l'appui du Juge en chef) a déclaré que le calcul du délai «se poursuit [...] jusqu'à la toute fin de l'histoire, et le tout doit se dérouler dans un délai raisonnable» (*Rahey*, précité, à la p. 611). Le juge La Forest (avec l'appui du juge McIntyre) a souligné que le mot «jugé» employé à l'al. 11*b*) «signifie [...] en anglais «*tried*» dans le sens de «*adjudicated*» et vise donc clairement la conduite adoptée par le juge en rendant sa décision» (p. 632). Les parties ont plaidé l'appel en s'appuyant sur les points de vue exprimés dans *Rahey*. Présumant, sans toutefois en décider, que ces points de vue appuient la position adoptée par les parties au présent pourvoi, je suis disposée à procéder sur cette base.

Section 11(b) of the Charter

Section 11(*b*) of the *Charter* states:

11. Any person charged with an offence has the right	**11.** Tout inculpé a le droit:
. . .	. . .
(*b*) to be tried within a reasonable time;	*b*) d'être jugé dans un délai raisonnable;

In the opinion of the Supreme Court of the United States, the speedy trial guarantee in the American Bill of Rights "is designed to minimize the possibility of lengthy incarceration prior to trial, to reduce the lesser, but nevertheless substantial, impairment of liberty imposed on an accused while released on bail, and to shorten the disruption of life caused by arrest and the presence of unresolved criminal charges" (*United States v. MacDonald*, 456 U.S. 1 (1982), at p. 8, adopted in *Loud Hawk*, *supra*, at p. 311). These words very aptly describe the main purpose for the right to be tried within a reasonable time under s. 11(*b*) of the *Charter*, namely, to minimize the adverse effect on the person charged resulting from the pending disposition of an unresolved criminal charge. The focus of the protection is "the impairment or prejudice arising from the delay in processing or disposing of the charges against an accused and not the impairment or prejudice arising from the fact that he has been charged" (*Rahey*, *supra*, at p. 624, *per* Wilson J.) The right recognizes that, with the passage of time, subjection to a criminal trial gives rise to restrictions on liberty, inconveniences and pressures detrimental to the mental and physical health of the individual.

The protection afforded by s. 11(*b*) of the *Charter* is not expressed in absolute terms. That provision implicitly allows for a reasonable exposure to the very dangers which are ultimately sought to be minimized. Some measure of impairment of the protected interests may validly result from the prosecution of persons charged. This in effect accommodates the important community interest of preventing crime through the conviction of persons guilty of a criminal offence. For the Supreme Court of the United States, the right to a speedy trial "is necessarily relative. It is consistent with delays and depends upon circumstances. It secures rights to a defendant. It does not preclude

L'alinéa 11b) de la Charte

L'alinéa 11*b*) de la *Charte* énonce:

11. Any person charged with an offence has the right	**11.** Tout inculpé a le droit:
. . .	. . .
(*b*) to be tried within a reasonable time;	*b*) d'être jugé dans un délai raisonnable;

Selon la Cour suprême des États-Unis, la garantie d'un procès expéditif énoncée dans le Bill of Rights américain [TRADUCTION] «vise à réduire au minimum les possibilités d'une longue incarcération avant le procès, à réduire l'atteinte, moindre mais néanmoins importante, à la liberté de l'inculpé libéré sous caution et à diminuer la durée du bouleversement causé dans la vie de l'inculpé par son arrestation et par des accusations criminelles sur lesquelles on n'a pas encore statué» (*United States v. MacDonald*, 456 U.S. 1 (1982), à la p. 8, conclusion adoptée dans la décision *Loud Hawk*, précité, à la p. 311). Cela décrit très exactement l'objet principal du droit, garanti par l'al. 11*b*) de la *Charte*, d'être jugé dans un délai raisonnable, qui est de réduire autant que possible les effets préjudiciables pour l'inculpé d'une accusation criminelle non encore décidée. Il s'agit surtout d'une protection contre «l'atteinte ou le préjudice qui découle du temps pris pour traiter ou régler les accusations portées contre un accusé et non l'atteinte ou le préjudice qui découle du fait qu'il a été inculpé» (*Rahey*, précité, à la p. 624, le juge Wilson). Ce droit reconnaît qu'avec le passage du temps le fait d'être poursuivi au criminel entraîne des restrictions à la liberté et engendre des inconvénients et des contraintes qui nuisent à la santé mentale et physique de l'individu.

La protection offerte par l'al. 11*b*) de la *Charte* n'est pas exprimée en termes absolus. Cette disposition admet implicitement que l'on peut être exposé, à un degré raisonnable, aux dangers mêmes qu'elle vise en définitive à minimiser. Il peut légitimement, dans une certaine mesure, être porté atteinte à ces droits protégés, dans les poursuites criminelles. Cela vise sans doute à à servir l'intérêt important de la collectivité à réprimer le crime par la condamnation des auteurs de crimes. Pour la Cour suprême des États-Unis, le droit d'être jugé promptement [TRADUCTION] «est nécessairement relatif. Il admet des retards et sa nature dépend des circonstances. Il confère des

the rights of public justice" (*Beavers v. Haubert*, 198 U.S. 77 (1905), at p. 87).

Accordingly, the cut-off point after which a delay becomes unreasonable must be determined by balancing a number of factors. A balancing approach was favoured by this Court in *Rahey*, although not all concurring members of the Court necessarily agreed on how the balancing was to be effected nor on what were the specific factors to be considered. I doubt there can ever be an exhaustive and unanimous list of factors, but among the most relevant ones considered by the courts generally, and in particular, by this Court in *Rahey*, are: prejudice suffered by the accused, waiver of time periods, inherent time requirements and limitations on institutional resources. Certainly the prejudice suffered by the accused is an important consideration. While some degree of impairment may necessarily result from the mere passage of time, in my view, greater weight in the overall assessment of reasonableness should attach to impairment resulting from delays not attributable to the person charged.

Waiver involves a consideration of whether any delays were requested, caused or consented to by the person charged. Such delays as a rule do not weigh meaningfully in favour of the unreasonableness of the overall time period and "should normally be excluded from consideration when assessing reasonableness" (*Rahey*, *supra*, at p. 612, *per* Lamer J.) In effect, when delays are caused, requested or consented to by an accused, it may generally be assumed that the accused benefits from the resulting protraction of the proceedings, although the ultimate decision will of course have to be made having regard to all the circumstances in each particular case. This is not to say that an accused will necessarily be at fault for contributing to the protraction of the proceedings. An accused has the right to make a full answer and defense and, to this end, to choose the manner in which to exercise this right in accordance with the law. Neither for that matter will blame be imputed to the Crown or the judicial system when a claim under s. 11(*b*) succeeds. The Crown is free to use

droits au défendeur, mais il n'exclut pas l'intérêt public de la justice» (*Beavers v. Haubert*, 198 U.S. 77 (1905), à la p. 87).

Par conséquent, plusieurs facteurs doivent être soupesés afin de déterminer le point précis auquel un délai devient déraisonnable. C'est la démarche adoptée par notre Cour dans *Rahey* quoique tous les juges, d'accord sur le résultat, n'aient pas nécessairement été d'accord sur la manière de le faire ni sur les facteurs précis à prendre en considération. Je doute qu'il soit jamais possible d'en dresser une liste exhaustive qui ferait l'unanimité, mais parmi les facteurs les plus pertinents retenus par les tribunaux en général, et particulièrement par notre Cour dans *Rahey*, se trouvent: le préjudice subi par l'accusé, la renonciation à invoquer certaines périodes, les délais inhérents et les limites des ressources institutionnelles. Certes le préjudice subi par l'accusé est une considération importante. Même si une certaine atteinte aux droits résulte nécessairement du passage du temps, j'estime que, pour en évaluer globalement le caractère raisonnable, il faut attacher une plus grande importance aux atteintes résultant de délais non imputables à l'inculpé.

La question de la renonciation exige qu'on détermine si l'inculpé a requis ou causé des délais, ou y a consenti. De tels délais, règle générale, n'auront pas beaucoup de poids dans l'examen du délai déraisonnable et «doi[ven]t normalement être exclu[s] de l'évaluation du caractère raisonnable» (*Rahey*, précité, à la p. 612, le juge Lamer). En fait, quand les délais sont causés, demandés ou acceptés par l'accusé, on peut supposer que ce ralentissement des procédures bénéficie en général à l'accusé, bien que la décision finale doive bien sûr tenir compte de toutes les circonstances de chaque cas particulier. Cela ne veut pas dire qu'un accusé doive nécessairement être blâmé parce qu'il a contribué au ralentissement des procédures. L'accusé a droit à une défense pleine et entière et, à cette fin, il a le choix de la façon dont il entend exercer ce droit conformément aux règles de droit. On ne blâmera pas non plus le ministère public ou le système judiciaire dans les cas où l'al. 11*b*) est invoqué avec succès. Le ministère public est libre d'exercer comme il l'entend son pouvoir discrétion-

its prosecutorial discretion as it seems fit, provided that it does not conduct the prosecution in an abusive manner. We are not here concerned with fault but with the reasonableness of the overall delays in bringing an accused to justice.

Also relevant in the balancing test is a consideration of the "time requirements inherent in the nature of the case" and of any "limitations to institutional resources" (*Rahey*, *supra*, at p. 608, *per* Lamer J.) The first of these factors is concerned with an estimation of the total time which would be required to process the charge, given, among others, the complexity and the nature of the case. In assessing the reasonableness under s. 11(*b*) of the *Charter*, "one must overlook the lapse of time inherent in the case, together with any resulting inconvenience to the accused" (*Rahey*, *supra*, at p. 634, *per* La Forest J.) The second element makes some allowance for delays which may have been caused by any limitations on the resources of the judicial system.

In deciding a claim made under s. 11(*b*) of the *Charter*, the correct approach is in my view to evaluate the reasonableness of the overall lapse of time. A piecemeal analysis is generally not appropriate. In a case where each individual period, taken in isolation from the others, may constitute a reasonable delay, the total period may nevertheless be unreasonable for the purpose of s. 11(*b*). The case of *Rahey* illustrates the point. While each adjournment initiated by the judge was for a short period, the accumulation of all nineteen adjournments over the span of eleven months was held to infringe s. 11(*b*). However, nothing prevents a court from focussing on specific time periods which may be significant in the overall assessment, as going to the weight to give to specific delays, as opposed to their reasonableness.

In balancing the relevant factors, I cannot subscribe to the two-step onus requirement suggested by my colleague Sopinka J. As I understand his views, once the person charged has satisfied the court that the total time is "*prima facie* unreasonable", the onus then shifts to the Crown to justify the delay. However, as with other *Charter* guaran-

naire en matière de poursuite en autant qu'il ne le fasse pas de manière abusive. Il ne s'agit pas ici de jeter un blâme mais de déterminer la raisonnabilité des délais pris globalement à traduire un accusé en justice.

Sont également pertinents les «délais inhérents à la nature de l'affaire» et les «limitations des ressources institutionnelles» (*Rahey*, précité, à la p. 608, le juge Lamer). Le premier de ces facteurs concerne une estimation du temps global requis pour procéder sur l'accusation, compte tenu, notamment, de la complexité de l'affaire et sa nature. Dans l'appréciation du caractère raisonnable aux fins de l'al. 11*b*) de la *Charte*, «il faut [. . .] faire abstraction du délai inhérent à l'affaire, ainsi que de tout inconvénient qui en découle pour l'accusé» (*Rahey*, précité, à la p. 634, le juge La Forest). Le second élément tient compte des délais inhérents aux limites des ressources du système judiciaire.

Pour trancher un litige fondé sur l'al. 11*b*) de la *Charte*, la méthode appropriée consiste à mon avis à évaluer le caractère raisonnable des délais évalués globalement. Une analyse à la pièce ne convient généralement pas. Dans un cas où chaque période prise isolément peut constituer un délai raisonnable, il est néanmoins possible que la durée globale soit déraisonnable aux fins de l'al. 11*b*). L'affaire *Rahey* illustre bien ce point. Chaque ajournement décidé par le juge était de courte durée, mais la somme de dix-neuf ajournements sur une période de onze mois a été considérée comme une violation de l'al. 11*b*). Cependant, rien n'empêche un tribunal de centrer son attention sur certaines périodes précises qui peuvent être importantes dans l'évaluation globale des délais, pour déterminer le poids à donner à cette fin à des retards spécifiques, par opposition à leur caractère raisonnable.

Dans l'évaluation de ces facteurs, je ne puis souscrire au fardeau de preuve en deux temps que propose mon collègue le juge Sopinka. Selon son point de vue, si je le comprends bien, dès lors que l'inculpé démontre que le temps global écoulé est «déraisonnable à première vue», le fardeau de preuve de justifier ce délai retombe sur le minis-

tees, the individual claiming an infringement of his or her rights must persuade the court that the circumstances fall within the scope of protection of the specific *Charter* provision. Under s. 11(*b*) of the *Charter*, the scope of protection is demarcated by the reasonableness of the total lapse of time. It may be that a *de facto* shift of the burden of proof occurs in the minds of individual judges in the overall assessment of reasonableness. In this connection, Lamer J. remarked in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, at pp. 942-43:

> I hasten to add that a finding that the delay involved is *prima facie* excessive is *not* a condition precedent to the inquiry into the reasonableness of the delay, i.e., to the weighing and balancing of the four criteria elaborated above. It is simply an approximate point at which the courts may properly look to the Crown to justify additional delay. Such a period, of course, is, I should repeat, no more than a reference point. It may well be that a balancing of the four criteria of reasonableness will lead to a finding of a violation for lesser periods of delay. Conversely, greater periods of delay may well be held to be reasonable depending upon, once again, an assessment and a weighing of the criteria. What does happen, and that is a reality that must be acknowledged, is that there comes a time when the judge turns from the applicant to the Crown to be told what is exceptional in the case. [Emphasis added.]

Unlike Sopinka J., I see no reason of principle or policy to enshrine in a rule such a *de facto* shift or "reference point", especially at a threshold admittedly as ambiguous as "*prima facie* unreasonability". Some elements relevant to the assessment can best be established by the person charged. For instance, if prejudice is an issue, then the person charged is best suited to establish that element. As remarked earlier, prejudice resulting from delay requested, caused or consented to by the person charged may be weighed differently from prejudice resulting from delay originating elsewhere. Accordingly, the courts might expect the person charged to give a *prima facie* account of the causes for the delays. As well, one would expect the person charged, and not the Crown, to properly inform the court as to what could have been the

tère public. Toutefois, comme c'est le cas pour d'autres droits énoncés dans la *Charte*, quiconque prétend avoir été victime d'une violation de ses droits a le fardeau de persuader la cour que les circonstances relèvent du champ de protection envisagé par la disposition pertinente de la *Charte*. Suivant l'al. 11*b*) de la *Charte*, ce champ de protection est défini par le caractère raisonnable du délai global. Il se peut que, dans l'esprit des juges qui procèdent à l'appréciation générale du caractère raisonnable, il y ait en fait un déplacement de la charge de la preuve. À ce propos, le juge Lamer dit, dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, aux pp. 942 et 943:

> Je m'empresse d'ajouter qu'il *n'*est *pas* nécessaire de conclure que le délai en cause est à première vue excessif pour en examiner le caractère raisonnable, c.-à-d., pour entreprendre l'équilibration des quatre critères développés ci-dessus. C'est simplement un point approximatif à partir duquel les tribunaux peuvent à bon droit demander à la poursuite de justifier un délai additionnel. Une telle période n'est bien sûr, je le répète, rien de plus qu'un point de référence. Il se peut qu'une équilibration des quatre critères du caractère raisonnable amène à conclure qu'il y a eu violation pour des délais inférieurs. À l'inverse, des délais plus longs pourront bien être jugés raisonnables selon, une fois encore, une évaluation et une appréciation des critères. Ce qui se produit effectivement, et c'est une réalité qu'il faut bien reconnaître, est qu'à un moment donné le juge va s'adresser non au requérant mais à la poursuite pour se faire expliquer ce que l'affaire a d'exceptionnel. [Je souligne.]

À la différence du juge Sopinka, je ne vois aucune raison de principe ou de politique (*public policy*) qui justifierait d'ériger en règle un tel déplacement effectif de la charge de la preuve ou un tel «point de référence», surtout au stade de l'examen d'un critère aussi ambigu que le «caractère déraisonnable à première vue». Certains éléments pertinents à l'évaluation peuvent être plus facilement mis en preuve par l'inculpé. Par exemple, si le préjudice est en débat, c'est l'inculpé qui est le mieux placé pour prouver cet élément. Comme je l'ai déjà fait remarquer, le préjudice résultant d'un délai demandé, causé ou accepté par l'inculpé peut être apprécié différemment de celui découlant d'un délai ayant une origine autre. Par conséquent, les tribunaux seraient en droit de s'attendre que l'inculpé donne une explication *prima*

shortest possible delays in view of the available institutional resources and as to what should be the best frame of reference with which to compare the delays incurred in that person's case. Given the importance of the facts in individual cases where an unreasonable interval of time is alleged, I am of the view that a more flexible or functional approach is appropriate.

In light of this general framework, I now propose to consider the facts with a view to assessing the reasonableness of the overall lapse of time in the present case. Since my assessment of the facts as they relate to a breach of s. 11(*b*) of the *Charter* differs substantially from that of my colleague Sopinka J., it is necessary for me to consider them in some detail. I hasten to point out that while a consideration of the facts may be necessary in the course of a determination whether the right to be tried within a reasonable time was breached, that question is one of law in the present case. In this connection, I would adopt the following remarks of the Court of Appeal (at p. 393):

> In the case before us, there are no findings as to credibility and there are no facts in dispute. Upon the same facts which were before the trial judge, we cannot agree with his conclusion of law.

Assessment of Reasonableness

By way of preliminary remark, I find that the Crown's actions show an overall and sustained concern to proceed as quickly as possible. In his oral pleading before this Court, counsel for the appellant himself emphasized the Crown's insistence on close trial dates. The Crown never asked for an adjournment nor brought any interlocutory proceedings. It repeatedly objected to adjournments requested by the appellant. On the other hand, an examination of the proceedings suggests that the appellant adopted a course of conduct not always consistent with an assertion of his right to be tried quickly. On several occasions in these proceedings the appellant was not represented by counsel when he appeared on dates set for trial.

facie des causes du délai. De même, on s'attendrait que ce soit l'inculpé, et non pas le ministère public, qui informe le tribunal des délais les plus courts possible, compte tenu des ressources institutionnelles dont on disposait, ainsi que des meilleurs points de comparaison pour évaluer les délais qui se sont produits dans son cas. Étant donné l'importance des faits dans chaque cas où l'on invoque le caractère excessif des délais, j'estime qu'il y a lieu d'adopter une approche plus souple ou plus fonctionnelle.

C'est à la lumière de ces énoncés de portée générale que j'entends maintenant examiner les faits pour déterminer si, pris globalement, les délais sont raisonnables en l'espèce. Comme mon appréciation des faits en ce qui concerne la violation de l'al. 11*b*) de la *Charte* diffère sensiblement de celle de mon collègue le juge Sopinka, il m'apparaît nécessaire d'en faire un examen quelque peu détaillé. Je m'empresse de souligner que, bien qu'un examen des faits puisse être nécessaire pour déterminer s'il y a eu atteinte au droit d'être jugé dans un délai raisonnable, cette question en est une de droit en l'espèce. Je fais miennes à ce propos les remarques suivantes de la Cour d'appel (à la p. 393):

> [TRADUCTION] Il n'y a eu en l'espèce aucune conclusion concernant la crédibilité et les faits sont incontestés. Nous fondant sur les mêmes faits que ceux dont disposait le juge du procès, nous ne pouvons souscrire à sa conclusion de droit.

L'appréciation du caractère raisonnable

Comme remarque préliminaire, j'estime que les actes du ministère public démontrent un intérêt certain et soutenu à procéder le plus rapidement possible. Dans sa plaidoirie orale devant nous, le procureur de l'appelant a lui-même souligné l'insistance du ministère public pour obtenir des dates rapprochées pour les procès. Le ministère public n'a jamais demandé d'ajournement ni formé de procédures interlocutoires. Il s'est opposé de façon répétée aux ajournements demandés par l'appelant. En revanche, il ressort d'un examen des procédures que l'appelant a agi d'une manière qui n'était pas toujours compatible avec le droit qu'il revendiquait d'être jugé promptement. À plusieurs occasions, l'appelant n'était pas représenté par

This caused a number of adjournments to be granted, as the courts may have been reluctant to proceed on a charge of murder while the appellant did not have the benefit of counsel. The reasons for these adjournments play an important, albeit not necessarily conclusive, role in solving the question at hand.

The first such incident occurred in November 1985. The appellant's second trial was set in June 1985 to proceed before Osborne J. on January 7, 1986. But in November 1985, Mr. Shore, who was counsel at the first trial and still counsel of record, brought an application to be removed from the record. The application, after being refused once, was allowed on the ground that it had been made clear to the court by the appellant that he did not wish to be represented by Mr. Shore anymore. On the January date scheduled for the second trial, the appellant explained why he appeared without the benefit of counsel:

> Brian Greenspan is willing to be retained. It is just a matter of when he can be available and when the court will be available. As I said back in December—actually it was in November. It was in Assignment Court on November 15th, I believe it was, and at that time the Crown was aware that I was attempting to have Mr. Shore taken off the record and Mr. Greenspan put on the record because at that time he had agreed to take the case. [Emphasis added.]

The appellant preferred to be represented by Mr. Greenspan. In granting the appellant's request for an adjournment, Osborne J., who had previously allowed Mr. Shore's application to be removed from the record, said:

> Mr. Conway appeared at an Assignment Court in June of 1985. At that time this date for trial was set. Some time between June and November 1985 Mr. Conway or his father decided it would be appropriate Mr. Greenspan be retained. Mr. Greenspan has appeared for Mr. Conway before the Court of Appeal. Further to that, Mr. Conway's trial counsel, Mr. Shore, asked to be removed from the record. I exceeded [*sic*] to that request upon receiving confirmation that Mr. Conway did not wish to be represented by Mr. Shore. As I indicated at that time, there is a difference between

avocat lorsqu'il a comparu aux dates fixées pour son procès et, pour cette raison, plusieurs ajournements ont été accordés, car les tribunaux ont peut-être hésité à instruire une accusation de meurtre alors que l'appelant n'était pas représenté par avocat. Les motifs de ces ajournements jouent un rôle important, quoique non nécessairement déterminant, dans la solution de la question dont nous sommes saisis.

Le premier incident de ce genre a eu lieu en novembre 1985. En juin 1985, le deuxième procès de l'appelant avait été fixé au 7 janvier 1986 et devait se dérouler devant le juge Osborne. En novembre 1985, cependant, Me Shore, qui avait été l'avocat de l'appelant à son premier procès et qui était encore inscrit au dossier, a demandé de se retirer du dossier. La demande, rejetée une première fois, fut accordée par la suite parce que l'appelant avait indiqué clairement à la cour qu'il ne voulait plus être représenté par Me Shore. Au jour prévu pour le second procès, en janvier, l'appelant a expliqué pourquoi il comparaissait sans avocat:

> [TRADUCTION] Brian Greenspan est prêt à fournir ses services. Il reste à déterminer quand il pourra être disponible et quand l'audience pourra avoir lieu. Comme je l'ai dit en décembre [. . .] en fait, c'était en novembre. C'était à l'audience de fixation du rôle, le 15 novembre je crois. À ce moment-là, le ministère public savait que j'essayais de faire retirer Me Shore du dossier et de le faire remplacer par Me Greenspan parce qu'il avait alors accepté de prendre la cause en charge. [Je souligne.]

L'appelant préférait être représenté par Me Greenspan. En faisant droit à la demande d'ajournement présentée par l'appelant, le juge Osborne, qui avait précédemment autorisé que Me Shore se retire du dossier, a dit:

> [TRADUCTION] Monsieur Conway a comparu à l'audience de fixation du rôle en juin 1985. La date d'aujourd'hui a alors été fixée pour le procès. Entre juin et novembre 1985, M. Conway, ou son père, a décidé qu'il y avait lieu de retenir les services de Me Greenspan. Celui-ci a déjà comparu pour M. Conway devant la Cour d'appel. À la suite de cela, Me Shore, l'avocat qui représentait M. Conway au procès, a demandé de se retirer du dossier. J'ai accédé à cette demande dès qu'il m'a été confirmé que M. Conway ne voulait pas être représenté par Me Shore. Comme je l'ai dit à ce

permitting a solicitor to be removed from the record and forcing an accused to be represented by counsel not of his choosing. [Emphasis added.]

Consequently, it was the appellant's late-in-the-day choice of counsel which caused the removal of Mr. Shore from the record one month prior to the second trial and which brought about the adjournment to April 21, 1986.

There is a second period of time, from May 1986 to November 1986, during which the appellant was not successful in retaining a particular counsel. After the second trial, on May 1, Mr. Greenspan indicated to the appellant that he could not represent him anymore in proceedings held in Ottawa. As an appearance was scheduled in Assignment Court at the end of the month to set the date of the third trial, there was an immediate need for counsel. Nevertheless, the appellant took the position that efforts should be made to move the proceedings to Toronto, where Mr. Greenspan perhaps could be retained, before finding and retaining counsel able to represent him in Ottawa. This explains why Mr. Greenspan was instructed to bring an application for a change of venue. If the application was successful, he could be retained by the appellant. Otherwise, the appellant would then look for and retain another counsel. The trial judge found as a fact that the decision to make the application was taken "[i]n the three-week interval that intervened between May 26 and June 16, 1986". The application was heard and dismissed on August 8, and, as a result, the appellant was still not represented at the end of the summer. In the June appearance in Assignment Court, where the date of September 22, 1986 was set for the trial, Mr. Shore, who spoke for (but did not represent) the appellant, explained:

If the trial is going to take place in Ottawa, the counsel will no doubt be different than if the trial is going to take place in Toronto or in Kingston or in Sudbury. So, let's find out where the trial is going to take place. Mr. Greenspan is prepared to bring the application [for change of venue] in July. Once the

moment-là, il y a une différence entre permettre qu'un avocat se retire du dossier et forcer un accusé à être représenté par un avocat qu'il n'a pas choisi lui-même. [Je souligne.]

C'est donc le choix tardif d'un avocat par l'appelant qui a entraîné le retrait de Me Shore du dossier un mois avant le deuxième procès et qui a provoqué l'ajournement au 21 avril 1986.

Il y a une deuxième période, celle de mai à novembre 1986, au cours de laquelle l'appelant n'a pas réussi à retenir les services d'un avocat en particulier. Le 1er mai, à la suite du deuxième procès, Me Greenspan a fait savoir à l'appelant qu'il ne pouvait plus le représenter dans le cadre de procédures tenues à Ottawa. Comme il devait comparaître à la fin du mois à l'audience de fixation du rôle pour que soit fixée la date du troisième procès, l'appelant avait besoin d'un avocat immédiatement. Sa position fut cependant qu'avant de trouver et d'engager un avocat pouvant le représenter à Ottawa, il fallait d'abord essayer d'obtenir un changement du lieu des procédures en faveur de Toronto, où il pourrait peut-être retenir les services de Me Greenspan. C'est la raison pour laquelle Me Greenspan a été chargé de présenter une demande de changement du lieu du procès. Si cette demande était accueillie, l'appelant pourrait retenir ses services, sinon l'appelant tenterait alors de retenir les services d'un autre avocat. Selon la conclusion de fait du juge du procès, la décision de faire la demande a été prise [TRADUCTION] «[a]u cours des trois semaines qui se sont écoulées entre le 26 mai et le 16 juin 1986». La demande a été entendue et rejetée le 8 août, si bien qu'à la fin de l'été l'appelant n'avait toujours pas d'avocat. À l'audience de fixation du rôle tenue au mois de juin, au cours de laquelle la date du procès a été fixée au 22 septembre 1986, Me Shore, qui parlait au nom de l'appelant (mais qui ne le représentait pas), a dit:

[TRADUCTION] Si le procès a lieu à Ottawa, l'avocat ne sera sans doute pas le même que si le procès se tient à Toronto, à Kingston ou à Sudbury. Décidons donc du lieu du procès. Me Greenspan est prêt à présenter une demande [de changement du lieu du procès] en juillet.

locale is decided the appropriate counsel can be chosen by Mr. Conway. [Emphasis added.]

In the context of an application for a stay under s. 11(*b*) of the *Charter*, this "wait-and-see" position adopted by the appellant is anything but an assertion of his right to be tried quickly. It is more akin to the assertion of an unyielding desire to be represented by a particular counsel. At this juncture, I wish to add that the delays incurred by the appellant in securing legal aid might have been significant in the overall assessment had the record disclosed that such financial assistance had been initially sought prior to the scheduled appearance in Assignment Court on May 26. Difficulties in obtaining legal aid did not prevent the appellant from instructing Mr. Greenspan to file a motion for change of venue.

While an accused, in his dealings with the judicial process, benefits from the right to counsel under s. 10(*b*) of the *Charter*, this Court remarked in *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3, that the right to retain counsel has to be exercised with reasonable diligence in light of the circumstances. Delivering the reasons of the majority of the Court, with all members of the Court concurring on this particular point, Lamer J. wrote (at p. 11): "[A]ccused or detained persons have a right to choose their counsel and it is only if the lawyer chosen cannot be available within a reasonable time that the detainee or the accused should be expected to exercise the right to counsel by calling another lawyer."

The issue under s. 11(*b*) in the present instance is not whether the appellant had the right to be represented by a counsel of his choice: he had that right (*Ross, supra*). Rather, the issue is whether, having incurred considerable delays in so doing, the appellant can successfully invoke such delays in his claim that his right to be tried within a reasonable time has been infringed. In my view, he cannot. The adjournment of nearly four months granted on January 7, 1986, was brought about by the appellant's decision to change counsel one month prior to a trial date set some seven months earlier. It must have been patently obvious to

Une fois le lieu déterminé, M. Conway pourra choisir l'avocat qui le représentera. [Je souligne.]

Dans le contexte d'une demande de suspension d'instance fondée sur l'al. 11*b*) de la *Charte*, cette temporisation de la part de l'appelant cadre bien mal avec sa revendication du droit d'être jugé promptement. Cela s'apparente davantage à l'irréductible désir d'être représenté par un avocat en particulier. Je tiens à préciser ici que le fait que l'appelant ait dû attendre pour obtenir de l'aide juridique aurait pu être un élément important à prendre en considération dans l'appréciation générale s'il ressortait du dossier qu'il avait initialement demandé cette aide financière avant la comparution à l'audience de fixation du rôle prévue pour le 26 mai. Or, ses difficultés pour obtenir de l'aide juridique n'ont pas empêché l'appelant de charger Me Greenspan de présenter une requête en changement du lieu du procès.

Bien que, dans le processus judiciaire, tout accusé bénéficie du droit à un avocat, aux termes de l'al. 10*b*) de la *Charte*, notre Cour a dit dans *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3, que le droit de retenir les services d'un avocat doit s'exercer avec une diligence raisonnable eu égard aux circonstances. Dans les motifs qu'il a rédigés au nom de la majorité, et auxquels sur ce point, tous les membres de la Cour ont souscrit, le juge Lamer dit, à la p. 11: «[L]'accusé ou le détenu a le droit de choisir son avocat et ce n'est que si l'avocat choisi ne peut être disponible dans un délai raisonnable qu'on doit s'attendre à ce que le détenu ou l'accusé exerce son droit à l'assistance d'un avocat en appelant un autre avocat.»

Le point en litige ici au regard de l'al. 11*b*) n'est pas de savoir si l'appelant avait le droit d'être représenté par l'avocat de son choix: il avait ce droit (*Ross*, précité). Il s'agit plutôt de déterminer si, compte tenu des délais considérables que cela a provoqué, l'appelant peut être admis à invoquer ces délais pour prétendre à la violation de son droit d'être jugé dans un délai raisonnable. À mon avis, il ne peut pas. L'ajournement de près de quatre mois qui a été accordé le 7 janvier 1986 résulte de sa décision de changer d'avocat, décision prise un mois avant la date du procès fixée quelque sept mois auparavant. Il devait être évident pour tous à

everyone concerned at the time that this change in position would jeopardize holding the trial as scheduled. Indeed, when the appellant appeared unrepresented on January 7, Osborne J. felt he had no choice but to grant the adjournment requested by the appellant since, in his view, to proceed on a charge of murder with an unrepresented accused might result in invalidating the proceedings. With respect to the events of May 1986, after the second trial, as an appearance in Assignment Court was scheduled at the end of the month, there was a short-term need for counsel. The appellant chose to hold-out and attempt to move the proceedings to another city in order to accommodate his desire to be represented by Mr. Greenspan, before even considering alternative choices for counsel available in the Ottawa region. Yet, there was a serious possibility that the application for a change of venue would not be granted. There was also a virtual certainty that the application would not be decided for a number of months.

The course of conduct adopted by the appellant is all the more fraught with consequence by reason of warnings given to him when he appeared unrepresented at dates set for his trial. For instance, at the conclusion of the January 1986 appearance, Osborne J. explained to the appellant the urgency of his need for legal representation:

HIS LORDSHIP: . . .

Mr. Conway, would you stand up for a minute. Let there be no misunderstanding about this. You have a problem. The problem focuses on your present circumstances which leave you unrepresented. I want to do what is reasonable, and I emphasize the word "reasonable" and give you time to secure counsel. You have until April 21st, 1986. I find it hard to believe that you will not be able to acquire competent counsel from Ottawa or from outside Ottawa by that time. You are on bail for circumstances which I know nothing about. You have complete flexibility in obtaining counsel. To put it as bluntly as I can, if you do not obtain counsel by April 21st, that is your problem. Subject to the views of the then presiding trial judge the trial will proceed at that time. We cannot let the matter drag on any further. It is as simple as that. I ask you one question. Do you understand what I have said?

ce moment-là que ce changement de tactique pouvait avoir comme conséquence l'impossibilité de tenir le procès à la date prévue. Effectivement, lorsque l'appelant a comparu sans avocat le 7 janvier, le juge Osborne a estimé qu'il n'avait d'autre choix que d'accorder l'ajournement demandé par l'appelant car, selon lui, la tenue d'un procès sur une accusation de meurtre alors que l'inculpé n'était pas représenté par avocat aurait pu entraîner la nullité du procès. Pour ce qui est des événements de mai 1986, c'est-à-dire après le deuxième procès, l'appelant avait besoin d'un avocat à brève échéance, puisqu'une comparution à l'audience de fixation du rôle était prévue pour la fin du mois. Avant même d'envisager un autre choix parmi les avocats de la région d'Ottawa, l'appelant a décidé d'attendre et de tenter d'obtenir un changement du lieu du procès dans une autre ville afin d'être représenté, comme il le souhaitait, par Me Greenspan. Pourtant il était tout à fait possible que la demande de changement du lieu soit rejetée. Il était en outre presque certain que la décision sur cette requête ne serait pas rendue avant plusieurs mois.

La conduite de l'appelant est d'autant plus lourde de conséquences qu'on lui avait fait des mises en garde lorsqu'il avait comparu sans avocat aux dates fixées pour son procès. À titre d'exemple, à la fin de l'audience tenue en janvier 1986, le juge Osborne a expliqué à l'appelant qu'il devait d'urgence retenir les services d'un avocat:

[TRADUCTION] SA SEIGNEURIE: . . .

Monsieur Conway, levez-vous une minute s'il vous plaît. Vous avez un problème, ne vous y trompez pas. Ce problème vient de ce que vous n'êtes pas représenté par un avocat. Je veux faire ce qui est raisonnable, j'insiste sur le mot «raisonnable», et vous donner le temps d'engager un avocat. Vous avez jusqu'au 21 avril 1986. Je conçois mal que vous ne puissiez pas dans ce délai trouver à Ottawa ou en dehors d'Ottawa un avocat compétent. Vous êtes en liberté sous caution par suite d'événements dont je ne connais rien. Vous avez toutes facilités d'obtenir les services d'un avocat. Je ne mâcherai pas mes mots; si vous ne retenez pas les services d'un avocat d'ici au 21 avril, c'est votre problème. Sous réserve de l'opinion du juge qui présidera, le procès ira de l'avant à cette date. Nous ne pouvons permettre que cette affaire traîne plus longtemps. C'est aussi simple que cela. Je vous pose une question: Comprenez-vous ce que je viens de dire?

THE ACCUSED: Yes.

HIS LORDSHIP: Further to that, I would start now with or without the assistance of your family and I would suggest you first determine whether Mr. Greenspan is available as of April 21st. If he is not, immediately commence looking for some other counsel. Whether Mr. Shore will see fit to help you with those endeavors is entirely up to him. [Emphasis added.]

This warning was reiterated by Watt J. at the conclusion of the September 1986 appearance, where once again the appellant had appeared unrepresented on a trial date set in the previous month of June:

HIS LORDSHIP: Well, Mr. Conway, this particular matter has dragged on long enough. You are going to have to do one of two things, either get a lawyer or go it alone. I think Mr. Morin's suggestion that if anyone were to walk into his office, he would want some time to prepare the case is one that is obviously reasonable. I don't really think that his suggestion of the length of time is unreasonable. But I am telling you right now, whether any of what my brother judges have said before has sunk in or not, that when I fix a date for this trial it is going ahead and it is going ahead whether or nor you have a lawyer. Whether or not you get a lawyer is entirely due to your own efforts. If you are not prepared to expend those efforts to get [a] lawyer to assist him as you can in the preparation of the case, you had better be content to go your third trial by yourself [*sic*]. Do you understand that? [Emphasis added.]

THE ACCUSED: Yes.

After January 7, 1986, and most assuredly since September 22, 1986, the appellant was well aware of the possible consequences of his failure to secure counsel. It had been made clear to him that an uncompromising insistence on retaining specific counsel could result in his having to undergo a trial with the assistance of no counsel at all.

On September 22, 1986, being the date set for the third trial, as the appellant was still unrepresented, Watt J. granted the adjournment requested by the appellant and rescheduled the trial to commence on November 10. Further adjournments

L'ACCUSÉ: Oui.

SA SEIGNEURIE: Dans le même ordre d'idées, je vous engage à commencer dès maintenant à chercher, avec ou sans l'aide de votre famille, et je vous conseille de déterminer d'abord si Me Greenspan sera disponible à partir du 21 avril. S'il ne l'est pas, commencez immédiatement à chercher un autre avocat. Quant à savoir si Me Shore jugera bon de vous aider dans vos recherches, il est seul à pouvoir en décider. [Je souligne.]

Cette mise en garde a été répétée par le juge Watt à la fin de l'audience de septembre 1986 à laquelle l'appelant avait encore une fois comparu sans avocat, bien que la date en question ait été celle fixée pour le procès au mois de juin précédent:

[TRADUCTION] SA SEIGNEURIE: Eh bien, M. Conway, cette affaire a assez traîné. Vous allez devoir choisir: ou bien vous engagez un avocat, ou bien vous vous débrouillez tout seul. Quand Me Morin dit que, si quelqu'un s'adressait à lui, il aurait besoin de temps pour se préparer, je crois que cela est manifestement raisonnable. Je ne crois vraiment pas que ce qu'il mentionne comme temps de préparation soit déraisonnable. Mais je vous dis franchement, que vous ayez compris ou non ce que vous ont déjà dit les autres juges, que, quand j'en aurai fixé la date, le procès ira de l'avant et il ira de l'avant que vous soyez ou non représenté par un avocat. Quant à savoir si vous aurez un avocat, cela ne tient qu'à vous. Si vous n'êtes pas prêt à faire les efforts nécessaires pour retenir les services d'un avocat et à l'aider autant que vous le pouvez à préparer votre défense, vous allez devoir vous contenter de subir votre troisième procès sans l'assistance d'un avocat. Avez-vous compris? [Je souligne.]

L'ACCUSÉ: Oui.

Après le 7 janvier 1986 et très certainement depuis le 22 septembre 1986, l'appelant était conscient des conséquences de l'absence de représentation par un avocat. On lui avait fait comprendre clairement que, s'il tenait obstinément à être représenté par un avocat de son choix, il pourrait se voir obligé de subir son procès sans l'assistance d'aucun avocat.

À la date fixée pour le troisième procès, le 22 septembre 1986, comme l'appelant n'avait toujours pas d'avocat, le juge Watt a ajourné le procès au 10 novembre à la demande de l'appelant. Plus tard au cours de l'automne de 1986, soit le 2 octobre et

were requested by the appellant later in the fall of 1986, on October 2, and again on November 4. The appellant had found counsel, Mr. Bayne, who expressed his availability to represent him, but could not take his case before the following spring. Speaking for (but not representing) the appellant, in making the November 4 application for a remand of the trial date, Mr. Bayne explained that he was starting a murder trial in January and could not be ready before April. He added that in the circumstances of the case it would not be unreasonable to adjourn until April:

> I point out that between the first and the second trials there is in excess of two years and even after the Court of Appeal ordered the new trial in 1985 this trial did not take place before fifteen months after and so in terms of chronology this request would not be an unreasonable delay between the second and third trial and frankly an accused person needs, simply in ordinary circumstances, there is a need of time to catch his breath between trials. [Emphasis added.]

The expression of a need to catch one's breath during six months is hardly an assertion of the right to be tried quickly. This is all the more true in light of the fact that, to paraphrase Mr. Bayne, the appellant had already benefitted from six months to "catch his breath". As well, the statement that this six-month delay "in terms of chronology" would not be "an unreasonable delay between the second and third trial" suggests an acquiescence in the reasonableness of all delays incurred thus far. As noted in the Court of Appeal (at p. 392):

> Significantly Mr. Bayne, when he made this request for an adjournment, stated that it would not result in an unreasonable delay in the proceedings and that the respondent needed a breathing spell between the second and third trial.
>
> It is to be noted that this comment appears to contradict the allegation that the respondent was actively seeking to have a speedy trial of the charge.

In dealing with the request for an adjournment made by Mr. Bayne on November 4, 1986, the Crown and the court could not have been more accommodating to the accused. While objecting to

le 4 novembre, l'appelant a demandé d'autres ajournements. Il avait trouvé un avocat, Me Bayne, qui s'était dit disponible pour le représenter, mais ne pouvait pas se charger de sa cause avant le printemps suivant. Le 4 novembre, parlant pour l'appelant (mais sans le représenter), Me Bayne a demandé que soit reportée la date du procès et a expliqué qu'il commençait un procès pour meurtre en janvier et ne pouvait être prêt avant le mois d'avril. Il a ajouté que, vu les circonstances, il ne serait pas déraisonnable d'accorder un ajournement au mois d'avril:

> [TRADUCTION] Je signale que plus de deux ans se sont écoulés entre le premier procès et le deuxième et que, même après que la Cour d'appel eut ordonné la tenue d'un nouveau procès en 1985, ce procès n'a eu lieu que quinze mois plus tard, de sorte que, du point de vue chronologique, cette demande n'entraînerait pas un retard déraisonnable entre le deuxième procès et le troisième et, franchement, dans des circonstances normales, un accusé a tout simplement besoin de temps entre les procès pour reprendre son souffle. [Je souligne.]

Or, dire qu'on a besoin de six mois pour reprendre son souffle ce n'est pas revendiquer le droit d'être jugé promptement, à plus forte raison quand on sait, pour reprendre l'expression de Me Bayne, que l'appelant avait déjà eu six mois pour «reprendre son souffle». D'autre part, la déclaration selon laquelle, «du point de vue chronologique», ce délai de six mois ne représenterait pas «un retard déraisonnable entre le deuxième procès et le troisième» est susceptible d'être interprétée comme une admission du caractère raisonnable des délais intervenus jusqu'alors. Comme l'a souligné la Cour d'appel (à la p. 392):

> [TRADUCTION] Fait révélateur, Me Bayne, au moment où il a présenté cette demande d'ajournement, a dit que cela ne retarderait pas indûment les procédures et que l'intimé avait besoin de reprendre son souffle entre le deuxième et le troisième procès.
>
> Notons que cette observation paraît contredire l'allégation que l'intimé cherchait activement à obtenir que l'accusation soit instruite promptement.

Face à la demande d'ajournement faite par Me Bayne le 4 novembre 1986, le ministère public et ce tribunal n'auraient pas pu être plus obligeants envers l'accusé. Tout en contestant cette demande,

the request for an adjournment, the Crown agreed not to proceed until the end of a trial also scheduled to begin on November 17. The adjournment was refused and the trial date of November 10 was left "to stand". On December 4, the parties appeared before Watt J. for a direction as to the commencement date. The trial co-ordinator had informed the solicitors of record that the date of April 21, 1987 had been set for the third trial. It appears that this date had been set at the request of the Chief Justice of the Supreme Court of Ontario, himself petitioned to do so by Mr. Greenspan. In the December 4 appearance, the Crown objected to this postponement of the trial date, while Mr. Bayne once again took the position that "[t]he earliest reasonable commencement date would be April" for the third trial. In confirming the date of April 21, 1987 for the third trial, Watt J. said:

> There can be little doubt that this case has taken an inordinate amount of time to come to trial. The harsh reality is, however, that in the event that an earlier trial date is fixed than that suggested, the accused will go unrepresented upon a third trial for second degree murder. The likelihood of appellate reversal and the consequent trauma of yet another, a fourth trial, is of no little significance.

I cannot adhere to the view that the Crown can be said to have caused these delays, nor can I attribute them to so-called systemic delays. The postponement of the trial date from September 22, 1986 to April 21, 1987 in effect served to accommodate the schedule of the first counsel found by the appellant since May 1, 1986 and to allow the appellant to prepare fully his defense for the third trial. In this connection, the record before this Court contains affidavits signed by seven criminal lawyers from the Ottawa region. Six of them were approached by Mr. Bayne between October 1, 1986 and October 31, 1986 who inquired whether they would be available to represent the appellant at his November 10, 1986 trial date. All six answered that they could not, due to the preparation time required for such a case and to prior professional commitments. One of the six also attested having been approached by the appellant

le ministère public a convenu de ne procéder qu'après un autre procès qui devait également débuter le 17 novembre. L'ajournement fut refusé et la date fixée pour le procès, soit le 10 novembre, confirmée. Le 4 décembre toutefois, les parties ont comparu devant le juge Watt, pour obtenir des directives quant à la date du début du procès. Le coordonnateur des procès avait informé les avocats au dossier que la date du troisième procès avait été fixée au 21 avril 1987. Il semble que cette date ait été fixée à la demande du Juge en chef de la Cour suprême de l'Ontario sur requête de M. Greenspan. À la comparution du 4 décembre, le ministère public s'est opposé à ce nouvel ajournement alors qu'encore une fois Me Bayne affirmait que le troisième procès [TRADUCTION] «pourrait débuter en avril au plus tôt». En confirmant la date du 21 avril 1987 pour le troisième procès, le juge Watt a dit:

> [TRADUCTION] Il ne fait pas de doute que cela a pris un temps démesurément long pour que cette affaire parvienne au stade du procès. La dure réalité est toutefois que, si le procès était fixé à une date antérieure à celle proposée, l'accusé ne serait pas représenté par un avocat à un troisième procès pour meurtre au deuxième degré. Or la probabilité de l'annulation du verdict par la cour d'appel et le traumatisme qui résulterait d'un autre procès, le quatrième, sont des considérations à ne pas négliger.

Je ne peux souscrire au point de vue selon lequel les délais en question peuvent être imputés au ministère public. Je ne crois pas non plus qu'il s'agisse de ce qu'on appelle des délais systémiques. Le report de la date du procès du 22 septembre 1986 au 21 avril 1987 avait pour but de tenir compte de l'emploi du temps du premier avocat qu'ait trouvé l'appelant depuis le 1er mai 1986 et de permettre à l'appelant de préparer à fond sa défense pour le troisième procès. À ce sujet, le dossier devant nous contient des affidavits signés par sept avocats criminalistes de la région d'Ottawa. Six d'entre eux avaient été contactés, entre le 1er octobre et le 31 octobre 1986, par Me Bayne qui leur a demandé s'ils seraient en mesure de représenter l'appelant le 10 novembre 1986, date fixée pour son procès. Les six ont répondu que non en raison d'engagements antérieurs et du temps de préparation nécessaire pour une affaire de ce

on August 8, 1986, with respect to the trial then scheduled for September 22. The seventh lawyer was approached by the appellant himself "in mid-September of 1986" and was asked if he was available to represent the appellant "on a second degree murder trial to begin within the next six to eight weeks". He turned the appellant down for the same reasons given by the others. Some of these lawyers were approached three weeks or less before the date set for trial. These affidavits show that the appellant began looking for an alternative choice of counsel only after the application for a change of venue was dismissed, in mid-August of 1986, some four months after being initially committed to Assignment Court to set a date for his third trial. The affidavits also establish that a more serious attempt to retain counsel was made in the month of October, although then any possibility of success was even slimmer given the time required to prepare the case. This evidence only shows that the appellant waited until the last moment to seek legal representation and temporarily found himself trapped in a vicious circle. The net result was that the third trial was ultimately postponed until April 21, 1987 to accommodate the appellant's need for legal representation.

At the onset of the third trial to be held before Callon J., on April 21, 1987, the appellant informed the court that he would eventually be bringing a motion to stay based on abuse of process. He then told the court that the issue of abuse of process was pending before this Court in the *Keyowski* case. Mr. Bayne further informed the court he would be making an application re-electing to be tried before a judge sitting without a jury. He informed Callon J. that the issue whether a person accused of murder had a constitutional right to be tried without a jury was to be heard in mid-May by the Ontario Court of Appeal in the case of *Turpin*. Mr. Bayne added that he acted as counsel in that case. There was discussion between Mr. Bayne, the Crown counsel and the court to the effect that the Court of Appeal might very well reserve judgment for a few months on an issue of this importance. Ultimately, Callon J. adjourned the matter "as a necessity" to Assignment Court

genre. L'un des six a également déclaré avoir été contacté par l'appelant le 8 août 1986 au sujet du procès qui était alors prévu pour le 22 septembre. Le septième avocat avait été contacté vers «la mi-septembre 1986» par l'appelant lui-même qui lui a demandé s'il serait disponible pour le représenter [TRADUCTION] «à un procès pour meurtre au deuxième degré devant avoir lieu dans les six ou huit prochaines semaines». Il a refusé pour les mêmes raisons. Certains de ces avocats ont été contactés trois semaines ou moins avant la date fixée pour le procès. Ces affidavits démontrent que l'appelant n'a commencé à se chercher un autre avocat qu'après le rejet de la demande de changement de lieu, à la mi-août 1986, soit quatre mois après avoir été convoqué pour fixer la date de son troisième procès. Les affidavits établissent aussi qu'une tentative plus sérieuse de trouver un avocat a été faite en octobre, bien qu'à ce moment-là, les chances de succès fussent encore plus minces, vu le temps requis pour préparer la cause. Cette preuve démontre encore que l'appelant a attendu jusqu'à la dernière minute pour essayer de trouver un avocat qui le représente et qu'il s'est trouvé pris dans un cercle vicieux. Comme résultat net, le troisième procès a finalement été remis au 21 avril 1987 afin d'accommoder le besoin de l'appelant de se faire représenter par un avocat.

Le 21 avril 1987, au début du troisième procès qui devait avoir lieu devant le juge Callon, l'appelant a informé le tribunal de son intention de présenter une requête pour arrêt de procédures fondé sur un abus du processus judiciaire. Il a signalé ensuite que notre Cour avait été saisie de la question de l'abus de procédure dans l'affaire *Keyowski*. Me Bayne a en outre informé ce tribunal qu'il allait faire une demande pour que l'appelant puisse faire un nouveau choix afin d'être jugé par un juge siégeant sans jury. Il a indiqué au juge Callon que la question de savoir si une personne inculpée de meurtre avait le droit constitutionnel d'être jugée sans jury devait être entendue par la Cour d'appel de l'Ontario à la mi-mai dans l'affaire *Turpin* et que lui-même occupait dans cette dernière affaire. Me Bayne, l'avocat de la poursuite et la cour ont alors discuté de la possibilité que, étant donné l'importance de cette question, la Cour d'appel prenne l'affaire en délibéré pendant

on June 1, 1987, in an attempt to benefit from the views of the higher courts on the two issues before him. He said:

> Putting it positively, it is appropriate to indicate that the trial has been adjourned as a necessity, and certainly with some reluctance on my part, because of a very important legal issue to be determined by the superior courts, namely, the Ontario Appeal Court and the Supreme Court of Canada and if this court were to proceed on issues that were at variance with those decisions, then the accused would be exposed to a fourth trial . . . .

On June 1 the date for the commencement of the third trial was set for October 26, 1987, at which time the appellant offered a plea of guilty to the lesser offence of manslaughter. This plea was refused by the Crown who insisted on proceeding with a trial on the charge of murder. Mr. Bayne then brought the motion to stay which gave rise to the present proceedings.

At his appearance on April 21, 1987, being the previous date set for the third trial, it was actually foreseen by Mr. Bayne that bringing a pre-trial motion which would steer the proceedings into the midst of a heated *Charter* debate on the right not to be tried by a jury was likely to postpone the trial for a very considerable time. As a matter of fact, there was an appeal to this Court from the decision of the Court of Appeal in *Turpin* in which judgment was released only recently. The purpose of the pre-trial motion was to avoid any risk of a second hung jury. That may be a legitimate purpose. But, in retrospect, does the possibility of a second hung jury outweigh two additional years of subjection to a pending trial? That is the course upon which the appellant chose to embark. It is hardly consistent with his claim today that such delays were unreasonable. For the purposes of the assessment of reasonableness under s. 11(*b*) of the *Charter*, an accused, and for that matter, the

plusieurs mois. Finalement, afin de pouvoir bénéficier des opinions des instances supérieures sur les deux questions soumises, le juge Callon a, [TRADUCTION] «par nécessité», ajourné l'affaire au 1er juin 1987, date d'une autre audience de fixation du rôle. Le juge Callon a dit:

> [TRADUCTION] Pour l'exprimer positivement, il y a lieu de préciser que le procès a été remis par nécessité et, bien entendu, avec une certaine hésitation de ma part, en raison d'une question de droit très importante qui doit être tranchée par les tribunaux d'instance supérieure, c'est-à-dire la Cour d'appel de l'Ontario et la Cour suprême du Canada, et si nous devions rendre sur ces questions une décision différente des leurs, l'accusé courrait alors le risque d'avoir à subir un quatrième procès . . .

Le 1er juin, le début du troisième procès a été fixé au 26 octobre 1987. À ce moment-là, l'appelant a offert un plaidoyer de culpabilité sur l'infraction moindre d'homicide involontaire coupable. Ce plaidoyer a été refusé par le ministère public qui tenait à ce que le procès porte sur l'accusation de meurtre. Me Bayne a alors présenté la requête pour arrêt des procédures qui est à l'origine du présent pourvoi.

Lors de sa comparution le 21 avril 1987, c'est-à-dire la date antérieurement fixée pour le troisième procès, Me Bayne avait en fait prévu que la présentation avant le procès d'une requête qui entraînerait les procédures dans un débat animé sur la question du droit, en vertu de la *Charte*, de ne pas être jugé par un jury, retarderait probablement de façon considérable la tenue du procès. Comme question de fait, l'arrêt rendu par la Cour d'appel dans l'affaire *Turpin* a été porté en appel devant notre Cour qui a seulement récemment rendu jugement. La requête préalable au procès visait à écarter tout risque que, pour une seconde fois, les jurés soient incapables de s'entendre sur un verdict. Ce but peut être légitime mais, réflexion faite, la possibilité que le jury se trouve encore une fois dans une impasse doit-elle peser davantage que la perspective de deux autres années en attente de procès? C'est pourtant la voie qu'a choisie l'appelant et cela concorde mal avec son assertion actuelle que les délais en question sont excessifs. Pour les fins de la détermination du caractère raisonnable en vertu de l'al. 11*b*) de la *Charte*,

Crown as well, must bear the consequences of their tactical decisions in the conduct of the trial.

In *Rahey*, Lamer J. stated (at p. 612):

> If an accused requests, causes or consents to a delay, it should normally be excluded from consideration when assessing reasonableness, but such waiver must be clear, unequivocal and informed.

Although technically the decisions and conduct of the appellant may amount to something less than waiver, in my view, he in fact unequivocally requested, caused and consented to the delays between the date initially set for the second trial and the onset of the third. In considering the issue of "waiver" in the context of s. 11(*b*), it must be remembered that it is not the right itself which is being waived but merely the inclusion of specific periods in the overall assessment of reasonableness. Crucial to the exclusion of a time period is "the accused's awareness of the consequences" (*Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383, at p. 394) of his decisions causing delays to be incurred. Any waiver is "dependent upon it being clear and unequivocal that the person is waiving the procedural safeguard" (pp. 394-95). I have no doubt that in the present case the words of Osborne J. and Watt J. made the appellant sufficiently aware of the limit to which the judicial process could stretch in order to accommodate his choice of counsel. The appellant understood the risks of having to undergo a trial by himself, yet on January 7, September 22 and November 10, 1986, he appeared unrepresented as a result of the less than diligent exercise of his right to counsel. This course of conduct is in my view tantamount to a waiver of the time periods discussed above in the assessment of the reasonableness of the overall delay. At minimum, these intervals of time should not be used by the appellant to support his claim that the charges laid against him have been standing for an unreasonable period of time. They were brought about by the accused through an exercise of his right to counsel severely lacking in diligence and in full awareness of the possible risks associated with lack of legal representation. These considerations

l'accusé, comme d'ailleurs le ministère public, doivent supporter les conséquences des décisions de nature tactique qu'ils adoptent dans la conduite du procès.

Dans l'arrêt *Rahey*, le juge Lamer dit (à la p. 612):

> Le délai demandé, causé ou accepté par un accusé doit normalement être exclu de l'évaluation du caractère raisonnable, mais cette renonciation doit être claire, sans équivoque et éclairée.

Quoique les décisions et la conduite de l'appelant puissent, à strictement parler, ne pas constituer une renonciation, j'estime qu'en réalité l'appelant a d'une manière non équivoque demandé, causé et accepté les délais intervenus entre la date initialement fixée pour le deuxième procès et le début du troisième. Dans l'examen de la question de la «renonciation», dans le contexte de l'al. 11*b*), il ne faut pas perdre de vue que la renonciation ne vise pas le droit lui-même, mais simplement l'inclusion de certaines périodes dans l'appréciation générale du caractère raisonnable. Est cruciale quant à l'exclusion d'une période donnée «la connaissance par l'accusé des conséquences» (*Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383, à la p. 394) de ses décisions qui causent des délais. Pour qu'une renonciation soit valide, «il faut qu'il soit bien clair que la personne renonce au moyen de procédure conçu pour sa protection» (pp. 394 et 395). Je n'entretiens aucun doute qu'en l'espèce les propos des juges Osborne et Watt étaient suffisants pour faire comprendre à l'appelant jusqu'où le processus judiciaire pouvait aller pour répondre à son désir d'être représenté par l'avocat de son choix. L'appelant n'était pas sans se rendre compte qu'il risquait d'avoir à subir son procès sans avocat, pourtant, le 7 janvier, le 22 septembre et le 10 novembre 1986, il a comparu sans avocat à cause de son peu de diligence à exercer son droit à l'assistance d'un avocat. Cette conduite équivaut, selon moi, à une renonciation à l'inclusion des périodes susmentionnées dans l'appréciation du caractère raisonnable du temps global. À tout le moins, l'appelant ne devrait pas pouvoir invoquer ces laps de temps à l'appui de son allégation que les accusations ont pesé contre lui pendant une période déraisonnablement longue. Les délais ont été occasionnés par

go to the weight to be attributed to the periods from January 7 to April 21, 1986 as well as the period between the end of second trial (May 1, 1986) and the scheduled commencement of the third (October 26, 1987) in the assessment of the reasonableness of the overall delay.

Much of the delay that remains is in my view attributable to the time requirements and the risks involved in the disposition of a charge of murder. Early on in these proceedings, there was a period of almost sixteen months between the charge and the conviction and sentence resulting from the first trial. The preliminary hearing commenced in January 1983, roughly five months after the laying of the charge. In the appellant's words, the two court days originally scheduled for the hearing "were not sufficient". The hearing was consequently adjourned and concluded the following May. The record does not disclose whether this circumstance results from the unavailability of court rooms, the unavailability of key witnesses or some other reason. While in their appearance before this Court neither the Crown nor the appellant accounted for this delay, it is relevant to the weight of this four-month period that the judge presiding at the preliminary hearing is not empowered to adjourn for more than eight clear days unless it is the case that "the accused, whether or not he is in custody, and the prosecutor consent to the proposed adjournment" (s. 465(1)(*b*) of the *Criminal Code*). At the conclusion of the hearing, the appellant was committed to trial. He then brought an application to quash the committal. During the period from June 21 to December 2, 1983, at which time the application was denied, the appellant requested and obtained adjournments of his trial in order to allow the application to proceed. I would not take this period into account in assessing the overall reasonableness. The trial commenced on December 6, 1983 and a verdict of guilty of second degree murder was soon thereafter returned by the jury, that is, on December 15, 1983.

l'accusé, qui a manqué de diligence dans l'exercice de son droit à un avocat et qui était pleinement conscient des risques auxquels il s'exposait s'il n'était pas représenté. Ces remarques visent la période du 7 janvier au 21 avril 1986 et la période allant de la fin du deuxième procès (le 1er mai 1986) à la date prévue pour le début du troisième procès (le 26 octobre 1987), ainsi que l'importance qu'il y a lieu de leur attribuer dans l'appréciation du caractère raisonnable de la totalité du délai.

La plupart des autres délais sont, à mon avis, largement imputables au temps requis pour arriver à un verdict sur une accusation de meurtre et aux risques inhérents à ce processus. À partir du début de ces procédures, une période de près de seize mois s'est écoulée entre le moment où l'accusation a été portée et celui de la déclaration de culpabilité et du prononcé de la peine à l'issue du premier procès. L'enquête préliminaire a débuté en janvier 1983, soit environ cinq mois après l'inculpation. Pour reprendre les mots de l'appelant, les deux jours d'audience initialement prévus [TRADUCTION] «étaient insuffisants». L'audition a donc été ajournée et s'est terminée au mois de mai de la même année. Le dossier ne révèle pas si cette situation est attribuable à la non-disponibilité de salles d'audience, à la non-disponibilité de témoins clés, ou à quelque autre raison. Quoique ni l'appelant ni le ministère public n'aient expliqué ce délai lors de l'audition devant nous, il ne faut pas oublier que le juge siégeant à l'enquête préliminaire n'est pas autorisé à ordonner un ajournement de plus de huit jours francs, à moins que «le prévenu sous garde ou non, et le poursuivant ne consentent à l'ajournement projeté» (al. 465(1)*b*) du *Code criminel*). À la fin de l'audience, l'appelant a été renvoyé à procès. Il a alors présenté une requête en annulation du renvoi à procès. Au cours de la période du 21 juin au 2 décembre 1983, date à laquelle la requête a été rejetée, l'appelant a demandé et obtenu des ajournements de son procès afin que sa demande en annulation puisse être entendue. Je ne tiendrais donc pas compte de cette période aux fins de l'appréciation du caractère raisonnable en général. Le procès a débuté le 6 décembre 1983 et, peu de temps après, soit le 15 décembre 1983, le jury a rendu un verdict de culpabilité de meurtre au deuxième degré.

The appeal that followed occupied the next thirteen months. This appeal was successful and a new trial was ordered. While this additional delay is not incurred in all cases, it is not unusual for a person convicted of murder to avail himself of the right to appeal conferred by the *Criminal Code*. The right to appeal against a conviction is one of the safeguards in the criminal justice system designed to ensure that persons are not found guilty of an offence unless the case of the prosecution is established beyond a reasonable doubt in full accordance with the law. The efficacy of this safeguard is maximized when the Court of Appeal exercises its discretion to direct that a verdict of acquittal be entered in the record. In such a case, it is certain that no subsequent proceedings can be taken upon the same charge. But on appeal there is also the possibility of a new trial. This possibility is a concession to the societal interest in prosecuting persons charged with an offence. The option of granting a complete immunization because of a legal error at trial may discourage courts from exercising their power of review. In this sense, the possibility of holding a new trial "enhances the probability that appellate courts will be vigilant to strike down previous convictions that are tainted with reversible error" (*United States v. Ewell*, 383 U.S. 116 (1966), at p. 121). These are but some of the considerations which come into play when weighing the delay incurred in appellate review, assuming as I have for the purpose of this opinion that s. 11(*b*) of the *Charter* may apply although the person charged was initially tried within a reasonable time.

L'appel qui a suivi a occupé les treize mois suivants. Il a été accueilli et la tenue d'un nouveau procès a été ordonnée. Certes, un tel délai n'intervient pas dans tous les cas, mais il n'est pas rare qu'une personne déclarée coupable de meurtre se prévale du droit d'appel conféré par le *Code criminel*. Le droit d'en appeler d'une déclaration de culpabilité est l'une des mesures de protection que comporte le système de justice criminelle, destiné à assurer qu'une personne ne soit déclarée coupable d'une infraction, que si la poursuite n'en apporte la preuve hors de tout doute raisonnable en totale conformité avec la loi. L'efficacité de cette mesure de protection est à son maximum lorsque la Cour d'appel exerce son pouvoir discrétionnaire pour ordonner l'inscription d'un verdict d'acquittement au dossier. En pareil cas, il est certain qu'aucune autre procédure ne pourra être engagée par la suite relativement à la même accusation. Mais l'appel présente également la possibilité d'un nouveau procès. Cette possibilité tient compte de l'intérêt de la société à ce que les personnes accusées d'un crime soient poursuivies. Si une erreur de droit commise au procès devait entraîner une immunité totale, les tribunaux pourraient hésiter à exercer leur pouvoir de révision. En ce sens, la possibilité d'ordonner la tenue d'un nouveau procès [TRADUCTION] «crée une plus grande probabilité que les cours d'appel veilleront à annuler les déclarations de culpabilité entachées d'une erreur donnant lieu à révision» (*United States v. Ewell*, 383 U.S. 116 (1966), à la p. 121). Ce sont là quelques-unes des considérations qui entrent en ligne de compte lorsqu'il s'agit d'évaluer le délai qu'occasionne un appel, présumant, comme je le fais aux fins de l'espèce, que l'al. 11*b*) de la *Charte* s'applique même dans le cas où l'inculpé a été jugé une première fois dans un délai raisonnable.

The Court of Appeal recorded the appellant's acquiescence in the reasonableness of the delays involved in the disposition of his appeal (at p. 391):

> It should be noted that the respondent conceded that the appeal proceeded expeditiously and that there was no undue delay occasioned by either party in those appeal proceedings.

La Cour d'appel a pris note de l'acceptation par l'appelant du caractère raisonnable des délais entraînés par son appel (à la p. 391):

> [TRADUCTION] Il faut noter que l'intimé a reconnu que l'appel s'est déroulé de façon expéditive et que ni l'une ni l'autre partie n'a retardé indûment les procédures d'appel.

Likewise, no serious objection could be taken to the interval of less than one month occupied by the second trial.

It is finally necessary to consider the prejudice suffered by the appellant. The appellant was imprisoned some thirteen months while the appeal was pending and he was granted interim judicial release subject to bail conditions before and after the successful appeal.

I consider it necessary to make two brief remarks in connection with the assessment of prejudice in the present case. First, the trial judge emphasized the deterioration of the situation of the appellant's family. He noted that the family has "expended in excess of $130 000 in legal fees" and that the "family home has had to be sold". As well, he described in detail the detrimental effect that the events since August 1982 have had on the psychological and physical health of all members of the family. Smith J. also considered the effect the events had on the victim's family and concluded as follows:

> The accused and his family are devastated as any close-knit family would be. I do not, in saying this, make light of the devastation visited upon the family of the victim, Mr. Warren Leach, as a result of his untimely demise in this fashion . . . .

In this connection, appellant made a number of submissions and adduced evidence "as to the impact of the proceedings on individual members of the Appellant's family".

While the problems experienced by the appellant's family may have affected him to some extent, the plight of the Conway family *per se* is of no help in determining the matter at hand. Nor for that matter is the situation of the victim's family. Understandably, these tragic events have caused much grief and sorrow to be felt by a number of friends, family relations and other persons. However, it would most certainly strain the integrity of the judicial process if, as part of a determination under s. 11(*b*) of the *Charter*, courts were to engage in a balancing of the financial and emotional loss incurred by the respective families of the person charged and the victim. The right to a

De même, aucune objection sérieuse ne pouvait être soulevée à l'égard de la période de moins d'un mois qu'a occupé le deuxième procès.

Finalement, il y a lieu de considérer le préjudice qu'a subi l'appelant. Il est demeuré environ treize mois en prison en attendant que l'appel soit entendu. Avant et après l'appel, qui a été accueilli, il a obtenu une mise en liberté provisoire sur cautionnement assortie de certaines conditions.

Deux brèves observations s'imposent relativement à l'appréciation du préjudice subi en l'espèce. En premier lieu, le juge du procès a souligné la détérioration de la situation familiale de l'appelant, signalant que sa famille a [TRADUCTION] «dépensé plus de 130 000 $ en frais de justice» et que la «maison familiale a dû être vendue». De plus, il s'est livré à une description détaillée de l'effet néfaste que les événements survenus depuis août 1982 ont eu sur la santé psychique et physique de tous les membres de la famille de l'appelant. Le juge Smith a en outre examiné l'effet de ces événements sur la famille de la victime pour conclure:

> [TRADUCTION] Les effets ont été dévastateurs pour l'accusé et sa famille, comme ils l'auraient été dans le cas de tout autre famille unie. En disant cela, je ne minimise pas la souffrance infligée à la famille de la victime, M. Warren Leach, du fait qu'il est mort ainsi prématurément . . .

Sur ce point, l'appelant a soumis plusieurs arguments et a mis en preuve [TRADUCTION] «l'impact produit par les procédures sur les membres individuels de la famille de l'appelant.»

Bien que les problèmes vécus par sa famille aient pu affecter l'appelant, l'infortune de la famille Conway n'est en soi d'aucun secours dans la résolution de la question en litige. Il en va de même d'ailleurs de la situation de la famille de la victime. Les événements tragiques de cette affaire ont sûrement été la cause de beaucoup de chagrin et de douleur pour nombre d'amis, de membres de la famille et d'autres personnes, et cela se comprend. Toutefois, l'intégrité du processus judiciaire serait certainement compromise si, dans le cadre d'une décision fondée sur l'al. 11*b*) de la *Charte*, les tribunaux se mettaient à soupeser le préjudice financier et émotif qu'ont subi respectivement les

trial within a reasonable time seeks to prevent the overlong subjection of the person charged to the pressures inherent to a pending criminal accusation. The prejudice suffered by that person alone is relevant to the inquiry.

Second, assuming for the present purposes only that such prejudice is relevant in a claim made under s. 11(*b*) of the *Charter*, there is in my view no evidence suggesting that it is no longer possible for the appellant to benefit from a fair trial before his peers. The unanimous Court of Appeal wrote (at p. 394): "There is not, in our opinion, any special prejudice to the accused (in the sense of preventing a fair trial)". There is no evidence that a witness for the defense is no longer available or can no longer testify, nor can there be any suggestion that no impartial jury can be found, should that be the route chosen for the third trial. Though by reason of the time elapsed the witnesses' recollection may be weaker, I see no reason to presume, as my colleague Sopinka J., that "the witnesses will have little independent recollection of the events" (p. 1716). The presence of transcripts from the first two trials would in my view contribute to ensuring the fairness of the trial in that all the evidence which is helpful to the defense has been preserved.

On the whole I do not find it possible on the facts before us to hold that the delays incurred in the course of the proceedings against the appellant are unreasonable within the meaning of s. 11(*b*) of the *Charter*. I am satisfied that the total five-year period is sufficiently explained by the delays inherent in a trial on a charge of murder, appeal and retrial of that charge, as well as by delays which were brought about by the appellant in his time-consuming attempts at securing particular counsel as outlined above. Balancing the delays which occurred in the present case, the prejudice to the appellant flowing from the passage of time, especially such passage of time which is not attributable to him, the nature and reasons for the delays, and the nature of the charge and other circumstances of the case, I cannot conclude that the

familles de l'inculpé et de la victime. Le droit à un procès dans un délai raisonnable vise à éviter que l'inculpé soit indûment soumis aux contraintes qu'engendre une accusation criminelle. Seul le préjudice subi par l'inculpé est pertinent dans ce contexte.

En deuxième lieu, présumant pour les fins du présent débat que ce préjudice soit pertinent dans le cadre de la revendication du droit énoncé à l'al. 11*b*) de la *Charte*, aucune preuve n'indique, selon moi, que l'appelant ne peut plus obtenir un procès équitable devant ses pairs. La Cour d'appel a été unanime à affirmer (à la p. 394): [TRADUCTION] «À notre avis, l'accusé n'a pas subi de préjudice particulier (en ce sens qu'un procès équitable serait devenu impossible)». Rien dans la preuve n'établit qu'un témoin de la défense n'est plus disponible ou ne peut plus témoigner, ni qu'il serait impossible de trouver un jury impartial si tel était la voie choisie pour le troisième procès. Quoique le passage du temps ait pu estomper les souvenirs des témoins, je ne vois aucune raison de supposer, ainsi que le fait mon collègue le juge Sopinka, que «Les témoins auront [...] peu de souvenirs personnels des événements» (p. 1716). La transcription des deux premiers procès est de nature à contribuer, selon moi, à assurer l'équité du procès, car tous les éléments de preuve qui pourraient être utiles à la défense ont été conservés.

Sur le tout, compte tenu des faits devant nous, il ne m'est pas possible de conclure que les délais intervenus au cours des procédures engagées contre l'appelant sont déraisonnables au sens de l'al. 11*b*) de la *Charte*. J'estime que les délais inhérents à un procès pour meurtre, à l'appel et au nouveau procès sur cette accusation, ainsi que les délais dus aux nombreuses tentatives de l'appelant, échelonnés dans le temps, pour retenir les services d'un avocat de son choix, comme je l'ai souligné, fournissent une explication suffisante quant à la période globale de cinq ans qui s'est écoulée depuis le début des procédures. Ayant soupesé les délais intervenus en l'espèce, le préjudice occasionné à l'appelant par le passage du temps, particulièrement celui qui ne lui est pas imputable, la nature et les motifs des délais, la nature de l'accusation

overall lapse of time brings the appellant within the scope of s. 11(*b*).

Commenting on the appellant's course of conduct in the exercise of his right to counsel, the Court of Appeal said (at pp. 392-93):

It seems to be clear that the respondent did not, at any time between the 1st of May, 1986 and the 21st of April, 1987, assert a desire to have his trial brought on in a prompt and speedy manner. It is perfectly reasonable and understandable that he should be anxious to retain able and experienced counsel. However, it is scarcely reasonable to hold the system at fault for the delays occasioned by the respondent's efforts to retain counsel and to provide such counsel with the time required to prepare for and fit the trial into his or her schedule. Those delays should not be attributable to the Crown or be deemed to be "systemic" delays. Particularly this is so as the respondent was at all relevant times represented by counsel who did not at any time object to the various adjournments and in fact actively sought them.

It would be, in my view, ironic indeed that the prosecution should be reproached for its sustained insistence in bringing an accused to trial "within a reasonable time", while an accused who chooses to trade delays for a tactical advantage should, for that reason, succeed in invoking his s. 11(*b*) *Charter* right. At the end of the day in this particular case, a greater priority was attached by the appellant to the retaining of specific counsel and to re-electing to be tried without a jury than to a speedier adjudication. Such conduct stops the 11(*b*) clock from ticking in favour of the person charged.

To conclude otherwise would open the door not only to abuses but to unfortunate results as well, such as the possibility of systematic refusals by trial judges to grant adjournments, thereby possibly resulting in the denial of legitimate requests by an accused. Such inflexible policies could not be in the best interest of the administration of justice, just as such results could not be within the intent and purpose of the right of an accused to be tried within a reasonable time.

ainsi que les autres circonstances de l'espèce, je ne puis conclure que le délai, pris dans son ensemble, suffit pour amener l'appelant dans le champ d'application de l'al. 11*b*).

Commentant la conduite de l'appelant dans l'exercice de son droit à l'assistance d'un avocat, la Cour d'appel dit (aux pp. 392 et 393):

[TRADUCTION] Il semble évident qu'en aucun moment entre le 1er mai 1986 et le 21 avril 1987 l'intimé n'a manifesté le désir d'être jugé promptement et expéditivement. Il est parfaitement raisonnable et compréhensible qu'il souhaite retenir les services d'un avocat compétent et expérimenté. Il n'est cependant guère raisonnable d'imputer au système les délais résultant des tentatives de l'intimé d'engager un avocat et de donner à cet avocat le temps qu'il lui fallait pour se préparer et pour se libérer en vue du procès. Ces délais ne devraient pas être attribués au ministère public ni considérés comme «systémiques», d'autant plus que l'intimé, aux époques en question, était représenté par un avocat qui ne s'est jamais opposé aux différents ajournements et qui, en fait, s'est appliqué à les obtenir.

Il serait vraiment ironique, me semble-t-il, que l'on reproche à la poursuite sa persistance à vouloir faire juger un accusé «dans un délai raisonnable» alors qu'un accusé qui choisit d'encourir des délais contre un avantage sur le plan de la tactique pourrait, pour cette raison, invoquer avec succès le bénéfice d'un droit garanti par l'al. 11*b*) de la *Charte*. En dernière analyse, l'appelant en l'espèce a cru plus important de retenir les services d'un avocat de son choix ainsi que de faire un nouveau choix afin de pouvoir subir son procès sans jury que de se faire juger dans de plus brefs délais. Une telle conduite empêche le temps écoulé de jouer en faveur de l'inculpé qui veut se prévaloir de l'al. 11*b*).

Toute autre conclusion ouvrirait la porte non seulement à des abus mais aurait des conséquences déplorables, telles la possibilité que les juges du procès refusent systématiquement d'accorder des ajournements, déniant, ce faisant, des demandes légitimes d'ajournement présentées par un accusé. Une politique aussi inflexible ne peut servir les intérêts de l'administration de la justice, tout comme un tel résultat ne peut être visé par le droit d'être jugé dans un délai raisonnable.

Disposition of the Appeal

In agreement with a unanimous Court of Appeal, I would accordingly dismiss the appeal. This however does not end the matter since the appellant submits that, should his appeal be unsuccessful, this Court should enter a verdict of manslaughter and remand the matter for sentencing. Assuming without deciding that this Court has the discretion to make such an order, I would nevertheless deny it. To grant this alternative relief would amount to allowing the appellant to circumvent the requirement of prosecutorial consent prescribed by s. 534(4) of the *Code*. As the Crown has not changed its position with respect to the plea of guilty of manslaughter, it would still be considered a nullity and could not be entered in the record if the appellant offered it at trial.

Dispositif

En conséquence, d'accord avec la conclusion unanime de la Cour d'appel, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Cela ne clôt cependant pas l'affaire puisque l'appelant prétend qu'au cas où il serait débouté de son pourvoi, notre Cour devrait inscrire un verdict d'homicide involontaire coupable et renvoyer l'affaire pour la détermination de la peine. Tenant pour acquis, sans pour autant en décider que notre Cour a le pouvoir discrétionnaire de rendre une telle ordonnance, je refuserais néanmoins de le faire. Accorder cette conclusion subsidiaire reviendrait à autoriser l'appelant à contourner l'exigence du consentement du poursuivant, prescrite au par. 534(4) du *Code*. Comme le ministère public n'a pas changé sa position à l'égard du plaidoyer de culpabilité d'homicide involontaire coupable, ce plaidoyer serait toujours considéré comme nul et ne pourrait pas être inscrit au dossier si l'appelant l'offrait lors du procès.

The following are the reasons delivered by

LAMER J.—The facts of this case are fully set out in the reasons of my colleague, Justice Sopinka, and I will not repeat them here.

This appeal raises the same issue as that in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, and *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588, that is, whether or not the accused's rights under s. 11(*b*) have been violated.

In my reasons for judgment in *Mills*, I gave my views as to what is the nature of the right protected by that section as well as to what should be the proper test to be followed when the court of competent jurisdiction is faced with an alleged violation of the right to a trial within a reasonable delay.

Section 11(*b*) enunciates an individual right to be tried within a reasonable time for all persons charged with an offence. I wish to emphasize once again that this right is, in its nature, an individual right and has no collective rights dimension albeit society surely has an interest in the prompt and effective prosecution of criminal cases. The section is concerned with ensuring respect for the interests of the individual and the societal interest finds no

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LAMER—Tous les faits de la présente affaire sont exposés dans les motifs de mon collègue le juge Sopinka et je ne les répéterai pas ici.

La question soulevée par ce pourvoi est identique à celle qui se posait dans les affaires *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, et *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588: y a-t-il eu violation des droits garantis à l'accusé par l'al. 11*b*)?

Dans les motifs que j'ai rédigés dans l'affaire *Mills*, j'ai donné mon opinion sur la nature du droit protégé par cette disposition ainsi que sur le critère à appliquer par le tribunal compétent dans un cas où l'on prétend avoir subi une atteinte au droit d'être jugé dans un délai raisonnable.

L'alinéa 11*b*) énonce un droit individuel de tous les inculpés à être jugés dans un délai raisonnable. Je souligne encore une fois que ce droit est, de par sa nature, un droit individuel et n'a aucune dimension collective, quoique la société ait certainement intérêt à ce que les infractions criminelles soient poursuivies promptement et efficacement. Cet alinéa vise à assurer le respect des intérêts de l'individu et ne fait aucune mention de l'intérêt

expression in s. 11(*b*) though, evidently, incidental satisfaction (see *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at p. 1311, judgment delivered on May 4, 1989). In my view, the fundamental purpose of s. 11(*b*) is to secure, within a specific framework, the more extensive right to liberty and security of the person of which no one may be deprived except in accordance with the principles of fundamental justice. The purpose of s. 11(*b*) can, in other words, be ascertained by reference to s. 7 of the *Charter*. Section 11(*b*) is designed to protect, in a specific manner and setting, the rights set forth in s. 7, though, of course, the scope of s. 7 extends beyond those manifestations of the rights to liberty and security of the person which are found in s. 11. Hence, the focus for the analysis and proper understanding of s. 11(*b*) must be the individual, his or her interests and the limitation or infringement of those interests.

Historically, the concept of trial within a reasonable time has been closely associated with the remedy of *habeas corpus* and bail and has thus focused on the liberty interest of the accused, specifically on preventing unduly lengthy detention prior to trial. However, under s. 11(*b*), the security of the person is to be safeguarded as jealously as the liberty of the individual. In this context, the concept of security of the person is not restricted to physical integrity but rather encompasses protection against overlong subjection to the vexations and vicissitudes of a pending criminal prosecution, including stigmatization of the accused, loss of privacy, stress and anxiety resulting from a multitude of factors. Although, to some extent, these negative consequences are unavoidable, one of the purposes of s. 11(*b*) is to limit the impact of such forms of prejudice to the accused by circumscribing the time period within which they may occur.

It can be inferred from that premise that the role of the courts will be to consider whether the delay is reasonable or not. Unfortunately, reasonableness is an elusive concept which cannot be juridically defined with precision and certainty. Yet, there is an advantage to be found when dealing with time as reasonableness can be deter-

collectif quoique, évidemment, il y satisfasse incidemment (voir *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, à la p. 1311, jugement rendu le 4 mai 1989). À mon avis, l'objet fondamental de l'al. 11*b*) est d'assurer, dans une structure précise, le droit plus étendu à la liberté et à la sécurité de la personne dont nul ne peut être privé si ce n'est en conformité avec les principes de justice fondamentale. Le but de l'al. 11*b*) peut, en d'autres termes, être découvert en se référant à l'art. 7 de la *Charte*. L'alinéa 11*b*) est conçu pour protéger, d'une manière et dans un cadre précis, les droits énoncés à l'art. 7, quoique la portée de cet article soit plus large que ces manifestations des droits à la liberté et à la sécurité de la personne que l'on trouve à l'art. 11. Ainsi l'analyse et la bonne compréhension de l'al. 11*b*) doivent avoir comme point focal l'individu, ses intérêts et leur limitation ou les atteintes dont ils font l'objet.

Historiquement, la notion de procès dans un délai raisonnable a été étroitement associée à l'*habeas corpus* et au cautionnement et a donc été centrée sur l'intérêt de l'accusé à jouir de sa liberté et, plus précisément, sur la prévention d'une détention prolongée indûment avant le procès. En vertu de l'al. 11*b*), toutefois, la sécurité de la personne doit être assurée aussi jalousement que la liberté de l'individu. Dans ce contexte, la notion de sécurité de la personne ne se limite pas à l'intégrité physique, mais englobe aussi l'idée de protection contre un assujettissement trop long aux vexations et aux vicissitudes d'une accusation criminelle pendante, y compris la stigmatisation de l'accusé, l'atteinte à la vie privée ainsi que la tension et l'angoisse résultant d'une multitude de facteurs. Si ces conséquences pénibles sont dans une certaine mesure inévitables, l'un des objets de l'al. 11*b*) est de limiter l'effet de ces différentes formes de préjudice envers l'accusé, en circonscrivant le laps de temps au cours duquel elles peuvent se produire.

De là on peut conclure que la tâche des tribunaux consistera à examiner s'il s'agit ou non d'un délai raisonnable. Malheureusement, la notion de ce qui est raisonnable est difficile à cerner et à définir juridiquement avec précision et certitude. Il y a toutefois un avantage dans le cas du délai, puisque le caractère raisonnable est déterminable

mined with the help of the precision surrounding the happening of certain events, such as arraignment, the preliminary inquiry, the trial and the time elapsed between.

In *Mills* and *Rahey*, I sketched out what I think should be the test for determining whether the delay was reasonable or not. If it is obvious that the liberty of the accused is limited from the day he is charged, as regards the security of the person, we are dealing largely with the impairment of mental well-being, a matter which can only be established with considerable difficulty at considerable cost. The proper approach, in my view, is to recognize that prejudice underlies the right. Since the actual impairment need not be proven by the accused to render the section operative, an objective standard is the only realistic means through which the security interest of the accused may be protected under the section. In that respect, whether the accused's ability to mount a full and fair defence is or is not impaired is not relevant to a determination of whether there has elapsed an unreasonable period of time, as that goes to the fairness of the trial and is more properly related to the right to a fair trial than to the right to be tried within a reasonable time. Indeed, too speedy a trial might sometimes violate an accused's right to a fair trial, such as when little or no time to prepare is given. In my view, our test of reasonableness involves a balancing of the inherent impairment of the accused's interest as of the moment he is charged from the very fact of being prosecuted, such impairment becoming increasingly pronounced with the passage of time, against three other factors that may justify the delay, or continued impairment of the accused's interests: (1) waiver of time periods; (2) time requirements inherent in the nature of the case, and (3) limitations to institutional resources. Consequently, we are not concerned with the conduct of the parties; if there is an explanation for this delay then there should not be a violation of s. 11(*b*) giving rise to the minimal appropriate remedy, a stay of proceedings.

grâce à la précision qui entoure la survenance de certains événements, par exemple, l'interpellation, l'enquête préliminaire, le procès et l'intervalle de temps les séparant.

Dans les affaires *Mills* et *Rahey*, j'ai esquissé ce que je crois devrait être le critère à appliquer pour déterminer si un délai est raisonnable ou non. Il est évident que la liberté de l'accusé est restreinte dès le jour de son inculpation mais, pour ce qui est de la sécurité de la personne, nous avons largement affaire à un préjudice moral, ce qui ne peut être établi qu'au prix de difficultés et de frais considérables. La démarche appropriée, à mon avis, consiste à reconnaître qu'un préjudice est sous-jacent à ce droit. Puisqu'il n'incombe pas à l'accusé de prouver qu'il y a eu effectivement préjudice pour que l'article soit applicable, une norme objective s'avère être le seul moyen réaliste de protéger, en vertu de l'article, l'intérêt du prévenu en matière de sécurité. Dans cette optique, la question de savoir si la capacité de l'accusé de présenter une défense complète et équitable a été compromise n'a aucune pertinence lorsqu'il s'agit de décider si le temps écoulé est déraisonnable, car cela relève de l'équité du procès et se rapporte davantage au droit à un procès équitable qu'au droit d'être jugé dans un délai raisonnable. De fait, un procès hâtif pourrait dans certaines situations constituer une atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable, ce qui est notamment le cas quand on lui alloue peu ou point de temps pour se préparer. À mon avis, notre critère du caractère raisonnable implique une équilibration de l'atteinte aux droits de l'accusé à partir du moment de son inculpation, atteinte qui procède du fait même des poursuites engagées contre lui et qui augmente radicalement avec le passage du temps, et de trois autres facteurs pouvant justifier le retard: (1) la renonciation à invoquer certaines périodes dans le calcul; (2) les délais inhérents à la nature de l'affaire et (3) les limitations des ressources institutionnelles. Par conséquent, la conduite des parties ne revêt pour nous aucun intérêt; si le délai peut s'expliquer, il ne devrait pas y avoir de violation de l'al. 11*b*) donnant lieu à l'arrêt des procédures, ce qui est la réparation minimale qu'il convient d'accorder en pareil cas.

In *Mills*, I also elaborated on a secondary but still fundamental issue arising out of a potential violation of s. 11(*b*), whether or not the time which has elapsed prior to the coming into force of the *Charter* may properly be taken into consideration in assessing the reasonableness of delay, and if so, whether such delay should receive the same weight as delay subsequent to the coming into force of the *Charter*. As that case was the first one to have presented this Court with the opportunity of establishing appropriate guidelines for the application of s. 11(*b*), the full scope of the section and the nature of the obligation it has imposed upon the government and the courts had remained uncertain for the period prior to the rendering of that judgment.

I was of the view that, given this uncertainty and the terminative nature of the remedy for a violation of the section, namely a stay of proceedings, a transitional approach is appropriate, and indeed necessary, to enable the courts and the governments to properly discharge their burden under s. 11(*b*).

However, this is not to say that different criteria ought to apply during the transitional period, that is, the period prior to the rendering of that judgment, but rather that the behaviour of the accused and the authorities must be evaluated in its proper context. In other words, it would be inaccurate to give meaning or the same probative value to behaviour which occurred or court records which were held prior to that judgment against a standard the parameters of which were unknown to all. Consequently, facts relevant to two of the criteria of reasonableness which have been elaborated in that judgment, waiver of delay and limitations to institutional resources, must be evaluated during the transitional period keeping in mind court practices on the part of counsel and of court officials. Indeed, as regards waiver, while I said (at p. 929):

> Waiver cannot, therefore, be inferred from silence, whether the accused be represented or not, except in cases where delay is caused by an accused. It must be express and informed.

De plus, dans l'affaire *Mills*, j'ai traité d'une question connexe, mais néanmoins fondamentale, découlant de la possibilité d'une violation de l'al. 11*b*): celle de savoir si on peut à bon droit tenir compte ou non du délai couru avant l'entrée en vigueur de la *Charte* dans l'évaluation du caractère raisonnable du délai et, dans l'affirmative, s'il faut accorder autant de poids à ce délai qu'à celui qui est postérieur à l'entrée en vigueur de la *Charte*. Comme l'affaire *Mills* était la première qui avait offert à la Cour l'occasion de donner des directives appropriées sur l'application de l'al. 11*b*), la portée de cet alinéa et la nature de l'obligation qu'il impose au gouvernement et aux tribunaux demeuraient incertaines avant le jugement rendu dans cette affaire-là.

Pour ma part, j'estimais que, vu cette incertitude et la nature décisive de la réparation en cas d'infraction à l'alinéa, c.-à-d. l'arrêt des procédures, une période transitoire était utile et même s'imposait pour permettre aux tribunaux et au gouvernement de s'acquitter correctement de leurs obligations en vertu de l'al. 11*b*).

Cela ne veut toutefois pas dire que des critères différents devraient s'appliquer pendant la période de transition, c'est-à-dire la période antérieure à ce jugement-là, mais plutôt que le comportement de l'inculpé et des autorités doit être évalué dans son contexte particulier. En d'autres termes, il ne serait pas approprié d'accorder le même sens ou la même valeur probante à des comportements ou à des dossiers de cour datant d'avant ce jugement-là et de le faire en fonction d'une norme dont les éléments étaient inconnus de tous. Par conséquent, les faits pertinents relativement à deux des critères du caractère raisonnable élaborés dans ce jugement-là, soit la renonciation à invoquer le délai et les limitations des ressources institutionnelles, doivent être évalués, pendant la période de transition, eu égard aux pratiques suivies par les avocats et par les fonctionnaires de la cour dans le cadre d'un procès. En fait, j'ai dit au sujet de la renonciation (à la p. 929):

> Une renonciation ne peut donc être déduite du silence, que le prévenu soit représenté ou non, sauf dans les cas où le délai est causé par le prévenu. Elle doit être expresse et éclairée.

I also added that:

> It should also be noted that the issue of waiver, or consent to delay, will necessitate modifications to current court practices. Provisions will have to be made for properly recording the reasons for adjournments, waiver, or consent to delay by the accused, noting the period of delay to which consent is given and ensuring that such consent is informed.

I also went on to say that silence by the accused or defence counsel in the face of requests for delay by the Crown, does not necessarily, during the transitional period, carry the same consequences as after this period. Where there is not an indication in the record of an objection by the accused or defence counsel, that silence should generally be construed as acquiescence in the delay. To do otherwise would be to retrospectively attach meaning to behaviour and court records, when those were not intended at the time. This is not to say that the law pertaining to the question of waiver was uncertain prior to that case. Nevertheless, statements in our courts, at the time of remands or postponements, were not made and records thereof were not kept with s. 24 applications based on s. 11(*b*) alleged violations in mind. For similar reasons, while delay which is due to limited institutional resources is still a factor to be considered and weighed, it will be open to the courts, during the transitional period, to excuse any passage of time as long as it is the result of actual institutional limitations. I finally added that under no circumstances are such transitional measures to apply to persons who are charged subsequently to the rendering of that judgment.

However, the majority did not rule on the issue relating to the waiver of delay in circumstances such as those of this case until this Court's judgment in *Rahey*. Applying the above principles to this case, I am of the view that the transitional period cannot be said to have ended before May 14, 1987, that is when *Rahey* was handed down. From the day he was charged until May 14, 1987, the delays cannot be given the same consequences

Mais j'ai ajouté:

> Il faut aussi noter que la question de la renonciation, ou de l'acceptation du délai, va exiger des changements dans les pratiques judiciaires actuelles. Des dispositions devront être adoptées pour la consignation appropriée des motifs d'ajournement, des renonciations ou des acceptations du délai par le prévenu, avec une énonciation de la période de délai qui est acceptée et l'assurance que cette acceptation est éclairée.

J'ai poursuivi en signalant qu'au cours de la période de transition, le silence de l'inculpé ou de l'avocat de la défense devant les demandes de délai de la poursuite n'entraîne pas nécessairement les mêmes conséquences qu'après cette période. Quand rien n'indique au dossier que l'inculpé ou l'avocat de la défense s'y sont opposés, on doit généralement interpréter ce silence comme une acceptation du délai. Conclure autrement attribuerait rétroactivement un sens à un comportement et à des dossiers de cour alors que tel n'était pas le but à ce moment-là. Je n'entends pas par là que le droit en matière de renonciation était incertain avant cet arrêt-là. Néanmoins, les déclarations faites et enregistrées devant nos tribunaux au moment d'ajournements ou de reports ne l'ont pas été dans l'optique de demandes en vertu de l'art. 24 qui seraient fondées sur des allégations de violation de l'al. 11*b*). Pour des raisons semblables, bien que le délai imputable aux ressources institutionnelles limitées soit encore un facteur dont il faut tenir compte, il appartiendra aux tribunaux, au cours de la période de transition, d'excuser tout laps de temps du moment qu'il découle de limitations institutionnelles réelles. Finalement, j'ai dit que ces mesures transitoires ne devront en aucune façon s'appliquer aux personnes qui seront inculpées après le prononcé de cet arrêt-là.

Ce n'est toutefois que dans l'affaire *Rahey* que cette Cour à la majorité a statué sur la question de la renonciation à invoquer le délai dans des circonstances comme celles qui existent en l'espèce. Appliquant à la présente instance les principes énoncés ci-dessus, je suis d'avis que la période de transition ne peut être considérée comme ayant pris fin avant le 14 mai 1987, soit la date à laquelle a été rendu l'arrêt *Rahey*. À partir du jour où l'appelant a été inculpé jusqu'au 14 mai 1987, on ne saurait attribuer aux délais les mêmes consé-

as after this period, from May 14 to October 26, 1987.

Before turning to the instant case, I only want to say once again that there is no magic moment beyond which a violation will be deemed to have occurred and that this Court should refrain from legislating one. In reality, however, when judges assess the situation in individual cases, they will be measuring the delays against some norm each judge considers to be *prima facie* the tolerable limit for the ordinary, average case. I hasten to add that a finding that the delay involved is *prima facie* excessive is not a condition precedent to the inquiry into reasonableness of the delay, i.e., to the weighing and balancing of the criteria elaborated above. It is simply an approximate point at which the courts may properly look to the Crown to explain additional delay. Such a period, of course, is no more than a reference point. It may well be that a balancing of the criteria of reasonableness will lead to a finding of a violation for lesser periods of delay. Conversely, greater periods of delay may well be held to be reasonable depending upon, once again, an assessment and a weighing of the criteria. It is the application under s. 24(1) which triggers the inquiry, not the passage of a certain period of time. The amount of time elapsed determines who of the Crown or accused the judge will call upon to explain the case being unusual.

With this in mind, we can now apply the criteria to the facts in this case. The appellant was charged on August 29, 1982, and it is only on October 26, 1987, that the third trial resumed. In between, many events have slowed down the proceedings and the delay that occurred, if unexplained, is surely *prima facie* unreasonable. This is conceded by the Crown. A careful review of the proceedings throughout confirms that most of it is easily explained by the fact that the appellant did not object to any of the additional delays and did in fact ask for many of them. As I mentioned earlier, silence by the accused or defence counsel in the face of remands and postponements, cannot, during the transitional period, be given the same consequences as after this period. Where there is

quences qu'après cette période, c'est-à-dire du 14 mai au 26 octobre 1987.

Avant d'en venir à la présente espèce, je veux simplement répéter qu'il n'existe pas de moment magique passé lequel une violation sera réputée s'être produite et que cette Cour devrait s'abstenir d'en fixer un. En réalité toutefois, les juges, en examinant chaque situation, évalueront les délais selon une norme qu'ils estiment constituer à première vue la limite de ce qui est tolérable dans un cas ordinaire ou moyen. Je m'empresse d'ajouter qu'une conclusion que le délai en question est à première vue excessif n'est pas une condition préalable à l'examen du caractère raisonnable du délai, c.-à-d. l'évaluation et l'équilibration des critères énoncés plus haut. C'est simplement un point approximatif à partir duquel les tribunaux peuvent à bon droit demander à la poursuite de justifier un délai additionnel. Cette période n'est évidemment qu'un simple point de référence. Il se peut qu'une équilibration des critères du caractère raisonnable amène à conclure qu'il y a eu violation pour des délais inférieurs. À l'inverse, des délais plus longs pourront bien être jugés raisonnables selon, encore une fois, une évaluation et une appréciation des critères. C'est la demande fondée sur le par. 24(1) qui déclenche l'examen, et non le passage d'un certain laps de temps. Le laps de temps détermine à qui, de la poursuite ou de l'accusé, le juge demandera de justifier en quoi l'affaire est inhabituelle.

Gardant cela présent à l'esprit, nous pouvons maintenant appliquer les critères aux faits de la présente instance. L'appelant a été inculpé le 29 août 1982 et c'est seulement le 26 octobre 1987 que le troisième procès a repris. Entre-temps, les procédures ont été ralenties par plusieurs événements et le délai intervenu, s'il reste inexpliqué, est assurément déraisonnable à première vue. Le ministère public le reconnaît d'ailleurs. Un examen attentif de l'ensemble des procédures nous confirme que la majeure partie de ce délai s'explique facilement par le fait que l'appelant ne s'est opposé à aucun des ajournements et qu'un grand nombre de ceux-ci ont été en réalité demandés par lui. Comme je l'ai déjà mentionné, on ne saurait, au cours de la période de transition, attribuer au

not an indication in the record of an objection by the accused or defence counsel, that silence should generally be construed as acquiescence in the delay. There is therefore waiver as regards those periods of time extending to May 14, 1987, which all happened prior to the rendering of *Rahey*. As regards delays requested by the accused, I do not think that one could dispute that the accused, either when represented or not, waived them clearly and unequivocally with full knowledge of the rights and that the courts carried out their duty to ensure to their satisfaction that the waiver of time by the accused was clear, unequivocal, and informed as regards the right and the effect waiver would have on the right. Concerning the period extending from May 14, 1987 to October 26, 1987, I just want to recall that on April 21, 1987, the third trial began before Callon J. and on this occasion, the accused asked the trial judge to re-elect to be tried by a judge sitting without a jury. As the question whether the accused had a right to make such a re-election was to be argued in the Ontario Court of Appeal in *R. v. Turpin* in May 1987, and as Callon J. did not want to risk making a decision that was inconsistent with the view of the Court of Appeal, the matter was adjourned until June 1, 1987 for assignment court, when trial for murder was set for October 26, 1987. The court fixed an objective and realistic time period for the preparation of the type of case which is at bar, taking into account the charge, the number of witnesses, the complexity and the history of the case. It is my opinion that there is a justification to the delay.

The appellant has not, in my view, established a violation of his s. 11(*b*) right. I should add that, had the events taken place after our decision in *Rahey*, I would not consider the very long period of time elapsed from the end of the second trial until the scheduled start of the third trial, almost eighteen months, as having been acquiesced to as a result of lack of objection, and would agree with

silence de l'accusé ou de l'avocat de la défense devant des ajournements et des reports, les mêmes conséquences qu'après cette période. Quand rien au dossier n'indique que l'accusé ou l'avocat de la défense s'y soient opposés, on doit généralement interpréter ce silence comme une acceptation du délai. Il y a donc eu renonciation à l'égard des périodes allant jusqu'au 14 mai 1987, c'est-à-dire celles antérieures à l'arrêt *Rahey*. Pour ce qui est des ajournements demandés par l'accusé, je tiens pour incontestable que l'accusé, qu'il fût ou non représenté par un avocat, a, d'une manière claire et non équivoque et en pleine connaissance de ses droits, renoncé à les invoquer et que les tribunaux se sont acquittés de leur devoir de s'assurer que cette renonciation par l'accusé à invoquer le temps écoulé a été claire, non équivoque et éclairée en ce qui concerne le droit en question et l'effet d'une renonciation sur ce droit. Pour ce qui est de la période du 14 mai 1987 au 26 octobre 1987, je me contente de rappeler que le troisième procès a débuté devant le juge Callon le 21 avril 1987 et qu'à cette occasion l'accusé a demandé au juge d'être autorisé à faire un nouveau choix afin d'être jugé par un juge siégeant sans jury. Puisque la question du droit de l'accusé à un tel choix devait être débattue devant la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *R. v. Turpin* en mai 1987 et comme le juge Callon ne voulait pas courir le risque de rendre une décision incompatible avec l'opinion de la Cour d'appel, l'affaire a été ajournée au 1er juin 1987, date prévue pour la tenue d'une audience de fixation du rôle, et le procès pour meurtre a alors été fixé au 26 octobre 1987. La cour a accordé en toute objectivité un temps réaliste pour la préparation d'une cause du genre dont il s'agit en l'espèce, tenant compte à cette fin de la nature de l'accusation, du nombre de témoins, de la complexité de l'affaire et de son déroulement. J'estime que le délai en question est justifié.

À mon avis, l'appelant n'a pas établi une violation du droit garanti par l'al. 11*b*). Je devrais ajouter que, si les événements en question étaient survenus postérieurement à l'arrêt rendu par notre Cour dans l'affaire *Rahey*, je n'aurais pas considéré le très long laps de temps entre la fin du deuxième procès et la date prévue pour le début du troisième, soit environ dix-huit mois, comme ayant

my brother Sopinka in finding a violation of s. 11(*b*) of the *Charter*. However, applying the transitional period approach, I am of the opinion that the appellant's silence during most of that period should be construed as acquiescence in the delay as there is no indication in the record of an objection by the accused or defense counsel. Consequently, I would dismiss this appeal.

été accepté du fait de l'absence d'opposition et j'aurais conclu à une violation de l'al. 11*b*) de la *Charte*, ainsi que le fait mon collègue le juge Sopinka. Appliquant toutefois la méthode qui tient compte de la période de transition, je suis d'avis que le silence de l'appelant au cours de la majeure partie de cette période doit s'interpréter comme une acceptation du délai, puisque le dossier ne fait mention d'aucune opposition de la part de l'accusé ou de l'avocat de la défense. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J. (dissenting)—This appeal is from the Ontario Court of Appeal (1988), 26 O.A.C. 389, which allowed the appeal from the decision of Smith J. of the High Court of Ontario. Pursuant to s. 11(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Smith J. ordered a stay of proceedings by reason of the unreasonable delay in resolving a criminal charge of murder against the appellant.

In October of 1987, more than five years after the appellant was charged with murder, a third trial was scheduled to commence. At that time the appellant brought a motion for a stay of proceedings based on an alleged violation of s. 11(*b*) of the *Charter* and abuse of process. The facts and procedural background are obviously central to the determination of this appeal and must therefore be considered in some detail.

Facts

On August 29, 1982, during the course of a bonfire party, a fight occurred between the appellant Conway and one Warren Leach. The appellant was then 21 years of age. There had been a history of animosity between the appellant and Leach. Leach was stabbed sixteen times and died as a result of these injuries. Later that same day, the appellant was arrested on a charge of first degree murder in connection with Leach's death.

The appellant was detained in custody until September 13, 1982, at which time he was granted judicial interim release. The preliminary hearing was held in part on January 12 and 13, 1983, and was continued and concluded four months later on

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA (dissident)—Il s'agit d'un pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1988), 26 O.A.C. 389, qui a accueilli l'appel de la décision du juge Smith de la Haute Cour de l'Ontario. En application de l'al. 11*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, le juge Smith avait ordonné la suspension des procédures en raison du délai déraisonnable à juger l'accusation de meurtre portée contre l'appelant.

Le troisième procès devait débuter en octobre 1987, plus de cinq ans après l'inculpation de l'appelant pour meurtre. À cette date, l'appelant a présenté une motion en suspension des procédures, en invoquant la violation de l'al. 11*b*) de la *Charte* et l'abus de procédure. Les faits et le déroulement des procédures sont au cœur de la décision à rendre sur le présent pourvoi et doivent donc être examinés en détail.

Les faits

Le 29 août 1982, au cours d'un fête autour d'un feu de joie, l'appelant et un nommé Warren Leach se sont battus. L'appelant avait alors 21 ans. Il y avait depuis longtemps de l'animosité entre l'appelant et Leach. Leach a été poignardé seize fois et est mort de ses blessures. Plus tard, le même jour, l'appelant a été arrêté et accusé du meurtre au premier degré de Leach.

L'appelant a été incarcéré jusqu'au 13 septembre 1982, puis remis en liberté provisoire en attendant son procès. L'enquête préliminaire s'est tenue en partie les 12 et 13 janvier 1983 et s'est poursuivie quatre mois plus tard, le 9 et le 19 mai 1983,

May 9 and 19, 1983 when the original two days scheduled in January proved insufficient to complete the inquiry. The appellant was committed to stand trial on the charge of first degree murder.

On June 24, 1983, the trial was adjourned on consent until December 5, 1983 to deal with the appellant's application to quash the committal for first degree murder. The application was dismissed, and on September 13, 1983 the trial date of December 6, 1983 was confirmed. Shortly thereafter, almost 16 months after the charge, on December 15, 1983, the jury returned a verdict of not guilty of first degree murder but guilty of the lesser included offence of second degree murder. The appellant was sentenced to life imprisonment without eligibility of parole for ten years. The appellant was represented at this trial by Mr. Leonard Shore.

The appellant launched an appeal of his conviction which was heard in December 1984. The appellant was represented by Mr. Brian Greenspan. On January 24, 1985, the Ontario Court of Appeal allowed the appeal partly on the grounds that the trial judge incorrectly instructed the jury relating to provocation. A new trial was ordered. The appellant was in custody for over thirteen months between December 14, 1983 and February 1, 1985. On the later date he was released on bail.

The appellant appeared in Assignment Court on March 4, 1985 and, upon adjournment, again on June 25, 1985, at which time a date for the second trial was set for January 7, 1986. On November 15, 1985, counsel who had represented the appellant during his first trial, Mr. Shore, brought an application to be removed from the record. The appellant was in the process of retaining Mr. Greenspan to conduct the second trial. Mr. Shore's application was refused by Osborne J. due to a concern that new counsel would be unable to prepare by January 7, 1986.

However, Mr. Shore applied again on December 5, 1985, and this time his application to be

parce que les deux jours retenus en janvier ne suffisaient pas pour terminer l'enquête. L'appelant a été renvoyé à son procès sur l'accusation de meurtre au premier degré.

Le 24 juin 1983, le procès a été reporté au 5 décembre 1983, du consentement des parties, pour permettre l'audition de la demande de l'appelant d'annuler le renvoi à son procès sur l'accusation de meurtre au premier degré. La demande a été rejetée et, le 13 septembre 1983, la date du procès fixée au 6 décembre 1983 a été confirmée. Peu après, le 15 décembre 1983, soit presque 16 mois après le dépôt de l'accusation, le jury a rendu un verdict d'acquittement relativement à l'accusation de meurtre au premier degré, mais un verdict de culpabilité de l'infraction moindre et comprise de meurtre au deuxième degré. L'appelant a été condamné à l'emprisonnement à perpétuité, sans admissibilité à la libération conditionnelle avant dix ans. À ce procès, l'appelant était représenté par Me Leonard Shore.

L'appelant a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité; cet appel a été entendu en décembre 1984 et l'appelant y était représenté par Me Brian Greenspan. Le 24 janvier 1985, la Cour d'appel de l'Ontario a accueilli l'appel en partie parce que le juge du procès avait commis une erreur dans les directives qu'il avait données au jury sur la provocation. La Cour d'appel a ordonné un nouveau procès. L'appelant a été incarcéré pendant plus de treize mois, du 14 décembre 1983 au 1er février 1985, puis a été libéré sous cautionnement.

L'appelant a comparu lors d'une audience de fixation du rôle, le 4 mars 1985, puis après ajournement, une autre fois le 25 juin 1985; la date de son deuxième procès a alors été fixée au 7 janvier 1986. Le 15 novembre 1985, Me Shore, l'avocat qui avait représenté l'appelant à son premier procès a demandé l'autorisation de se retirer du dossier. L'appelant cherchait à obtenir les services de Me Greenspan pour le représenter au deuxième procès. Le juge Osborne a rejeté la demande de Me Shore parce qu'il craignait que le nouvel avocat ne puisse être prêt pour le 7 janvier 1986.

Cependant, le 5 décembre 1985, Me Shore a renouvelé sa demande et cette fois, le juge Osborne

removed from the record was granted by Osborne J. On December 10, 1985, Osborne J. further directed that the trial was to proceed on January 7, 1986. This left the appellant one month to obtain new counsel before the second trial. Conway did not succeed in obtaining new counsel and appeared unrepresented at the scheduled start of his second trial on January 7, 1986. The appellant gave Osborne J. at this time a list of 11 criminal lawyers including Mr. Greenspan who had stated they could not take the case due to the short time before the trial date. Although the Crown and the court expressed some concern at the delay, the matter was adjourned to April 21, 1986 in order to allow the appellant to retain new counsel.

The second trial began on April 21, 1986 with Mr. Greenspan acting as counsel for the appellant. On May 1, 1986, after two days of deliberations, the jury failed to reach a verdict and a mistrial was declared.

The matter again came up in Assignment Court on May 26, 1986. The appellant was unrepresented but a lawyer from Mr. Shore's office spoke on his behalf. Mr. Greenspan had indicated to the accused that it would not be possible for him to act as counsel again in proceedings held in Ottawa. There was an adjournment until June 16, 1986 in order to enable the appellant to attend with counsel to fix a date for the third trial. At that time, although Mr. Shore spoke on his behalf, the appellant still had not retained counsel. A trial date was nevertheless set for September 22, 1986. A change of venue application to move the proceedings to Toronto brought by Mr. Greenspan was dismissed on August 8, 1986.

After the second trial the appellant applied for assistance under the Ontario Legal Aid Plan. This application had been made prior to the appellant's appearance on June 16, 1986 to set a date for trial. However, Conway had not been granted Legal Aid by the time of the June 16 appearance. After being refused twice, the appellant was finally granted Legal Aid on certain financial conditions in July of 1986.

lui a accordé l'autorisation de se retirer du dossier. Le 10 décembre 1985, le juge Osborne a aussi statué que le procès débuterait le 7 janvier 1986. Il restait un mois à l'appelant pour se trouver un autre avocat pour le deuxième procès. Conway n'a pas trouvé de nouvel avocat et a comparu sans avocat à la date prévue pour le début du procès, le 7 janvier 1986. L'appelant a alors présenté au juge Osborne une liste de onze avocats criminalistes, dont Me Greenspan, qui avaient déclaré ne pouvoir accepter de représenter l'appelant en raison de la très grande proximité de la date du procès. Bien que la poursuite et le juge se soient dits inquiets des délais, l'affaire a été reportée au 21 avril 1986 pour permettre à l'appelant de trouver un autre avocat.

Le deuxième procès a commencé le 21 avril 1986; Me Greenspan représentait l'appelant. Le 1er mai 1986, après deux jours de délibérations, le jury n'a pu s'entendre sur un verdict et ce procès a avorté.

À une nouvelle audience de fixation du rôle tenue le 26 mai 1986, l'appelant n'était pas représenté, mais un avocat du cabinet de Me Shore agissait en son nom. Me Greenspan avait avisé l'accusé qu'il ne lui serait plus possible de le représenter dans des procédures qui se dérouleraient à Ottawa. La cause a été remise au 16 juin 1986 afin de permettre à l'appelant de se présenter avec un avocat à l'audience de fixation de la date de son troisième procès. À cette date, bien que Me Shore ait parlé au nom de l'appelant, celui-ci n'avait pas encore retenu les services d'un avocat. La date du procès a néanmoins été fixée au 22 septembre 1986. La demande de changement du lieu du procès présentée par Me Greenspan pour faire tenir le procès à Toronto a été rejetée le 8 août 1986.

Après le deuxième procès, l'appelant a présenté une demande au Régime d'aide juridique de l'Ontario. Il avait fait cette demande avant de comparaître à l'audience de fixation de la date du procès du 16 juin 1986. Lors de cette comparution, la demande présentée à l'aide juridique par Conway n'avait pas encore été acceptée. Après deux refus, l'appelant a finalement été admis à l'aide juridique en juillet 1986, sous certaines conditions financières.

On the date set for the third trial, September 22, 1986, the appellant sought an adjournment as he had not been successful in retaining new counsel. The request was granted over the objection of the Crown and the trial was set for November 10, 1986. On October 2, 1986, the accused brought an application to adjourn the trial date as Donald Bayne, the new counsel, was only able to represent the appellant if an adjournment were granted. The application was denied. A further application was brought on November 4, 1986 and it was also denied. From mid-September until the end of October 1986 at least seven criminal lawyers were approached to represent the appellant at his scheduled trial of November 10, 1986. Affidavits from these lawyers were filed indicating their inability to represent the appellant at this short notice.

On further application, O'Brien J. ordered that the trial not proceed until immediately after the disposition of another unrelated murder trial which was set to commence on November 17, 1986. On December 4, 1986, the appellant brought another application to adjourn before Watt J. This time, the request made by Mr. Bayne was granted and the date for the trial was set for April 21, 1987.

On April 21, 1987, the appellant appeared before Callon J. and indicated that he wished to re-elect to be tried by a judge sitting without a jury. The question whether the *Criminal Code* gave an accused this right was scheduled to be argued before the Ontario Court of Appeal in May of 1987 (subsequently reported as *R. v. Turpin* (1987), 36 C.C.C. (3d) 289, appeal dismissed [1989] 1 S.C.R. 1296). The matter was adjourned by Callon J. until the June 1, 1987 Assignment Court. Callon J. felt it best to await the decision of the Court of Appeal. Subsequently, at the June 1, 1987 Assignment Court the date of October 26, 1987 was set for the third trial.

At the onset of the third trial, on October 26, 1987, the appellant appeared before Smith J. and entered a plea of not guilty on the charge of murder but guilty on the lesser included offence of manslaughter. The plea was not accepted by the Crown because the appellant would not agree to a

À la date fixée pour le troisième procès, le 22 septembre 1986, l'appelant a demandé un ajournement parce qu'il n'avait pas réussi a retenir les services d'un nouvel avocat. L'ajournement a été accordé malgré l'opposition de la poursuite et le procès a été fixé au 10 novembre 1986. Le 2 octobre 1986, l'accusé a présenté une demande de report de la date du procès parce que Me Donald Bayne, le nouvel avocat, ne pouvait agir pour l'appelant que s'il y avait remise du procès. Cette demande a été rejetée. Une nouvelle demande présentée le 4 novembre 1986 a aussi été rejetée. De la mi-septembre jusqu'à la fin d'octobre 1986, sept avocats au moins ont été contactés pour assurer la défense de l'accusé au procès fixé au 10 novembre 1986. Les affidavits de ces avocats ont été produits pour établir l'impossibilité pour eux de représenter l'appelant à aussi brève échéance.

À l'occasion d'une nouvelle demande, le juge O'Brien a ordonné de ne pas tenir le procès avant la conclusion d'un autre procès pour meurtre, sans lien avec l'espèce, qui devait débuter le 17 novembre 1986. Le 4 décembre 1986, l'appelant a présenté au juge Watt une autre demande d'ajournement. Cette fois, la demande de Me Bayne a été accueillie et le procès fixé au 21 avril 1987.

Le 21 avril 1987, l'appelant a comparu devant le juge Callon et a indiqué qu'il voulait changer son choix et être jugé par un juge sans jury. La question de savoir si le *Code criminel* accorde ce droit à un accusé devait être débattue devant la Cour d'appel de l'Ontario en mai 1987 (décision publiée *R. v. Turpin* (1987), 36 C.C.C. (3d) 289, pourvoi rejeté, [1989] 1 R.C.S. 1296). Le juge Callon a ajourné l'affaire à l'audience de fixation du rôle du 1er juin 1987. Le juge Callon estimait préférable d'attendre l'arrêt de la Cour d'appel. Le 1er juin 1987, à l'audience d'appel du rôle, la date du troisième procès a été fixée au 26 octobre 1987.

Au début du troisième procès, le 26 octobre 1987, l'appelant a comparu devant le juge Smith et a inscrit un plaidoyer de non-culpabilité relativement à l'accusation de meurtre et un plaidoyer de culpabilité relativement à l'accusation comprise d'homicide involontaire coupable. La poursuite a

joint submission for a sentence of 15 years. The appellant consequently brought an application to stay on the basis that holding a third trial in the circumstances would constitute an abuse of process and, as well, on the basis that in view of the time elapsed since the beginning of these proceedings, there had been a violation of his right to be tried within a reasonable time guaranteed by s. 11(*b*) of the *Charter*.

The appellant was incarcerated for a period of thirteen and a half months including the period immediately after his arrest and after the first trial prior to the Court of Appeal's decision. While on bail the appellant was subject to several restrictions including a provision that he not reside at his family home in Barrhaven. He was also required to report to the Manotick detachment of the Ontario Provincial Police on a weekly basis. As well, the length and number of proceedings over five years required that the appellant appear in court for two trials, one appeal and frequently for the purpose of obtaining trial dates and adjournments.

The appellant adduced evidence demonstrating that he suffered from stress, anxiety and stigmatization as a result of the delay. The uncertainty which he faced was exacerbated by the length of the delay. The delay resulted in the continued disruption of the appellant's family life and social life. His education was disrupted and his health suffered. The defence put forward by the appellant was self-defence and provocation. Determination of these issues will depend on *viva voce* evidence. The appellant alleges that his right to a fair trial has been prejudiced.

Judgments Below

High Court

On November 6, 1987, Smith J. endorsed an order staying the proceedings against the appellant. In oral reasons for judgment Smith J. held that the facts and circumstances surrounding the prosecution of the appellant did not justify a stay on the grounds of an abuse of process. Smith J.

refusé le plaidoyer de culpabilité parce que l'appelant n'a pas voulu acquiescer à une proposition commune de peine de 15 ans d'emprisonnement. L'appelant a ensuite présenté une demande de suspension des procédures pour le motif que la tenue d'un troisième procès dans ces circonstances constituerait un abus de procédure et pour celui qu'en raison du temps écoulé depuis le début des procédures son droit d'être jugé dans un délai raisonnable garanti par l'al. 11*b*) de la *Charte* avait été violé.

L'appelant a été incarcéré pendant treize mois et demi, si l'on ajoute la période d'incarcération qui a suivi son arrestation à celle qui va de la fin du premier procès jusqu'à l'arrêt de la Cour d'appel. Pendant qu'il était en liberté sous cautionnement, l'appelant était assujetti à un certain nombre de restrictions, notamment celle de ne pas résider chez ses parents, à Barrhaven. Il devait aussi se présenter toutes les semaines au poste de la police provinciale de l'Ontario à Manotick. De plus, la durée et le nombre des procédures au cours des cinq années ont exigé que l'appelant comparaisse au tribunal pour deux procès, pour un appel et à de nombreuses autres occasions pour la fixation des dates des procès ou leurs ajournements.

L'appelant a soumis des éléments de preuve pour établir qu'il souffrait de stress et d'angoisse et avait été marqué par tous ces retards. L'incertitude dans laquelle il vivait était encore aggravée par la durée des délais qui, en outre, bouleversaient constamment sa vie familiale et sociale. Ses études avaient été perturbées et sa santé en était affectée. La défense de l'appelant consiste à invoquer la légitime défense et la provocation. Le sort de ces moyens de défense dépend d'une preuve par témoins. L'appelant soutient que son droit à un procès équitable est compromis.

Les jugements d'instance inférieure

La Haute Cour

Le 6 novembre 1987, le juge Smith a contresigné une ordonnance d'arrêt des procédures engagées contre l'appelant. Dans ses motifs oraux, le juge Smith a déclaré que les faits et les circonstances de la poursuite de l'appelant ne justifiaient pas l'arrêt des procédures pour le motif d'abus de

held that a court's discretion to issue a stay based on an abuse of process must be sparingly used. Abuse of process requires oppressive or vexatious conduct on behalf of the prosecution or some misconduct which offends the principles of fundamental justice. Although Smith J. felt that he could consider whether the Crown's failure to accept a plea of manslaughter unless the accused agreed to a joint submission on sentencing comprised an abuse of process, he concluded that the Crown had acted in a fair and competent manner.

However, after examining the nature of the proceedings and the more than five-year delay between the charge and the scheduled date of the third trial, Smith J. held that the appellant's s. 11(*b*) right to be tried within a reasonable time had been infringed. Therefore, a stay on the charge of second degree murder was ordered on the basis that the length of time taken to resolve the matter was due largely to systemic delay. Smith J. rejected the assertions of the Crown that the appellant had in essence waived his right to assert unreasonable delay as a result of the adjournments made necessary due to the difficulty he experienced in retaining counsel. The five-year period was said to be due largely to systemic delay which was unnecessary.

Court of Appeal

The Ontario Court of Appeal in a unanimous decision set aside the order staying the proceedings and directed a new trial to proceed. The Court of Appeal agreed with the court below that the conduct of the prosecution did not constitute an abuse of process. Neither the failure of the Crown to accept a plea of guilty to manslaughter nor the refusal to consent to a trial before a judge alone were held to constitute an abuse of process.

The Court of Appeal stated that even if the overall time between the charge and the stay raises

procédure. Le juge Smith a affirmé que la cour devait exercer avec retenue le pouvoir discrétionnaire qu'elle possède d'arrêter les procédures pour abus de procédure. L'abus de procédure exige que la poursuite se comporte de manière oppressive ou vexatoire ou qu'elle adopte une conduite blâmable qui porte atteinte aux principes de justice fondamentale. Bien que le juge Smith ait estimé qu'il aurait pu voir un abus de procédure dans le refus de la poursuite d'accepter le plaidoyer de culpabilité sur l'accusation d'homicide involontaire coupable parce que l'accusé n'acquiesçait pas à la recommandation conjointe relative à la peine, il a conclu que le ministère public avait agi avec équité et compétence.

Cependant, après avoir examiné la nature des procédures et le délai de plus de cinq ans écoulé entre le dépôt de l'accusation et la date fixée pour le troisième procès, le juge Smith a conclu que le droit de l'appelant d'être jugé dans un délai raisonnable, garanti par l'al. 11*b*), avait été violé. Il a donc ordonné l'arrêt des procédures relatives à l'accusation de meurtre au deuxième degré parce que le temps pris pour résoudre l'affaire résultait largement de délais inhérents au système. Le juge Smith a rejeté l'affirmation de la poursuite selon laquelle l'appelant avait implicitement renoncé au droit d'invoquer le retard injustifié à cause des ajournements rendus nécessaires par ses difficultés à se trouver un avocat. Le délai de cinq ans a été attribué largement à des délais inhérents au système, mais inutiles.

La Cour d'appel

La Cour d'appel de l'Ontario, à l'unanimité, a infirmé l'ordonnance d'arrêt des procédures et ordonné un nouveau procès. La Cour d'appel a confirmé l'avis du tribunal de première instance que le comportement du ministère public ne constituait pas un abus de procédure. Ni le refus de la poursuite d'accepter le plaidoyer de culpabilité sur l'accusation d'homicide involontaire coupable, ni le refus de consentir à un procès devant un juge seul ne constituaient, aux yeux de la cour, un abus de procédure.

La Cour d'appel a affirmé que, même si le temps écoulé depuis le dépôt de l'accusation et la

a *prima facie* case of delay, there was no breach of the appellant's right to a trial within a reasonable time. The reasons for the delays were not attributable to the Crown, but were either neutral or made necessary to provide a fair trial to the accused. The Court of Appeal noted that the community has an interest in seeing that a criminal case is determined on its merits after a fair trial. In holding that there was no violation of s. 11(*b*) the Court held that so long as the delays are not unreasonable, those which are inevitable to the operation of the very system which seeks to provide a fair judicial determination of criminal charges by way of a trial should not in themselves be the basis of granting a stay of proceedings.

Abuse of Process

The appellant argues that requiring a third trial in the circumstances of this case would comprise an abuse of process. The appellant also contends that the Crown's insistence on tying their consent to a plea to manslaughter to a joint submission as to sentence represented an abuse of process. I agree with the conclusion reached in the courts below that the actions of the Crown in prosecuting this case fall short of conduct justifying a stay of proceedings on the basis of an abuse of process.

The Right to Be Tried Within a Reasonable Time

The appellant argues that requiring a third trial more than five years after the date of the charge violates his right to be tried within a reasonable time pursuant to s. 11(*b*) of the *Charter*. Section 11(*b*) provides:

11. Any person charged with an offence has the right

. . .

(*b*) to be tried within a reasonable time;

With respect, I cannot agree with the conclusions reached by the majority on this issue.

Application to Appellate Proceedings

This case raises squarely the issue whether the rights enshrined in s. 11(*b*) of the *Charter* apply to appellate proceedings. On its face, s. 11(*b*) might be viewed as extending to an individual only the right to have his trial conducted in a reasonably prompt manner such that there would be no con-

suspension des procédures est à première vue excessif, il n'y a pas eu violation du droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable. Les délais n'étaient pas imputables à la poursuite, mais étaient soit neutres soit nécessaires pour assurer un procès équitable à l'accusé. La Cour d'appel fait observer que la société a un intérêt à ce que les affaires criminelles soient tranchées au fond à la suite d'un procès équitable. En statuant qu'il n'y avait pas eu violation de l'al. 11*b*), la cour a affirmé que, pour autant que les délais ne sont pas déraisonnables, les délais inhérents au fonctionnement du système même qui vise à juger équitablement les accusations criminelles par un procès ne devraient pas eux-mêmes servir de fondement à l'octroi d'une ordonnance d'arrêt des procédures.

L'abus de procédure

L'appelant soutient qu'exiger un troisième procès dans les circonstances de l'espèce équivaudrait à un abus de procédure. L'appelant soutient encore que l'insistance que la poursuite met à lier son consentement à un plaidoyer de culpabilité d'homicide involontaire coupable à une recommandation conjointe de peine constitue un abus de procédure. Je partage la conclusion des tribunaux d'instance inférieure selon laquelle la conduite de la poursuite en l'espèce ne peut justifier l'arrêt des procédures pour abus de procédure.

Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable

L'appelant soutient qu'exiger un troisième procès plus de cinq ans après le dépôt de l'accusation porte atteinte à son droit d'être jugé dans un délai raisonnable garanti par l'al. 11*b*) de la *Charte*. L'alinéa 11*b*) dit:

11. Tout inculpé a le droit:

. . .

b) d'être jugé dans un délai raisonnable;

En toute déférence, je ne peux souscrire à l'opinion de la majorité sur ce point.

Application aux procédures d'appel

L'espèce pose carrément la question de savoir si le droit garanti par l'al. 11*b*) de la *Charte* s'applique aux procédures d'appel. Pris à la lettre, l'al. 11*b*) peut sembler comporter uniquement le droit pour une personne de subir son procès assez promptement, de sorte qu'il n'existerait pas de

stitutionally guaranteed right to a decision or sentencing without unreasonable delay. Understandably, however, this provision has not been construed in so narrow a fashion.

This Court, in *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588, was asked to consider the scope of s. 11(*b*). In that case the Crown closed its case fourteen months after the charges of making false returns and willful evasion pursuant to s. 239(1) of the *Income Tax Act* were laid. After a defence motion for a directed verdict, the trial judge took eleven months before dismissing the motion. The accused argued that this latter delay must also be considered a breach of s. 11(*b*) even though the trial itself was conducted in a timely fashion.

Lamer J. (Dickson C.J. concurring) held that the time period is not arbitrarily ended for the purpose of a s. 11(*b*) claim at the end of the trial. At pages 610-11 of *Rahey*, *supra*, Lamer J. stated:

> As I have already said here and in *Mills*, s. 11(*b*) protects against an overlong subjection to a pending criminal case and aims to relieve against the stress and anxiety which continue until the outcome of the case is final. The delay in the present case occurred prior to a determination of guilt or innocence and thus, while the case was pending, the appellant continued to be subjected to stress and anxiety .... To terminate the protection afforded by s. 11(*b*) as of the moment the trial is commenced without also considering as relevant the delay that may occur thereafter would be to disregard the purpose of that provision and would unduly emasculate the protection it was sought to afford. The stigma of being an accused does not end when the person is brought to trial but rather when the trial is at an end and the decision is rendered. The computation cannot end as of the moment the trial begins, but rather must continue until the end of the saga, all of which must be within a reasonable time.

La Forest J. (McIntyre J. concurring) in *Rahey*, *supra*, at pp. 632-33, similarly concluded that the s. 11(*b*) right extends beyond the trial to ensure that the decision itself is rendered promptly. I

droit garanti par la Constitution à une décision ou au prononcé d'une peine dans un délai raisonnable. Cependant, la disposition n'a pas été interprétée de façon aussi restrictive, ce qui est compréhensible.

Dans l'arrêt *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588, cette Cour a été appelée à déterminer la portée de l'al. 11*b*). Dans cette affaire, la poursuite avait terminé sa preuve quatorze mois après le dépôt des accusations d'avoir fait de fausses déclarations et d'avoir volontairement éludé le paiement d'impôts, portées en vertu du par. 239(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Une requête en verdict imposé avait été présentée et le juge avait pris onze mois pour la rejeter. L'accusé soutenait que ce dernier délai était aussi une violation de l'al. 11*b*) même si le procès lui-même avait été tenu dans des délais raisonnables.

Le juge Lamer (avec l'appui du juge en chef Dickson) a conclu que, pour les fins de l'al. 11*b*), la période ne se terminait pas arbitrairement à la fin du procès. Aux pages 610 et 611 de l'arrêt *Rahey*, précité, le juge Lamer dit:

> Comme je l'ai déjà affirmé dans les présents motifs et dans l'arrêt *Mills*, l'al. 11*b*) protège contre un assujettissement trop long à une accusation criminelle pendante et vise à soulager de la tension et de l'angoisse qui persistent jusqu'à ce que l'affaire soit finalement tranchée. En l'espèce, le délai est survenu avant la détermination de la culpabilité ou de l'innocence et ainsi, tant que l'instance est demeurée pendante, l'appelant a continué d'éprouver de la tension et de l'angoisse [...] Mettre fin à la protection offerte par l'al. 11*b*) dès l'ouverture du procès, sans en outre considérer comme pertinent tout délai qui peut survenir par la suite, reviendrait à faire abstraction de l'objet de cette disposition et à diminuer indûment la protection souhaitée. Les stigmates résultant d'une inculpation disparaissent non pas lorsque l'inculpé est traduit devant les tribunaux pour subir son procès, mais lorsque le procès prend fin et que la décision est rendue. Le calcul du délai ne cesse pas au moment de l'ouverture du procès, mais se poursuit plutôt jusqu'à la toute fin de l'histoire, et le tout doit se dérouler dans un délai raisonnable.

Le juge La Forest (avec l'appui du juge McIntyre) a aussi conclu dans *Rahey*, précité, aux pp. 632 et 633, que le droit garanti par l'al. 11*b*) s'étend au-delà du procès et vise à ce que la

agree that any ambiguity on this point in the English version is resolved by reference to the French text which suggests that an individual's right to be "tried" promptly encompasses more than the actual trial. The French version reads:

11. Tout inculpé a le droit:

. . .

b) d'être jugé dans un délai raisonnable;

"*Jugé*" means "judged" or "sentenced" and connotes a sense of adjudication which goes beyond the mere trial itself. Had the section been intended to apply to the start of the trial only, then "*mis en jugement*" would have been used. At the very least, the rendering of a decision or delivering of a sentence must be part of the activity which s. 11(*b*) addresses. The principles of statutory interpretation ensure that a person accused of a criminal offence must be able to take advantage of the more liberal of the two equally authoritative versions, in this case the French text.

In *Rahey*, *supra*, La Forest J. stated at p. 633:

> It would be cold comfort to an accused to be brought promptly to trial if the trial itself might be indefinitely prolonged by the judge. The question of delay must be open to assessment at all stages of a criminal proceeding, from the laying of the charge to the rendering of judgment at trial.

Certainly, the rights of an accused would be severely limited if s. 11(*b*) were not held to extend beyond the commencement of the trial. However, in *Rahey* the question of whether s. 11(*b*) applies to appellate delay was expressly left open. That question is directly raised in this appeal.

The Supreme Court of the United States in *United States v. Loud Hawk*, 474 U.S. 302 (1986), considered the role of appellate delay in the context of a claim that the defendant's right to a speedy trial as guaranteed by the Sixth Amendment had been infringed. After a reindictment, 44 months elapsed before trial, due largely to interlocutory appeals by both the defendants and the government from pretrial rulings. Powell J. for the majority (5-4) recognized that the interests served by appellate review could sometimes stand in opposition to the interests of a speedy trial. The

décision elle-même soit rendue promptement. Je reconnais que le texte français lève toute ambiguïté que peut laisser la version anglaise et indique que le droit d'une personne d'être jugée promptement va au-delà du procès. La version française dit:

11. Tout inculpé a le droit:

. . .

b) d'être jugé dans un délai raisonnable;

«Jugé» signifie «ayant fait l'objet d'un jugement» ou «d'une condamnation» et comporte le sens de décision allant au-delà du procès lui-même. Si l'on avait voulu que l'article s'applique à l'ouverture du procès seulement, on aurait dit «mis en jugement». À tout le moins, le prononcé de la décision ou de la peine doit faire partie de l'activité visée par l'al. 11*b*). Les principes d'interprétation des lois veulent qu'une personne accusée d'une infraction criminelle puisse se prévaloir de la plus favorable des deux versions officielles, qui en l'espèce se trouve être la version française.

Dans *Rahey*, précité, le juge La Forest dit à la p. 633:

> Le fait d'être cité rapidement à son procès constituerait une maigre consolation pour un accusé si le procès lui-même pouvait être prolongé indéfiniment par le juge. La question du délai doit pouvoir être évaluée à tous les stades d'une instance criminelle, depuis le dépôt de l'accusation jusqu'au prononcé du jugement au procès.

Les droits d'un accusé seraient, certes, gravement restreints si l'al. 11*b*) ne s'appliquait que jusqu'au début du procès. Cependant la question de savoir si l'al. 11*b*) s'applique aux délais relatifs à l'appel n'a pas été tranchée dans l'arrêt *Rahey*. Ce pourvoi soulève directement cette question.

Dans *United States v. Loud Hawk*, 474 U.S. 302 (1986), la Cour suprême des États-Unis a examiné le rôle des délais occasionnés par les appels dans le cadre d'une demande du défendeur qui alléguait la violation de son droit à un procès expéditif que lui garantit le Sixième amendement. Après le dépôt d'un nouvel acte d'accusation, il s'était écoulé 44 mois en raison principalement d'appels interlocutoires formés par les défendeurs et le gouvernement contre des décisions relatives à des procédures antérieures au procès. Le juge Powell, pour la majorité (5 contre 4) a reconnu

delay caused by the appeal process can be considered as one factor suggesting that a defendant was deprived of a speedy trial. However, on the specific facts the majority held that the delays asserted by the defendants could not weigh sufficiently in favour of a violation of their Sixth Amendment right. Rather than dismissing the possibility that a delay in the appeal process could comprise an infringement of the right to a speedy trial, the majority merely held that the reasons for any delay must be considered. The dissenting opinion by Marshall J. held that the defendants' right to a speedy trial had been infringed as a direct result of the delays before the Court of Appeals.

que les intérêts protégés par la procédure d'appel peuvent parfois s'opposer aux intérêts d'un procès expéditif. Les délais occasionnés par une procédure d'appel peuvent être un des facteurs à considérer pour déterminer si le défendeur a été privé du droit à un procès expéditif. Cependant, dans les circonstances précises de l'affaire, la majorité a conclu que les retards invoqués par les défendeurs n'étaient pas suffisants pour entraîner une violation du droit que le Sixième amendement leur garantissait. Plutôt que d'écarter l'idée que des retards dans la procédure d'appel puissent comporter une violation du droit à un procès expéditif, la majorité a simplement affirmé qu'il faut tenir compte du motif de tous les retards. Dans des motifs de dissidence, le juge Marshall a conclu qu'il y avait eu violation du droit des défendeurs à un procès expéditif en conséquence directe des délais intervenus devant la cour d'appel.

The European Court of Human Rights, in the *Wemhoff* case, judgment of 27th June 1968, Series A No. 7, considered similar provisions. Articles 5(3) and 6(1) of the *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 222, provide:

5(3) Everyone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1 (*c*) of this Article shall be brought promptly before a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial. Release may be conditioned by guarantees to appear for trial.

6(1) In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.

La Cour européenne des droits de l'homme a examiné des dispositions similaires dans l'affaire *Wemhoff*, arrêt du 27 juin 1968, Série A nº 7. Les paragraphes 5(3) et 6(1) de la *Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 223, édictent ceci:

5(3) Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1 *c*) du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure. La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l'intéressé à l'audience.

6(1) Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle.

Although the Article 5(3) right was said to extend only to the trial of first instance, the Court held that the Article 6(1) right to a public hearing within a reasonable time is not limited to a requirement that the initial trial commence in a prompt fashion. The right was held to extend to the period after the trial while awaiting a decision.

Bien que, selon la cour, le droit prévu au par. 5(3) s'étende seulement au procès en première instance, la cour a statué que le droit à une audition publique dans un délai raisonnable accordé par le par. 6(1) ne se limite pas à exiger que le premier procès soit entrepris avec diligence. On a statué que ce droit s'applique à la période qui suit le procès,

As well, the right was extended to delays involving appellate decisions. Specifically, the Court stated at p. 26:

> The Court is of opinion that the precise aim of this provision in criminal matters is to ensure that accused persons do not have to lie under a charge for too long and that the charge is determined.
>
> There is therefore no doubt that the period to be taken into consideration in applying this provision lasts at least until acquittal or conviction, even if this decision is reached on appeal.

This interpretation of the Convention as applying until determination of the matter at the highest appellate level is in apparent recognition of the prejudice to the appellant, which is not limited to the period prior to an initial trial, but continues until all potential appeals have been exhausted.

I am of the opinion that s. 11(*b*) must extend the procedural right to be tried within a reasonable time to appellate proceedings. The word "tried" must be interpreted in light of the intention of the provision. The purpose of s. 11(*b*) is to minimize the prejudice to an accused as a result of a criminal charge by ensuring that proceedings are completed within a reasonable time. There is little question that most persons charged with an offence suffer some prejudice such as stress, anxiety or stigmatization. As well, prejudice is likely to increase over time and will almost certainly continue until the ultimate resolution of the matter. Section 11(*b*) of the *Charter* has provided individuals with a measure of protection against unduly long proceedings. Given that the mischief towards which s. 11(*b*) is directed (the prejudice to the accused) will persist until all appellate proceedings have finished, it would be a shallow and illusory right if s. 11(*b*) were interpreted to apply only to the initial trial. The aims or objects of s. 11(*b*) were more broadly designed to guarantee an individual the right to a final resolution of a charge without unreasonable delay.

Our entire court system has been placed under the scrutiny of the *Charter*, including s. 11(*b*). In the administration of their duties, all courts,

jusqu'au prononcé d'une décision. De même, le droit s'étend à l'égard des délais relatifs aux décisions en appel. La cour dit expressément, à la p. 26:

> La Cour estime que cette disposition a plus précisément pour objet, en matière pénale, d'obtenir que les accusés ne demeurent pas pendant un temps trop long sous le coup d'une accusation et qu'il soit *décidé* sur son bien-fondé.
>
> Il n'est donc pas douteux que la période à prendre en considération dans l'application de cette disposition s'étend pour le moins jusqu'à la décision d'acquittement ou de condamnation, fût-elle rendue en degré d'appel.

Cette interprétation de la Convention, selon laquelle le droit vaut jusqu'à la détermination de l'affaire au dernier niveau d'appel, reconnaît apparemment que le tort causé à l'appelant ne se limite pas à la période précédant le premier procès, mais qu'il continue jusqu'à ce que tous les recours possibles d'appel aient été épuisés.

Je suis d'avis que l'al. 11*b*) étend le droit procédural d'être jugé dans un délai raisonnable jusqu'aux procédures d'appel. Il faut interpréter le mot «jugé» en fonction de l'objet de la disposition. L'alinéa 11*b*) a pour objet de réduire le plus possible, par la tenue des procédures dans un délai raisonnable, le préjudice causé à un accusé par le fait d'un accusation criminelle. Il n'y a pas de doute que la plupart des personnes inculpées d'une infraction subissent un certain tort, que ce soit le stress, l'angoisse ou l'atteinte à leur réputation. De plus, le tort augmente vraisemblablement avec le temps et dure jusqu'à l'issue de l'affaire. L'alinéa 11*b*) de la *Charte* assure aux personnes une certaine protection contre les procédures excessivement longues. Puisque le problème que l'al. 11*b*) vise à corriger (le préjudice causé à l'accusé) dure jusqu'à ce que les procédures d'appel soient terminées, ce serait une protection mince et illusoire si, par interprétation, on arrivait à conclure qu'il ne s'applique qu'au premier procès. L'objet de l'al. 11*b*) est de conception plus générale; il tend à garantir à l'accusé le droit d'obtenir une décision définitive sur l'accusation, sans délai abusif.

Tout notre système de justice a été assujetti à l'examen en vertu de la *Charte*, notamment de l'al. 11*b*). Dans l'exécution de leurs fonctions, les tribu-

including those at the appellate level, must be cognizant of the need to dispose of charges against individuals in a reasonably prompt fashion. The detriment or prejudice to an accused as a result of delay does not abate until the rendering of final judgment. I am therefore of the opinion that any period prior to the rendering of final judgment comes under the scrutiny of s. 11(*b*) even where appellate courts are involved. The process of justice must be reasonably efficient at all levels if s. 11(*b*) is to be meaningful. Both the government, which is responsible for the administration of the courts, and the judiciary must ensure that trials and appeals are conducted and completed within a reasonable time.

The time elapsed as a result of resort to appeal procedures by either the accused or the Crown can be considered under s. 11(*b*). However, these delays are to be assessed in recognition of the inherent time requirements at the relevant appellate court. Resort to appellate proceedings will understandably add to the overall time in resolving the matter. A determination of the reasonableness of the actual delay must be sensitive to the number and nature of proceedings.

What is Unreasonable Delay?

It is well accepted that the interpretation of *Charter* rights must be considered in light of the underlying purpose of those rights. (See *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295). The goal of s. 11(*b*) is to prevent any prejudice to an accused as a result of unreasonable delay in bringing the individual to trial or reaching a final determination.

This Court had occasion to consider the overall purpose of s. 11(*b*) in both *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, and *Rahey*, *supra*. In those cases, there was general agreement that the goal of s. 11(*b*) was to secure the more extensive rights to liberty and security of the person as enshrined in s. 7 of the *Charter*. I agree that s. 11(*b*) is premised in part upon a desire to ensure that an accused's liberty and security are not unduly violated as a

naux judiciaires, y compris les cours d'appel de tous les niveaux, doivent reconnaître la nécessité de disposer des accusations portées contre les justiciables avec une célérité raisonnable. Le préjudice causé à un accusé en raison des délais ne cesse qu'au moment du jugement définitif. Je suis donc d'avis que tous les délais antérieurs au prononcé du jugement définitif sont assujettis à l'examen fondé sur l'al. 11*b*), même si des cours d'appel sont en cause. Le système judiciaire doit manifester une efficacité raisonnable à tous les niveaux si l'al. 11*b*) doit avoir un sens. Le gouvernement, qui est responsable de l'administration des tribunaux, et la magistrature doivent l'un et l'autre voir à ce que les procès et les appels se déroulent et arrivent à une conclusion dans des délais raisonnables.

En vertu de l'al. 11*b*), il faut tenir compte du laps de temps correspondant aux procédures d'appel engagées tant par la poursuite que par l'accusé. Cependant, on doit évaluer le temps en tenant compte des délais inhérents à la cour d'appel dont il s'agit. Le recours aux procédures d'appel ajoute naturellement des délais au temps total nécessaire pour arriver à la solution définitive d'un litige. L'évaluation du caractère raisonnable des délais doit tenir compte de la quantité de procédures et de leur nature.

En quoi consiste un délai déraisonnable?

Il est bien établi que l'interprétation des droits garantis par la *Charte* doit être envisagée en fonction de leur objet sous-jacent. (Voir *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295). Le but de l'al. 11*b*) est d'empêcher qu'un accusé subisse un préjudice quelconque à cause du retard abusif à lui faire subir son procès ou à arriver à la solution définitive du litige.

Cette Cour a eu l'occasion d'examiner l'objectif global de l'al. 11*b*) dans les arrêts *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, et *Rahey*, précité. Les juges qui ont participé au jugement dans ces arrêts ont, dans l'ensemble, été d'avis que l'al. 11*b*) avait pour but général de protéger davantage les droits plus étendus à la liberté et à la sécurité de la personne que l'art. 7 de la *Charte* a constitutionnalisés. Je reconnais que l'al. 11*b*) se fonde en partie

result of a failure to complete criminal proceedings within a reasonable time.

The need to consider an accused's liberty and security interests is common ground among the members of this Court who participated in the discussion in *Rahey* and *Mills*. However, slightly different approaches to the consideration of s. 11(*b*) were adopted by members of this Court in *Mills*, and especially in *Rahey*. The four separate judgments in *Rahey*, reveal that there was no unanimous agreement on the following points: (1) whether there is an irrebuttable presumption of prejudice to the accused's security interest or if this is simply an inference that may be drawn by the Court; (2) whether the infringement of an accused's fair trial interest is also a form of prejudice that s. 11(*b*) is intended to limit; and (3) whether the prejudice is to be measured from the moment of the charge or only after the delay becomes unreasonable. These differences did not, however, in *Rahey* affect the result. I am of the opinion that this appeal can be disposed of without attempting to reconcile all the differences of opinion expressed in those two cases. That would be more appropriate in a case where these issues would affect the result and all members of the Court are able to participate in the decision. Resort to s. 11(*b*) is becoming more frequent and this tendency is likely to continue and indeed increase. It is important, therefore, that this Court adopt a practical approach to the problem that will not unduly complicate the application of s. 11(*b*). I shall therefore state my views with this in mind and with due deference to the views expressed by my colleagues.

The party alleging a violation of s. 11(*b*) cannot by the mere allegation call upon the Crown to justify the period of time that has elapsed since the charge. On the contrary, the person charged has the initial burden of satisfying the court that, *prima facie*, the delay is unreasonable. The United States Supreme Court in *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972), *per* Powell J., at p. 530, held that only if a delay was presumptively prejudicial

sur l'idée d'assurer qu'il ne sera pas porté atteinte indûment à la liberté et à la sécurité de la personne de l'accusé par le défaut de terminer les procédures criminelles dans un délai raisonnable.

Les juges qui ont participé aux arrêts *Mills* et *Rahey* ont reconnu la nécessité de tenir compte des droits de l'accusé à la liberté et à la sécurité de sa personne. Cependant, les juges de cette Cour qui ont participé à l'arrêt *Mills* et, plus spécialement à l'arrêt *Rahey*, ont fait des analyses légèrement différentes de l'al. 11*b*). Il ressort des opinions des quatre juges qui ont rédigé des motifs dans l'arrêt *Rahey* qu'il n'y a pas eu d'unanimité sur les points suivants: (1) existe-t-il une présomption irréfragable de préjudice causé au droit à la sécurité de l'accusé ou s'agit-il d'une conclusion que la Cour peut tirer? (2) la violation du droit de l'accusé d'obtenir un procès équitable est-elle une forme de préjudice que l'al. 11*b*) vise à limiter? (3) le préjudice s'évalue-t-il à partir du dépôt de l'accusation ou seulement à partir du moment où le délai est devenu excessif? Ces divergences n'ont cependant pas modifié l'issue du pourvoi dans l'arrêt *Rahey*. Je crois qu'il est possible de trancher le présent pourvoi sans essayer de concilier tous les avis différents qui ont été exprimés dans ces deux arrêts. Il vaudrait mieux le faire à l'occasion d'une affaire dans laquelle ces questions auraient une influence sur l'issue du litige et à laquelle tous les juges de la Cour pourraient prendre part. On a de plus en plus souvent recours à l'al. 11*b*) et il est probable que cette tendance se maintiendra et même qu'elle s'accentuera. Il importe donc que cette Cour adopte une approche pragmatique qui ne compliquera pas indûment l'application de l'al. 11*b*). Je m'exprimerai donc en gardant cette nécessité à l'esprit et en toute déférence pour les avis exprimés par mes collègues.

La partie qui invoque la violation de l'al. 11*b*) ne peut, par cette seule allégation, obliger la poursuite à justifier le temps écoulé depuis le dépôt de l'accusation. Au contraire, il incombe à l'accusé d'établir, à la satisfaction de la cour, que le délai est à première vue déraisonnable. Dans l'arrêt *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972), à la p. 530, le juge Powell dit au nom de la Cour suprême des États-Unis que ce n'est que si le délai pouvait être

would the court inquire into various factors that need be balanced. This approach of looking first for a delay that is *prima facie* unreasonable has been followed by Le Dain J. in *Rahey*, *supra*, at p. 616, and by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Antoine* (1983), 5 C.C.C. (3d) 97 and in *R. v. Askov* (1987), 37 C.C.C. (3d) 289.

présumé préjudiciable que la cour s'engagerait dans l'analyse des différents facteurs à considérer. Le juge Le Dain dans l'arrêt *Rahey*, précité, à la p. 616, et la Cour d'appel de l'Ontario dans les arrêts *R. v. Antoine* (1983), 5 C.C.C. (3d) 97 et dans *R. v. Askov* (1987), 37 C.C.C. (3d) 289 ont adopté cette analyse qui consiste à examiner d'abord si les délais qui sont à première vue déraisonnables.

Section 11(*b*) assumes that a reasonable time is required to "get a case up for trial". This is the inherent time requirement in disposing of a trial or an appeal. There is the time required to prepare, conduct a preliminary inquiry (where applicable) and arrange for the attendance of witnesses. In addition, there are normal systemic delays: adjournments for the reasonable accommodation of the schedules of counsel, the attendance of witnesses and to make court facilities available. This list is not intended to be exhaustive. We have come to accept as normal a reasonable period of delay with respect to these matters which reflect the fact that the system is not perfect and resources are not unlimited. The distinction between what is reasonable and what is unreasonable must not be drawn too sharply but it is a line with which both judges and counsel are very familiar and which is well within their expertise to draw.

L'alinéa 11*b*) suppose qu'il faut un temps raisonnable pour faire aboutir une affaire au procès. C'est le délai inhérent aux exigences du procès et de l'appel. Il faut le temps de préparer et de tenir l'enquête préliminaire, s'il y a lieu, et de prévoir la comparution des témoins. De plus, il y a des délais systémiques normaux: les ajournements destinés à permettre aux avocats d'organiser leur emploi du temps, ceux qu'exige la comparution des témoins et la disponibilité des salles d'audience. Cette liste n'est pas exhaustive. Nous en sommes venus à accepter comme normaux des délais raisonnables pour ces questions, tenant compte que le système n'est pas parfait et que les ressources ne sont pas illimitées. Il ne faut pas établir une distinction trop nette entre ce qui est raisonnable et ce qui est abusif, mais c'est une distinction que les juges et les avocats connaissent très bien et qu'ils sont en mesure de faire.

The person charged must persuade the court that the delay complained of exceeds what is reasonable. The degree of persuasion requires an accused to show that the delay is *prima facie* unreasonable or that it is sufficiently beyond the inherent time requirements that an explanation is called for from the Crown. It is neither possible nor desirable to identify precisely the period of time after which a particular trial will be said to have been delayed so long as to trigger s. 11(*b*). Rather, courts, and especially trial judges, must assess each case in light of the particular circumstances with a view to determining if the delay if *prima facie* unreasonable.

L'accusé doit convaincre le tribunal que le délai dont il se plaint dépasse ce qui est raisonnable. La norme de persuasion applicable exige que l'accusé démontre que le délai est, à première vue, déraisonnable ou qu'il dépasse suffisamment les délais inhérents aux procédures pour obliger la poursuite à se justifier. Il n'est ni possible ni souhaitable de préciser exactement le délai au-delà duquel un procès en particulier est tenu pour si tardif qu'il entraîne l'application de l'al. 11*b*). Les tribunaux et plus spécialement les juges de première instance doivent évaluer chaque cas en fonction de ses circonstances précises afin de déterminer si le délai est, à première vue, déraisonnable.

In this appeal this burden has been discharged as a result of the five year delay and the respondent Crown quite properly concedes that the delay is *prima facie* unreasonable.

Dans le présent pourvoi, cette preuve découle du délai de cinq ans et la poursuite reconnaît volontiers que ce délai est, à première vue, déraisonnable.

The Crown may justify the delay on the basis of special features or circumstances of the case that required more time; for example, that aspects of the case required more investigation than is generally required for a particular charge, or that it took longer to arrange for attendance of witnesses due to circumstances not reasonably within the control of the Crown. The Crown can also justify the delay on the basis of conduct of the accused or his counsel, including waiver of delays which are relied on as being excessive. The Crown cannot, however, justify long periods of systemic delay even if such delays are beyond the control of the prosecution. Section 11(*b*) would be meaningless if abnormal delays in bringing the accused to trial could be excused on such grounds as the unavailability of court rooms, judges or counsel. Furthermore, the fact that it has been the practice to tolerate long systemic delays in the past does not immunize them from scrutiny under s. 11(*b*).

While certain delay is inherent in the very process, the Crown must be limited in the extent to which it can claim that an inordinately long delay is justified due to exceptional demand on the resources of a particular court. A crowded trial calendar is not the accused's fault and it should not be charged against his constitutional right. As well, s. 11(*b*) calls upon the judiciary to render decisions without unreasonable delay. Judges, too, must shoulder some of the responsibility to ensure that an accused does not suffer an impairment of her interests as a result of unreasonable delay.

The accused's right to counsel is as much a part of the system as the role of the Crown Attorney. The failure or inability on the part of the accused to obtain counsel cannot justify unreasonable delay unless such failure or inability is attributable to the accused. As in the case of other systemic delays, some delay must be tolerated under this head, the question always being whether the particular delay can be justified on the basis of inherent time requirements of the case.

La poursuite peut justifier le délai en se fondant sur des circonstances ou caractéristiques spéciales de l'affaire qui ont nécessité plus de temps; par exemple, le fait que certains aspects de l'affaire ont exigé un supplément d'enquête par rapport à ce que cette accusation requiert normalement, ou qu'il a fallu plus de temps pour assurer la présence des témoins à cause de circonstances dont on ne peut raisonnablement tenir la poursuite responsable. La poursuite peut aussi invoquer les retards occasionnés par les actes de l'accusé ou de son avocat, ce qui inclut la renonciation à se prévaloir des délais qu'il prétend maintenant excessifs. La poursuite ne peut cependant pas justifier de longs délais inhérents au système, même si elle n'a pas de contrôle sur ceux-ci. L'alinéa 11*b*) n'aurait aucun sens si l'on pouvait excuser des délais excessifs à faire subir un procès pour des motifs tels que le manque de disponibilité de juges, d'avocats ou de salles d'audience. De plus, le fait qu'on ait toléré de longs délais systémiques dans le passé ne les met pas à l'abri d'un examen en vertu de l'al. 11*b*).

Quoiqu'un certain délai soit inhérent au processus lui-même, il faut limiter la possibilité pour la poursuite d'invoquer la charge de travail exceptionnellement lourde qui est imposée à un tribunal en particulier afin de justifier un délai excessivement long. L'encombrement du rôle de la cour n'est pas imputable à l'accusé et ne devrait pas jouer contre ses droits constitutionnels. De la même manière, l'al. 11*b*) exige que la magistrature rende ses décisions dans des délais raisonnables. Les juges eux aussi doivent assumer une part de la responsabilité de prévenir une atteinte aux intérêts de l'accusé qui résulterait d'un délai déraisonnable.

Le droit de l'accusé à un avocat fait partie du système au même titre que le rôle du substitut. L'impossibilité pour l'accusé de retenir les services d'un avocat ou l'échec de ses démarches en ce sens ne peuvent justifier des retards déraisonnables à moins que l'accusé ne soit lui-même responsable de cet échec ou de cette impossibilité. Comme dans le cas d'autres délais systémiques, certains des délais liés à cette raison doivent être tolérés, mais la question demeure de savoir si un retard précis peut être justifié sur la base des délais inhérents à l'affaire.

Frequently, and this case is no exception, the Crown relies on waiver. An accused may have caused or consented to a period of delay such that he or she will be precluded from including that period of time in the alleged delay. This Court held in *Korponay v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 41, at p. 49, that the validity of any waiver "is dependent upon it being clear and unequivocal that the person is waiving the procedural safeguard and is doing so with full knowledge of the rights the procedure was enacted to protect and of the effect the waiver will have on those rights in the process". (Emphasis in original.)

In the context of a waiver of the right to counsel, this Court held in *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383, that a waiver requires some form of awareness of the consequences. Clearly, an individual need be aware of the effect of a waiver upon his ability to subsequently assert that right.

I fully agree with the following comments of Lamer J. in *Mills*, *supra*, at p. 929:

> The court, therefore, has a duty to ensure to its satisfaction that the waiver of time is clear, unequivocal, and informed as regards the right and the effect waiver will have on the right.
>
> Waiver cannot, therefore, be inferred from silence, whether the accused be represented or not, except in cases where delay is caused by an accused. It must be express and informed. Furthermore such waiver does not affect the right but merely excludes such time as is waived from the calculation of reasonable time.

Failure by the Crown to displace the *prima facie* case does not necessarily end the matter. Delay in and of itself may not constitute a violation of the right in s. 11(*b*). The purpose of s. 11(*b*) is not simply to prevent unreasonable delay but to protect certain interests of the accused including at least his liberty and security interests. Section 11(*b*) assumes that delay is prejudicial to those interests. While the various opinions in *Mills*, *supra*, and *Rahey*, *supra*, adopt similar approaches to the prejudice to an accused's liberty interest, there is some disagreement whether preju-

Il arrive fréquemment, comme en l'espèce, que la poursuite invoque la renonciation de l'accusé. Celui-ci peut avoir causé des retards ou acquiescé à des délais de sorte qu'il ne lui est plus possible de les inclure dans le délai total dont il se plaint. Cette Cour a déjà statué dans l'arrêt *Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41, à la p. 49, que pour que la renonciation soit valide «il faut qu'il soit bien clair que la personne renonce au moyen de procédure conçu pour sa protection et qu'elle le fait en pleine connaissance des droits que cette procédure vise à protéger et de l'effet de la renonciation sur ces droits au cours de la procédure». (Souligné dans l'original.)

Dans le cadre de la renonciation aux services d'un avocat, cette Cour a statué, dans l'arrêt *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383, que la renonciation exige une certaine connaissance de ses conséquences. Manifestement, la personne doit se rendre compte de la conséquence de la renonciation sur la possibilité d'invoquer le même droit plus tard.

Je partage entièrement l'avis exprimé par le juge Lamer dans l'arrêt *Mills*, précité, à la p. 929:

> Le tribunal a donc le devoir de s'assurer pleinement que la renonciation à invoquer le délai est claire, sans équivoque et éclairée quant au droit auquel on renonce et à l'effet de la renonciation à cet égard.
>
> Une renonciation ne peut donc être déduite du silence, que le prévenu soit représenté ou non, sauf dans le cas où le délai est causé par le prévenu. Elle doit être expresse et éclairée. En outre, cette renonciation n'anéantit pas le droit, mais exclut simplement la période en question du calcul de la durée du délai raisonnable.

Le défaut de la poursuite de repousser la preuve *prima facie* ne règle pas nécessairement la question. Un retard en lui-même peut ne pas constituer une violation du droit garanti par l'al. 11*b*). L'objectif de l'al. 11*b*) n'est pas uniquement de prévenir les retards déraisonnables, mais de protéger des droits précis de l'accusé, notamment son droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. L'alinéa 11*b*) suppose que tout délai constitue une atteinte à ce droit. Bien que les différents motifs de jugement dans les arrêts *Mills* et *Rahey*, précités, procèdent selon une analyse semblable du préju-

dice to the security interest is an irrebuttable presumption or simply an inference a court is entitled to make. (See *Rahey*, *supra*, *per* Lamer J. at p. 609, *per* Wilson J. at p. 622, and *per* La Forest J. at p. 643.)

If the presumption is rebuttable, it is one that is extremely difficult to overcome. This is not because it is a different type of presumption in law but because, as a matter of fact, once the accused has established a *prima facie* unreasonable delay which has not been justified, it is difficult to envisage what kind of evidence the Crown might call to negative prejudice to the accused's security interests. No doubt this is due to the fact that unreasonable delay in a criminal prosecution is virtually synonymous with prejudice to security interests. As a practical matter, therefore, there is little difference between the two views on this subject expressed in *Rahey*. It seems preferable not to foreclose the Crown completely from attempting to demonstrate an absence of any impairment to the accused's security interest even if it is almost inevitably bound to fail. Absolutes in excluding types of evidence should generally be avoided.

On this view of the matter, the accused is also permitted to adduce evidence of prejudice to his or her security interests. It is not necessary in this appeal to resolve all facets of its relevance. At least, it would be relevant to rebut any evidence of the Crown. In addition, it would likely be relevant on the issue of justification of periods of delay and perhaps with respect to what is *prima facie* delay.

In the case at bar, the Crown has not displaced the presumption of prejudice to the accused. Indeed the evidence on the subject which is canvassed above confirms that there was actual prejudice to the liberty and security interests of the appellant.

dice causé au droit à la liberté dont jouit un accusé, les opinions divergent quant à savoir si le préjudice causé au droit à la sécurité est une présomption irréfragable ou une simple inférence que peut faire le tribunal. (Voir *Rahey*, précité, le juge Lamer à la p. 609, le juge Wilson à la p. 622 et le juge La Forest à la p. 643.)

Si la présomption est réfutable, elle est de celles qui sont extrêmement difficiles à repousser. Ce n'est pas parce qu'il s'agit d'un type différent de présomption de droit mais parce que, sur le plan des faits, dès lors que l'accusé a établi l'existence à première vue d'un délai déraisonnable qui n'a pas été justifié, il est difficile de concevoir quel genre de preuve la poursuite peut présenter pour démontrer qu'il n'a pas été porté atteinte aux intérêts de l'accusé. Cela est dû sans conteste au fait qu'un délai déraisonnable dans des poursuites criminelles est virtuellement synonyme d'atteinte à la sécurité. D'un point de vue pratique donc il y a peu de différence entre les deux opinions exprimées sur ce point dans *Rahey*. Il est préférable de ne pas empêcher complètement le ministère public d'essayer de démontrer qu'il n'y a pas eu atteinte aux intérêts de l'accusé quant à la sécurité de la personne, même si ses tentatives sont presque inévitablement vouées à l'échec. Il convient, en règle générale, d'éviter d'exclure en termes absolus certains types de preuve.

Dans cette optique, l'accusé est autorisé lui aussi à produire la preuve du préjudice causé à ses intérêts. Il n'est pas nécessaire dans ce pourvoi de résoudre toutes les questions relatives à sa pertinence. Elle serait pertinente, au moins, si elle tendait à réfuter la preuve du ministère public. De plus, elle serait vraisemblablement pertinente à l'égard de la question de la justification de divers retards et peut-être de la question de savoir ce qui constitue un retard *prima facie*.

En l'espèce, le ministère public n'a pas réussi à repousser la présomption de préjudice causé à l'accusé. Les éléments de preuve à ce sujet, dont il a déjà été fait mention, établissent même qu'il y a eu préjudice réel aux droits à la liberté et à la sécurité de l'appelant.

The third possible interest that need be considered is the fair trial interest which considers the accused's ability to mount a full defence to the charges he faces. Here again different approaches were followed in *Mills* and *Rahey*. A majority in *Rahey* (*per* Le Dain J. (Beetz J. concurring), *per* Wilson J. (Estey J. concurring), and *per* La Forest J. (McIntyre J. concurring)) concluded that the prejudice caused by delay to the accused's fair trial interest and especially the right to conduct full answer and defence is a relevant consideration under s. 11(*b*). Lamer J. (Dickson C.J. concurring) held that the accused's ability to mount a full and fair defence is relevant only to the s. 11(*d*) right to a fair hearing and not to s. 11(*b*). Again this issue need not be resolved here. Prejudice to the fair trial interests are not a *sine que non* for a finding of prejudice and in any event, if it were, such prejudice has been established in this case. I have already pointed out that the cases for the Crown and the defence are both dependent on *viva voce* evidence which is conflicting. The appellant alleges that this prejudices his opportunity for a fair trial. Whether or not this would be the case can seldom be determined with precision. Certainly the witnesses will have little independent recollection of the events and their evidence will be given more by rote than remembrance. This reduces the effectiveness of examination and increases the risk of a miscarriage of justice.

Le troisième intérêt à prendre en compte est le droit à un procès équitable qui touche à la possibilité pour l'accusé de se constituer une défense pleine et entière aux accusations portées contre lui. À l'égard de cette question aussi, on a adopté différents points de vue dans les arrêts *Mills* et *Rahey*. Dans l'arrêt *Rahey*, la majorité (le juge Le Dain (avec l'appui du juge Beetz), le juge Wilson (avec l'appui du juge Estey) et le juge La Forest (avec l'appui du juge McIntyre)) a conclu que le préjudice causé par le délai au droit de l'accusé à un procès équitable, et plus spécialement à son droit d'opposer une défense pleine et entière est pertinent en regard de l'al. 11*b*). Le juge Lamer (avec l'appui du juge en chef Dickson) a conclu que la capacité de l'accusé de se constituer une défense complète et équitable ne compte qu'à l'égard du droit à un procès équitable garanti par l'al. 11*d*) et non à l'égard de l'al. 11*b*). Là non plus, il n'est pas nécessaire de trancher cette question. L'atteinte au droit à un procès équitable n'est pas une condition nécessaire à la constatation d'un préjudice; de toute façon, si elle l'était, l'atteinte a été prouvée en l'espèce. J'ai déjà indiqué que la preuve de la poursuite et celle de la défense reposent l'une et l'autre sur des témoignages contradictoires. L'appelant soutient que la situation porte atteinte à la possibilité d'avoir un procès équitable. On peut rarement déterminer à coup sûr si tel est ou non le cas. Les témoins auront certainement peu de souvenirs personnels des événements et leur déposition sera davantage une redite que le fruit de la mémoire. Cette situation diminue la valeur des interrogatoires et augmente le risque de déni de justice.

Conclusion and Disposition

In this case, I am of the opinion that the Crown has failed to sufficiently justify the delay which it appropriately concedes is *prima facie* unreasonable. As well, the appellant has demonstrated prejudice to both his liberty and security interests at a minimum. I now turn to an examination of the reason for delay and the justification put forth by the Crown. I divide the five-year period into four segments:

Conclusion et dispositif

En l'espèce, je suis d'avis que la poursuite n'a pas suffisamment justifié les délais qu'elle reconnaît elle-même déraisonnables à première vue. De plus, l'appelant a fait la preuve d'au moins une atteinte à son droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. J'examinerai maintenant les motifs des délais et la justification que la poursuite leur donne. Je diviserai la période de cinq ans en quatre phases:

(1) The date of the charge until the end of the first trial: August 29, 1982 to December 15, 1983. Almost 16 months.

(2) The end of the first trial until the Court of Appeal Decision: December 15, 1983 to January 24, 1985. More than 13 months.

(3) The Court of Appeal decision until the second trial: January 24, 1985 to May 1, 1986. More than 15 months.

(4) The end of the second trial until the scheduled start of the third trial: May 1, 1986 to October 26, 1987. Almost 18 months.

With respect to the first period I am of the opinion that any delay can be justified on the basis of the inherent time requirements of the case with the possible exception of the period between January 12, 1983 and May 9, 1983. The preliminary hearing commenced on January 12 but was not completed on that date and was adjourned to May 9 and concluded on May 19, 1983. No explanation was offered for this delay of four months.

The second period is the thirteen months from the end of the first trial until the decision of the Court of Appeal. This period alone is not abnormal or unreasonable. The decision itself was rendered in a very prompt fashion. Almost the entire delay was a result of the wait to be heard by the Court of Appeal. This delay has been explained adequately.

The third period is the fifteen-month delay leading up to the second trial. The Crown has argued that the accused's actions during this period comprised a waiver of his right to assert unreasonable delay. The Crown alleged that the accused's tardiness in retaining counsel was responsible for any delay. The appellant appeared in Assignment Court on March 4, 1985. For reasons that were not made clear to this Court the matter was adjourned for over three and one-half months until June 25, 1985. The Crown failed to satisfactorily account for this delay. On June 25 a trial date of January 7, 1986 was scheduled. This sixth-month period is part of the overall systemic delay but in the circumstances would probably be well within

(1) Du dépôt des accusations à la fin du premier procès: 29 août 1982—15 décembre 1983. Près de 16 mois.

(2) De la fin du premier procès à l'arrêt de la Cour d'appel: 15 décembre 1983—24 janvier 1985. Plus de 13 mois.

(3) De l'arrêt de la Cour d'appel au second procès: 24 janvier 1985—1er mai 1986. Plus de 15 mois.

(4) De la fin du second procès à la date fixée pour le troisième procès: 1er mai 1986—26 octobre 1987. Près de 18 mois.

Pour ce qui est de la première période, j'estime que tous les délais peuvent être justifiés comme délais inhérents aux exigences de la cause sauf peut-être pour la période du 12 janvier au 9 mai 1983. L'enquête préliminaire a commencé le 12 janvier, mais elle n'a pas été terminée à cette date, mais seulement le 19 mai, après un premier ajournement au 9 mai. Aucune explication de ce retard de quatre mois n'a été fournie.

La seconde période, qui s'étend sur treize mois, va de la fin du premier procès à l'arrêt de la Cour d'appel. Par elle-même, cette période n'est ni inusitée, ni déraisonnable. La décision elle-même a été rendue promptement. Presque tout le délai est attribuable à l'attente de l'audition devant la Cour d'appel. Ce retard a été suffisamment justifié.

La troisième période a duré quinze mois jusqu'au début du second procès. La poursuite a soutenu que la conduite de l'accusé pendant cette période constitue une renonciation à se prévaloir du droit d'invoquer un délai déraisonnable. La poursuite soutient que le délai est dû au retard de l'accusé à retenir les services d'un avocat. L'appelant a comparu à l'audience de fixation du rôle le 4 mars 1985. Pour des motifs qu'on n'a pas expliqués clairement à cette Cour, l'affaire a été ajournée de plus de trois mois et demi, au 25 juin 1985. La poursuite n'a pu justifier ce délai. Le 25 juin, le procès a été fixé au 7 janvier 1986. Cette période de six mois relève des délais systémiques; elle correspond probablement aux délais inhérents. Par

the inherent time requirements. However, the actual trial did not commence until April 21, 1986.

On November 15, 1985, the counsel of record (and counsel at the first trial), Mr. Shore, brought an application to be removed from the record. The appellant apparently preferred to be represented by Mr. Greenspan who had conducted his successful appeal. The request was denied at that time due to a concern by the court that new counsel would not be available or would be unable to prepare by the January trial date. However, on a further motion on December 5, 1985, Mr. Shore was removed from the record. Predictably, on January 7, 1986, the appellant appeared without counsel and Osborne J. understandably declined to conduct the trial. The appellant provided the court with a list of eleven criminal lawyers who had stated they were unable to take the case.

This Court must be very sensitive to an accused's right to choose counsel of choice. However, that right must be exercised with reasonable diligence (see *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3). Normally, an attempt to secure the services of eleven different lawyers would demonstrate that the appellant had made a reasonable effort to secure representation. However, in this case, I am of the opinion that the appellant must answer for the delay caused by his lack of counsel. I reach this conclusion because the first application to remove Mr. Shore from the record came only a month and a half prior to the trial date. This date had been known to the appellant since June. Section 11(*b*) must only protect those who demonstrate reasonable diligence in their selection of counsel when it affects the timing of the proceedings. Not all delays or adjournments sought by an accused will comprise a waiver as the underlying cause may be due to circumstances beyond the control of the accused. Here, however, the appellant must be held accountable for this delay. The trial was rescheduled for April 21, 1986. Because I attribute this delay to the appellant, this three and one-half month delay is satisfactorily explained by the Crown.

contre, le procès n'a effectivement débuté que le 21 avril 1986.

Le 15 novembre 1985, l'avocat inscrit au dossier (qui avait agi en défense au premier procès) Me Shore, a demandé à se retirer du dossier. L'appelant préférait apparemment être défendu par Me Greenspan qui avait gagné la cause en appel. La cour a rejeté la requête parce qu'elle craignait que le nouvel avocat ne soit pas disponible ou ne puisse se préparer pour le nouveau procès prévu pour janvier. Par contre, à l'occasion d'une nouvelle requête présentée le 5 décembre 1985, la cour a accepté que Me Shore se retire du dossier. Comme on pouvait s'y attendre, le 7 janvier 1986, l'appelant a comparu, sans avocat, devant le juge Osborne qui a naturellement refusé de tenir le procès. L'appelant a présenté à la cour une liste de onze avocats qui avaient déclaré ne pouvoir se charger de l'affaire.

Cette Cour doit veiller attentivement à faire respecter le droit aux services d'un avocat de son choix, mais ce droit doit être exercé avec une diligence raisonnable (voir *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3). Normalement, une demande de services présentée à onze avocats différents aurait suffi pour démontrer que l'appelant avait fait un effort raisonnable pour se trouver un avocat. Cependant, en l'espèce, j'estime que l'appelant est responsable du retard causé par l'absence d'un avocat pour assurer sa défense. J'en arrive à cette conclusion parce que la première demande de retrait de Me Shore du dossier n'a été présentée qu'un mois et demi avant la date du procès. L'appelant connaissait cette date depuis juin. L'alinéa 11*b*) doit servir à protéger uniquement ceux qui font preuve de diligence raisonnable dans le choix d'un avocat quand ce choix a des conséquences sur les dates des procédures. Tous les délais et les ajournements demandés par un accusé ne comportent pas forcément une renonciation à invoquer les délais parce qu'ils peuvent dépendre de circonstances qui échappent à son contrôle. Ici, par contre, l'appelant doit être tenu responsable du délai. Le procès a été à nouveau fixé au 21 avril 1986. Parce que je tiens l'accusé responsable de ce retard, la poursuite a justifié ce délai de trois mois et demi.

The fourth and longest period extends from the conclusion of the second trial until the scheduled start of the third, a period of close to eighteen months. The Crown again argues that the appellant's actions were responsible for much of this delay such that he should be held to have waived his s. 11(*b*) rights. I am of the opinion, however, that most of this period has not been satisfactorily explained as being either within the inherent time requirements of the case or attributable to the accused. The Crown's conduct of the proceedings must now be scrutinized in light of the fact that through no fault of the appellant he had been tried twice and was still in jeopardy.

A month after the end of the second trial, the appellant appeared unrepresented in Assignment Court. The matter was adjourned two weeks until June 16 to allow him to appear with counsel. Mr. Greenspan, counsel at the second trial, had informed the appellant that he could not conduct the third trial if it were again held in Ottawa. The appellant was also suffering financial difficulties and had been seeking Legal Aid for some time prior to the June 16 appearance. However, no Legal Aid was forthcoming by the time of that appearance at which the unrepresented appellant was given a trial date of September 22, 1986. Legal Aid was only obtained upon appeal in July. This difficulty in obtaining Legal Aid was not the fault of the appellant and therefore he cannot be held responsible for any delay as a result. This is a different form of systemic delay which cannot be relied on here by the Crown as justification for any delay. I agree with counsel for the appellant that in view of what has occurred, the Crown had some responsibility to assist the accused in obtaining Legal Aid or indeed in funding the defense. The latter is, according to counsel, not an uncommon occurrence. While the Crown contends that its current practice concerning assistance extends only to appellate proceedings, there is no reason why in special circumstances it should not apply to trial proceedings which have been protracted due to appeals.

La quatrième période, la plus longue, va de la fin du second procès jusqu'au début du troisième, soit près de dix-huit mois. La poursuite soutient encore ici que la conduite de l'appelant explique une grande partie de ce retard de sorte qu'il faut conclure qu'il a renoncé à l'invoquer à l'appui des droits garantis par l'al. 11*b*). J'estime cependant que la poursuite n'a pas réussi à expliquer valablement que la plus grande part de ce délai est attribuable aux délais inhérents aux exigences de la cause ou imputable à l'accusé. Il faut donc examiner attentivement la conduite de la poursuite en tenant compte du fait que, sans faute de sa part, l'appelant avait subi deux procès et n'était pas encore jugé.

Un mois après la fin du second procès, l'appelant a comparu sans avocat à l'audience de fixation du rôle. L'affaire a été ajournée de deux semaines au 16 juin pour permettre à l'accusé de comparaître avec un avocat. Me Greenspan, qui le représentait au second procès, avait informé l'appelant qu'il ne pourrait pas le représenter au troisième procès si celui-ci se tenait aussi à Ottawa. L'appelant avait de plus des difficultés financières et il a demandé l'aide juridique un peu avant la comparution du 16 juin. Cependant, l'appelant n'avait pas encore obtenu de promesse d'aide juridique au moment de sa comparution sans avocat à l'audience au cours de laquelle son procès a été fixé au 22 septembre 1986. Il a obtenu l'aide juridique en juillet seulement, après avoir interjeté appel du premier refus. Cette difficulté à obtenir l'aide juridique n'est pas imputable à l'appelant et il ne saurait être tenu responsable des retards qui en ont résulté. Il s'agit d'une catégorie différente de délais systémiques que la poursuite ne peut invoquer à titre de justification. Je partage l'avis de l'avocat de l'appelant qu'étant donné ce qui s'est produit, la poursuite avait un certain devoir d'aider l'accusé à obtenir de l'aide juridique ou encore à pourvoir aux frais d'un défenseur. Selon les avocats, la chose arrive assez fréquemment. Bien que la poursuite soutienne qu'il s'agit d'une pratique courante pour les procédures d'appel seulement, il n'y a pas de raison de ne pas l'adopter dans des circonstances particulières pour les procédures de première instance qui sont prolongées par des appels.

Mr. Greenspan on behalf of the appellant sought to obtain a change of venue to move the proceedings to Toronto. This application was opposed by the Crown and was dismissed on August 8, 1986, less than two months prior to the trial date. This application was a reasonable request by the appellant who would understandably desire representation by counsel very familiar with the case. Opposing this application in light of the appellant's known difficulties in obtaining counsel directly contributed to the plight in which he found himself on September 22, 1986. He had no counsel. Again, while the Crown has the right to oppose such motions, its actions here directly contributed to the mounting delay.

A new trial was set for November 10, 1986. Though the attempt to expedite the proceedings appears admirable in one sense, it also created the dilemma for the appellant of having to find counsel who was available on short notice. The appellant was reasonably diligent in his attempt to find a lawyer. Affidavits were filed from seven criminal lawyers who were approached between mid-September and the end of October. They were all unable to conduct the trial on November 10. Mr. Donald Bayne on behalf of the appellant sought an adjournment on October 2 so that he could represent the appellant. This application was denied as was a further application on November 4, 1986. After a several week postponement, the trial was finally moved to April 21, 1987. I am of the view that this delay was not the responsibility of the appellant and that he did not unequivocally waive his right to a prompt trial. On the contrary, his actions demonstrated an attempt to respond to the short trial date which was scheduled. I agree with counsel for the appellant that the Crown's insistence on an unrealistically short adjournment in light of the appellant's known predicament was the principal reason for not being able to retain counsel and hence caused the delay. It is an unfortunate illustration of the saying "haste makes waste".

Me Greenspan a demandé, pour le compte de l'appelant, le changement du lieu du procès à Toronto. La poursuite s'est opposée à cette demande qui a été rejetée le 8 août 1986, moins de deux mois avant la date fixée pour le procès. Cette requête était raisonnable de la part de l'appelant qui voulait naturellement être défendu par un avocat qui connaissait parfaitement le dossier. L'opposition à cette demande, compte tenu des difficultés que l'appelant avait à se trouver un avocat, difficultés que la poursuite connaissait, a contribué à le mettre dans la situation où il s'est retrouvé le 22 septembre 1986. Il n'avait pas d'avocat. Là encore, même si la poursuite avait le droit de s'opposer à de telles demandes, sa conduite a directement contribué à allonger les délais.

Le nouveau procès a été fixé au 10 novembre 1986. Bien que les efforts déployés pour accélérer la procédure paraissent louables d'une certaine façon, ils ont aussi créé pour l'appelant la nouvelle difficulté de se trouver un avocat qui serait disponible à brève échéance. L'appelant a fait preuve de diligence raisonnable dans la recherche d'un avocat. Les affidavits de sept avocats criminalistes à qui il avait demandé, entre la mi-septembre et la fin d'octobre, d'assurer sa défense ont été produits. Aucun d'eux n'était en mesure d'assurer sa défense au procès fixé au 10 novembre. Me Donald Bayne a demandé au nom de l'appelant, le 2 octobre, un ajournement pour pouvoir assurer la défense de l'appelant. Cette demande et une autre demande présentée le 4 novembre 1986 ont été rejetées. Après plusieurs semaines d'ajournement, le procès a finalement été fixé au 21 avril 1987. Je suis d'avis que ces délais ne sont pas imputables à l'appelant et qu'il n'a pas manifestement renoncé à son droit d'être jugé avec célérité. Au contraire, ses actes démontrent qu'il a tenté de s'accommoder des très courts délais résultant des dates fixées pour le procès. Je suis de l'avis de l'avocat de l'appelant que l'insistance de la poursuite à obtenir des ajournements courts dans les circonstances difficiles où se trouvait l'appelant a été la cause principale de l'impossibilité pour celui-ci de se trouver un avocat et, en conséquence, la cause des retards. Voilà un malheureux exemple de réalisation de l'adage «le mieux est parfois l'ennemi du bien».

On April 21, 1987, the appellant sought to be tried by judge alone. As the question whether this election was available to an accused was then before the Ontario Court of Appeal the trial was again postponed, this time until October 26, 1987. The Crown could have consented to this request pursuant to s. 430(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 473(1)), but opposed it and argues that this delay is solely the responsibility of the appellant. Admittedly, the Crown had little control over the delay once it refused to allow a hearing before a judge alone. In view of the circumstances, however, and recognizing that refusal to consent is the prerogative of the Crown, I cannot accept the Crown's explanation of this delay. The antecedent delay was now chronic. The time for insisting on dubious procedural advantages had gone. This request by the appellant to be tried by judge alone was especially reasonable given his earlier experiences with jury trials. The appellant also demonstrated his sincerity in wanting to conclude the proceedings by offering to plead guilty to manslaughter.

Accordingly, I am of the opinion that substantial segments of the five-year period have not been justified or satisfactorily explained either on the basis of special circumstances of the case or that they have been waived by the appellant. As well, the appellant has demonstrated that the delay resulted in prejudice to his liberty and security interests. Furthermore, it is unlikely that a fair trial is now possible. Applying the principles in *Mills*, *supra*, and *Rahey*, *supra*, on any approach expressed therein, a breach of s. 11(*b*) is made out. I agree with the majority of this Court in *Rahey* that the minimum remedy in the event of a violation of s. 11(*b*) is a stay of proceedings. In the result, I would have allowed the appeal, set aside the order of the Court of Appeal and restored the order of Smith J. at trial.

Appeal dismissed, SOPINKA J. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Gold & Fuerst, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Le 21 avril 1987, l'appelant a demandé à être jugé par un juge seul. Comme la Cour d'appel de l'Ontario était déjà saisie de la question de savoir s'il était possible à l'accusé de faire ce choix, le procès a une fois de plus été reporté au 26 octobre 1987. La poursuite aurait pu acquiescer à cette demande en application du par. 430(1) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34 (maintenant le par. 473(1)), mais elle s'y est opposée et a soutenu que le délai était entièrement imputable à l'appelant. Il faut reconnaître qu'après avoir refusé le procès devant un juge seul, la poursuite avait peu de contrôle sur les délais. En raison des circonstances et tout en reconnaissant que la poursuite a le pouvoir discrétionnaire de refuser, je ne puis accepter les explications fournies par la poursuite pour ce délai. Il y avait déjà eu délais sur délais. Il était trop tard pour insister sur un avantage aléatoire en matière de procédure. Cette demande de l'appelant d'être jugé par un juge seul était particulièrement raisonnable vu son expérience antérieure des procès par jury. L'appelant a aussi fait preuve de bonne foi en voulant mettre fin aux procédures en offrant d'inscrire un plaidoyer de culpabilité pour homicide involontaire coupable.

En conséquence, je suis d'avis qu'une partie importante du délai de cinq ans n'a pas été justifiée ni expliquée de façon satisfaisante par des circonstances exceptionnelles ou par une renonciation de l'appelant. De même, l'appelant a fait la preuve que le délai a porté atteinte à son droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. De plus, il est improbable que l'accusé puisse avoir un procès équitable maintenant. D'après les principes énoncés dans les arrêts *Mills* et *Rahey*, précités, quelle que soit la manière d'aborder la question, il y a eu violation de l'al. 11*b*). Comme la majorité de notre Cour dans *Rahey*, j'estime que le redressement minimal en cas de violation de l'al. 11*b*) est l'arrêt des procédures. En conséquence, j'accueillerais le pourvoi, j'infirmerais l'arrêt de la Cour d'appel et je rétablirais la décision du juge Smith au procès.

Pourvoi rejeté, le juge SOPINKA *est dissident.*

Procureurs de l'appelant: Gold & Fuerst, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Toronto.