

Her Majesty The Queen Appellant

v.

Eugene Paul Power Respondent

INDEXED AS: R. v. POWER

File No.: 23566.

1993: December 3; 1994: April 14.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEWFOUNDLAND

Courts — Residual discretion of appellate court on appeal from acquittal where error at trial reasonably capable of affecting the verdict — Criminal Code providing for upholding the acquittal or ordering new trial — Charge of impaired driving causing death and injury — Proof of impaired driving required to found charge — Crown declining to call further evidence when breathalyzer evidence found inadmissible for alleged Charter violation — Accused acquitted — Evidence found to be wrongly excluded on appeal — Court of Appeal upholding acquittal and refusing to order new trial — Whether, on a trial by judge and jury, s. 686(4) of the Criminal Code (dealing with the power of courts of appeal on appeals from acquittals either to uphold the acquittal or to order a new trial) includes a residual discretion for a court of appeal to refuse to order a new trial where there was an error at trial which could reasonably have affected the verdict — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(4).

Criminal law — Appeal from acquittal — Courts — Residual discretion of appellate court on appeal from acquittal where error at trial reasonably capable of affecting the verdict — Criminal Code providing for upholding the acquittal or ordering new trial — Charge of impaired driving causing death and injury — Proof of impaired driving required to found charge — Crown declining to call further evidence when breathalyzer evidence found inadmissible for alleged Charter violation

Sa Majesté la Reine Appelante

c.

^a **Eugene Paul Power** Intimé

RÉPERTORIÉ: R. c. POWER

N^o du greffe: 23566.

^b

1993: 3 décembre; 1994: 14 avril.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Major.

^c

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE

Tribunaux — Pouvoir discrétionnaire résiduel d'une cour d'appel saisie d'un appel contre l'acquittal dans un cas où une erreur commise au procès peut raisonnablement être considérée comme influant sur le verdict — Maintien de l'acquittal ou ordonnance d'un nouveau procès prévu au Code criminel — Accusation de conduite avec facultés affaiblies causant la mort et des lésions corporelles — Preuve de conduite avec facultés affaiblies nécessaire pour fonder l'accusation — Refus du ministère public de produire d'autres éléments de preuve après que la preuve obtenue au moyen de l'alcootest ait été jugée inadmissible parce qu'il y aurait eu violation de la Charte — Accusé acquitté — En appel, preuve jugée avoir été écartée à tort — Maintien par la Cour d'appel de l'acquittal et refus d'ordonner un nouveau procès — Dans le cas d'un procès devant un juge et un jury, l'art. 686(4) du Code criminel (portant sur le pouvoir des cours d'appel saisies d'appels interjetés contre des acquittements de maintenir l'acquittal ou d'ordonner un nouveau procès) confère-t-il à la cour d'appel un pouvoir discrétionnaire résiduel de refuser d'ordonner un nouveau procès lorsqu'une erreur pouvant raisonnablement être considérée comme influant sur le verdict a été commise au procès? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(4).

Droit criminel — Appel d'un acquittal — Tribunaux — Pouvoir discrétionnaire résiduel d'une cour d'appel saisie d'un appel contre l'acquittal dans un cas où une erreur commise au procès peut raisonnablement être considérée comme influant sur le verdict — Maintien de l'acquittal ou ordonnance d'un nouveau procès prévu au Code criminel — Accusation de conduite avec facultés affaiblies causant la mort et des lésions corporelles — Preuve de conduite avec facultés

— *Accused acquitted — Evidence found to be wrongly excluded on appeal — Court of Appeal upholding acquittal and refusing to order new trial — Whether, on a trial by judge and jury, s. 686(4) of the Criminal Code (dealing with the power of courts of appeal on appeals from acquittals either to uphold the acquittal or to order a new trial) includes a residual discretion for a court of appeal to refuse to order a new trial where there was an error at trial which could reasonably have affected the verdict.*

Respondent was charged with impaired driving following a motor vehicle collision where one of his passengers was killed and another two injured. The constable attending at the accident advised respondent of his s. 10 *Charter* rights to be promptly informed of the reasons for his arrest and to retain and instruct counsel. He then formally demanded a breathalyzer sample from respondent who smelled of alcohol and was staggering. The constable in charge of respondent at the police station inquired as to whether he understood his right to contact counsel and helped him to do so. Both respondent and his lawyer knew that one of the passengers had died at the time of their first telephone consultation. After the consultation, respondent initially refused to provide a breath sample but relented when advised by the police that he would be charged with refusing to provide a sample. The lawyer and respondent consulted again before a second breath sample was taken.

At trial, respondent's lawyer objected to the admission of the results of the breath samples on the ground that the police had violated respondent's s. 10 *Charter* rights. The trial judge, on a *voir dire*, concluded respondent's *Charter* rights had been violated because he had not been made aware of the extent of the jeopardy which he faced before his consultation with his lawyer. He decided that the evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter* for its admission would bring the administration of justice into disrepute. Crown counsel declined to call further evidence and the trial judge charged the jury to acquit. The Court of Appeal dismissed an appeal from the acquittal. At issue here was whether, with respect to a verdict on a trial by judge and jury, s. 686(4) of the *Criminal Code* (which deals with

affaiblies nécessaire pour fonder l'accusation — Refus du ministère public de produire d'autres éléments de preuve après que la preuve obtenue au moyen de l'alcootest ait été jugée inadmissible parce qu'il y aurait eu violation de la Charte — Accusé acquitté — En appel, preuve jugée avoir été écartée à tort — Maintien par la Cour d'appel de l'acquiescement et refus d'ordonner un nouveau procès — Dans le cas d'un procès devant un juge et un jury, l'art. 686(4) du Code criminel (portant sur le pouvoir des cours d'appel saisies d'appels interjetés contre des acquiescements de maintenir l'acquiescement ou d'ordonner un nouveau procès) confère-t-il à la cour d'appel un pouvoir discrétionnaire résiduel de refuser d'ordonner un nouveau procès lorsqu'une erreur pouvant raisonnablement être considérée comme influant sur le verdict a été commise au procès?

L'intimé a été accusé de conduite avec facultés affaiblies à la suite d'un accident de voiture dans lequel un de ses passagers a trouvé la mort et deux autres ont subi des blessures. Le policier qui s'est rendu sur les lieux de l'accident a avisé l'intimé de ses droits, aux termes de l'art. 10 de la *Charte*, d'être informé dans les plus brefs délais des motifs de son arrestation et d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Il a ensuite demandé officiellement un échantillon d'haleine à l'intimé, qui sentait l'alcool et titubait. Le policier à la garde duquel l'intimé avait été remis au poste de police lui a demandé s'il comprenait qu'il avait le droit de communiquer avec un avocat, et l'a aidé à le faire. L'intimé et son avocat savaient tous les deux, lors de leur première conversation téléphonique, que l'un des passagers était décédé. À la suite de la consultation, l'intimé a initialement refusé de fournir un échantillon d'haleine, mais s'est ravisé lorsque la police lui a fait savoir que cela donnerait lieu à une accusation de refus de fournir un échantillon. L'intimé a de nouveau consulté son avocat avant qu'un second échantillon ne soit prélevé.

Au procès, l'avocat de l'intimé, faisant valoir que la police avait violé les droits de l'intimé garantis par l'art. 10 de la *Charte*, s'est opposé à ce que les résultats des alcootests soient admis en preuve. Le juge du procès a conclu dans le cadre d'un *voir-dire* qu'il y avait eu atteinte aux droits que la *Charte* garantit à l'intimé, du fait qu'on ne lui avait pas fait connaître, avant qu'il ne consulte son avocat, toute l'ampleur du risque auquel il s'exposait. Il a décidé que la preuve devait être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte* parce que son utilisation était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Le substitut du procureur général a refusé de présenter d'autres éléments de preuve et le juge du procès a ordonné au jury de rendre un verdict d'acquiescement. La Cour d'appel a rejeté l'appel contre l'acquies-

the power of courts of appeal on appeals from acquittals either to uphold the acquittal or to order a new trial) included a residual discretion for a court of appeal to refuse to order a new trial where there was an error at trial which could reasonably have affected the verdict.

Held (Sopinka, Cory and Major JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ.: No abuse of process occurred here. Furthermore, s. 686(4) of the *Criminal Code* does not confer any discretion on a court of appeal other than the discretion to dismiss or allow an appeal. As a matter of law, principle and policy, the court of appeal is not empowered to inquire into prosecutorial discretion.

In criminal cases, courts have a residual discretion to remedy an abuse of the court's process but only in the "clearest of cases" — i.e., conduct which shocks the conscience of the community and is so detrimental to the proper administration of justice that it warrants judicial intervention. The evidence must be overwhelming that the proceedings under scrutiny are unfair to the point that they are contrary to the interest of justice. Since the Attorney General through his or her prosecutorial function expresses the community's sense of justice, the courts should be careful before attempting to "second-guess" the prosecutor's motives when he or she makes a decision. Where there is conspicuous evidence of improper motives or of bad faith or of an act so wrong that it violates the conscience of the community such that it would genuinely be unfair and indecent to proceed, then, and only then, should courts intervene to prevent an abuse of process which could bring the administration of justice into disrepute. Cases of this nature will be extremely rare.

Here, the conduct of the prosecution did not meet the high threshold required to constitute an abuse of process. There was no evidence that the Crown prosecutor's conduct was prompted by bad faith or an improper motive, nor did the prosecution intend to frustrate the administration of justice or even to circumvent the rules of criminal law regarding interlocutory appeals. Mis-

ment. Il s'agit en l'espèce de savoir si, en ce qui concerne un verdict rendu à l'issue d'un procès devant un juge et un jury, le par. 686(4) du *Code criminel* (portant sur le pouvoir des cours d'appel saisies d'appels interjetés contre des acquittements de maintenir l'acquiescement ou d'ordonner un nouveau procès) confère à la cour d'appel un pouvoir discrétionnaire résiduel de refuser d'ordonner un nouveau procès dans un cas où a été commise au procès une erreur pouvant raisonnablement être considérée comme influant sur le verdict.

Arrêt (les juges Sopinka, Cory et Major sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin: Aucun abus de procédure n'a été commis dans la présente affaire. En outre, le par. 686(4) du *Code criminel* ne confère pas à une cour d'appel un pouvoir discrétionnaire autre que celui de rejeter ou d'accueillir un appel. Ni en droit ni en principe, une cour d'appel n'est investie du pouvoir d'intervenir dans le pouvoir discrétionnaire de la poursuite.

Dans les affaires criminelles, les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire résiduel de remédier à un abus de la procédure de la cour, mais uniquement dans les «cas les plus manifestes», c.-à-d. lorsqu'il y a un comportement qui choque la conscience de la collectivité et porte préjudice à l'administration régulière de la justice au point qu'il justifie une intervention des tribunaux. Il doit y avoir une preuve accablante que les procédures examinées sont injustes au point qu'elles sont contraires à l'intérêt de la justice. Puisque le procureur général, de par sa fonction de poursuivant, exprime le sens de justice de la collectivité, les tribunaux devraient être prudents avant de s'adonner à des conjectures rétrospectivement sur les motifs qui poussent le poursuivant à prendre une décision. Si la preuve démontre clairement l'existence de motifs illégitimes, de mauvaise foi ou d'un acte si fautif qu'il viole la conscience de la collectivité à un point tel qu'il serait vraiment injuste et indécent de continuer, alors, et alors seulement, les tribunaux devraient intervenir pour empêcher un abus de procédure susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Les cas de cette nature seront extrêmement rares.

En l'espèce, la poursuite n'a pas atteint le seuil élevé de l'abus de procédure. Il n'y a aucune preuve que le comportement du substitut du procureur général ait été motivé par la mauvaise foi ou des motifs illégitimes. La poursuite n'a pas tenté non plus de déjouer l'administration de la justice, ni même de contourner les règles de droit criminel en matière d'appels interlocutoires. La

conduct of such a nature as to shock the community's sense of fairness or to warrant the application of the doctrine of abuse of process was not established by the Crown's decision not to adduce further evidence.

Section 686(4) of the *Criminal Code* does not confer a court of appeal with any discretion, however limited, beyond the general power to control its process in case of abuse. The jurisprudence does not support such an extension of discretion and no policy consideration warrants such a broad interpretation of s. 686(4). Quite the contrary. It is contrary not only to the rule of law but also to the good and efficient administration of justice for the courts of appeal to invade the exclusive domain of the Crown and to interfere with prosecutorial discretion. The courts' reluctance to interfere with prosecutorial discretion stems from the doctrine of separation of powers where the criminal law is in the domain of the executive. Further, the judicial review of prosecutorial discretion could involve the Crown's disclosing the reasons underlying its conduct of a case. Such disclosure could generate masses of documents for review, adversely affect the flexibility that derives from prosecutorial confidentiality, and involve the courts in potentially extensive exercises in "second-guessing" a prosecutor's judgment in order to determine if the reasons behind his or her judgment were merely a subterfuge. The Crown cannot function as a prosecutor before the court while also serving under its general supervision and the court, in turn, cannot both supervise the exercise of prosecutorial discretion and act as an impartial arbitrator of the case presented to it. Even if a discretion to review prosecutorial decisions did exist, the Court of Appeal should have ordered a new trial.

The only evidence which the Court of Appeal could and did assess was the evidence presented at the *voir dire* and at the preliminary inquiry. It is highly speculative to conjecture about the verdict based on this evidence. Evidence led at a *voir dire* to establish admissibility does not assist in the determination of the innocence or guilt. It does not touch upon the determination of guilt or innocence but rather deals with facts that have nothing to do with the commission of the offence, such as the means by which the relevant evidence was obtained. On a preliminary hearing, the Crown has the discretion to present only that evidence which makes out a *prima facie* case. Speculation about

décision du ministère public de ne présenter aucune autre preuve n'établit pas une inconduite de nature à choquer le sens de justice de la collectivité ou à justifier l'application de la doctrine de l'abus de procédure.

^a Le paragraphe 686(4) du *Code criminel* ne confère pas à une cour d'appel un pouvoir discrétionnaire, quelque restreint qu'il puisse être, autre que le pouvoir général de contrôler sa procédure en cas d'abus. Un tel élargissement du pouvoir discrétionnaire n'est pas appuyé par la jurisprudence et aucune considération de principe ne justifie une interprétation aussi libérale du par. 686(4). Loin de là. Il est contraire non seulement à la primauté du droit, mais également à la bonne et efficace administration de la justice que les cours d'appel envahissent le domaine exclusif du ministère public et s'immiscent dans le pouvoir discrétionnaire de la poursuite. La réticence des tribunaux à s'ingérer dans le pouvoir discrétionnaire de la poursuite tire son origine de la théorie du partage des pouvoirs, suivant laquelle le droit criminel relève du pouvoir exécutif. De plus, le contrôle judiciaire du pouvoir discrétionnaire de la poursuite pourrait entraîner la divulgation par le ministère public des motifs qui sous-tendent sa façon de poursuivre une instance. Pareille divulgation pourrait engendrer des masses de documents à revoir, compromettre la flexibilité qui résulte de la confidentialité des décisions du poursuivant et entraîner les tribunaux à s'engager rétrospectivement dans de longues conjectures sur la décision du ministère public pour déterminer si les motifs avancés dans l'exercice de son jugement ne sont qu'un subterfuge. Le ministère public ne peut fonctionner à titre de poursuivant devant le tribunal tout en étant également assujéti à sa surveillance générale. Pour sa part, le tribunal ne peut à la fois superviser l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la poursuite et agir à titre d'arbitre impartial de l'affaire qui lui est soumise. Même s'il avait existé un pouvoir discrétionnaire de contrôler les décisions de la poursuite, la Cour d'appel aurait dû ordonner un nouveau procès.

^b La seule preuve que la Cour d'appel pouvait évaluer, et qu'elle a effectivement évaluée, était celle produite lors du *voir-dire* et de l'enquête préliminaire. Il est très spéculatif de faire des conjectures sur le verdict en se fondant sur cette preuve. La preuve produite lors d'un *voir-dire* pour établir l'admissibilité d'une preuve ne va pas à la détermination de l'innocence ou de la culpabilité. Elle porte plutôt sur des faits qui n'ont rien à voir avec la perpétration de l'infraction, comme les moyens par lesquels la preuve en question a été obtenue. À l'enquête préliminaire, le ministère public a la faculté de ne présenter que ce qui constitue une preuve suffisante à première vue. Spéculer sur le verdict ne peut servir de

the verdict cannot serve as the basis for review of an exercise of prosecutorial discretion that falls short of an abuse of process.

The Court of Appeal should have ordered a new trial on the basis that the excluded evidence was crucial to the Crown's case. Once the breathalyzer evidence was ruled inadmissible, any further evidence that might have been led would not necessarily have assisted the Crown in proving that the respondent's ability to drive was in fact impaired. Without the breathalyzer evidence, the Crown in all probability would have been unable to prove beyond a reasonable doubt that respondent's ability to drive was impaired. This element is crucial in cases of impaired driving causing death or bodily harm. Furthermore, this evidence was of the utmost importance because it seemed that the respondent was raising alternative causes for the accident, such as road and weather conditions and the mechanical repair of the car.

Per Sopinka, Cory and Major JJ. (dissenting): Although s. 686(4) of the *Criminal Code* does not specify the grounds upon which a Crown appeal from acquittal may be taken, s. 676(1)(a) provides that an appeal lies from an acquittal on any ground that involves a question of law alone. Their combined effect is that the Court of Appeal "may" allow the appeal. This confers a discretion on the court which is not statutorily defined. The Crown, notwithstanding an error of law, has the obligation of satisfying the Court of Appeal that the verdict would not necessarily have been the same absent the error.

Cases where the Crown calls all of its evidence can arguably differ from those where the Crown deliberately chooses to bring about a directed verdict by not calling available evidence. The test in *Vézeau v. The Queen* for the exercise of the discretion conferred by s. 686(4) does not exhaust the definition of that discretion so as to preclude the Court, in appropriate circumstances, from adding to or qualifying the application of that test. Jurisprudence supports a limited discretion on the part of the Court of Appeal to decline to allow an appeal in some circumstances where the Crown unreasonably shuts down its case with the result that a verdict of acquittal is directed. Apart from the capacity to stay for abuse of process, an appellate court is entitled to consider whether the Crown has acted unreasonably in refusing to call further evidence at trial because of an adverse evidentiary ruling and can refuse to order a new trial in

fondement au contrôle de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la poursuite s'il n'y a pas abus de procédure.

La Cour d'appel aurait dû ordonner un nouveau procès pour le motif que la preuve écartée était d'une importance capitale pour le ministère public. Une fois jugée inadmissible la preuve obtenue au moyen de l'alcootest, toute autre preuve qui aurait pu être présentée n'aurait pas nécessairement aidé le ministère public à établir que la capacité de conduire de l'intimé était effectivement affaiblie. Sans la preuve obtenue au moyen de l'alcootest, le ministère public aurait fort probablement été incapable de prouver hors de tout doute raisonnable que la capacité de conduire de l'intimé était affaiblie. Il s'agit là d'un élément déterminant dans les affaires de conduite avec facultés affaiblies causant la mort ou des blessures corporelles. Par ailleurs, cette preuve était de la plus haute importance puisqu'il semble que l'intimé avançait d'autres causes de l'accident, comme l'état de la chaussée, les conditions atmosphériques et l'état de l'automobile.

Les juges, Sopinka, Cory et Major (dissidents): Bien que le par. 686(4) du *Code criminel* n'expose pas les moyens pouvant fonder un appel par le ministère public contre un verdict d'acquittal, l'al. 676(1)a prévoit qu'appel peut être interjeté d'un acquittal pour tout motif qui comporte une question de droit seulement. Il résulte de ces deux dispositions prises ensemble que la cour d'appel «peut» accueillir l'appel. Un pouvoir discrétionnaire est donc conféré à la cour, mais ce pouvoir n'est pas défini dans le texte législatif. Même s'il y a eu erreur de droit, le ministère public est tenu de convaincre la cour d'appel que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même en l'absence de l'erreur.

Il y a peut-être une différence entre le cas où le ministère public présente la totalité de sa preuve et celui où il choisit délibérément de provoquer un verdict imposé en ne produisant pas des éléments de preuve dont il dispose. Le critère établi dans l'arrêt *Vézeau c. La Reine* pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire que confère le par. 686(4) ne définit pas exhaustivement ce pouvoir de manière à empêcher la Cour d'élargir ou de restreindre, le cas échéant, l'application de ce critère. La jurisprudence appuie l'existence d'un pouvoir discrétionnaire limité détenu par la cour d'appel, dans l'exercice duquel celle-ci peut refuser d'accueillir un appel dans certaines situations où le ministère public a déraisonnablement discontinué la présentation de sa preuve, entraînant ainsi un verdict imposé d'acquittal. Les cours d'appel sont investies non seulement du pouvoir d'arrêter les procédures en cas d'abus de procédure, mais

such circumstances. The threshold requirement is that, apart from the evidence excluded, the Crown's case was sufficient to be put to the jury. This threshold is met when the Crown's remaining evidence meets the essential elements of the offence, but the Crown chooses not to call that evidence. The final determination will depend upon a weighing of other factors, including the relative strength of the evidence not called, the relative importance of the evidence excluded by the impugned ruling, the degree of prejudice which further proceedings present to the accused and the reasons for the decision of the Crown not to call further evidence.

As a general rule a decision to shut down the Crown's case simply to appeal an adverse ruling will be held to be unreasonable. On the other hand, where the evidence which has been excluded is relatively important and the remaining evidence, although perhaps sufficient to make out a *prima facie* case, is so weak that the prosecutor concludes that continuing with the trial is a waste of time, a decision to terminate the proceedings may be reasonable. Any special prejudice over and above prejudice that can be inferred from any prolongation of criminal proceedings will be, if proved, an important factor to be weighed by the Court of Appeal. This discretion must be exercised sparingly.

In considering the other evidence which the appellant decided not to call, it is necessary to identify the elements of the offence in question and to consider whether the other evidence was sufficient to warrant putting the appellant's case to the jury. In reaching this determination, the test to be applied is whether the other evidence, "if believed by a properly charged jury acting reasonably, would justify a conviction". Here, to substantiate its case, the appellant would have to demonstrate that: (i) the respondent was operating the vehicle in question; (ii) the respondent's ability to drive was impaired by alcohol; and, (iii) the impaired driving ability of the respondent caused the deaths and bodily harm which occurred.

The eye witnesses provided ample evidence of respondent's driving and could testify to a number of factors sufficient to establish his impaired state without resort to breathalyzer evidence. The Crown, to prove

a aussi du pouvoir d'examiner si le ministère public a agi déraisonnablement en refusant de produire d'autres éléments de preuve au procès par suite d'une décision défavorable sur une question de preuve et de celui de ne pas ordonner la tenue d'un nouveau procès en pareil cas. Il faut, comme condition préliminaire, qu'indépendamment de la preuve écartée, le ministère public ait disposé d'une preuve suffisante pour qu'elle soit présentée au jury. Cette condition aura été remplie lorsque cette autre preuve du ministère public établit l'existence des éléments essentiels de l'infraction, mais qu'il choisit de ne pas la produire. La décision tiendra finalement à l'appréciation d'autres facteurs, dont la valeur probante relative des éléments de preuve non produits, l'importance relative de la preuve écartée par la décision attaquée, la gravité du préjudice qu'entraîneront pour l'accusé de nouvelles procédures et les motifs de la décision du ministère public de ne produire aucune autre preuve.

d En règle générale, la décision du ministère public de discontinuer l'administration de sa preuve dans le seul but d'interjeter appel d'une décision défavorable sera jugée déraisonnable. Par ailleurs, lorsque la preuve écartée est relativement importante et que les autres éléments de preuve, quoique peut-être suffisants pour constituer une preuve *prima facie*, sont d'une valeur probante tellement faible que le poursuivant conclut à l'inutilité de continuer le procès, la décision de mettre fin à l'instance pourra être raisonnable. La preuve d'un préjudice particulier en sus de celui pouvant s'inférer de la prolongation des procédures criminelles sera un facteur important à prendre en considération par la cour d'appel. Celle-ci doit exercer avec mesure son pouvoir discrétionnaire.

e En examinant les autres éléments de preuve, que l'appelante a décidé de ne pas produire, il faut préciser les éléments de l'infraction en question et examiner si ces autres éléments de preuve étaient suffisants pour être présentés au jury. Le critère à appliquer pour décider ce point est celui de savoir si les autres éléments de preuve, «s'il[s] étai[en]t accepté[s] par un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière raisonnable, justifierai[en]t une déclaration de culpabilité». En l'espèce, pour prouver la perpétration des infractions, l'appelante doit établir: (i) que l'intimé conduisait le véhicule en question; (ii) que sa capacité de conduire était affaiblie par l'alcool, et (iii) que cet affaiblissement a causé le décès et les lésions corporelles en question.

f Les témoins oculaires ont fourni amplement de preuves quant au fait que c'est l'intimé qui conduisait et auraient pu déposer concernant plusieurs circonstances qui auraient suffi pour établir l'affaiblissement de ses

causation, had to adduce sufficient evidence to demonstrate respondent's impairment was at least a contributing cause of death and injury, outside the *de minimis* range. The issue of causation requires consideration of competing theories as to the explanation for occurrence of the accident which resulted in injury and death. Impairment need not be shown to be the sole cause in order to convict, since it may well be that, even though a combination of factors was involved, impairment was still more than a *de minimis* cause of the death and injury which occurred. Here, the additional evidence of impairment lent to the case by the breathalyzer would not have had a significant effect on the role played by road conditions and mechanical disrepair, nor was it essential to establishing the respondent's impairment.

facultés, sans qu'il soit besoin de recourir à une preuve obtenue au moyen de l'alcootest. Pour prouver la causalité, le ministère public devait produire une preuve suffisante pour démontrer que l'affaiblissement des facultés de l'intimé a à tout le moins contribué à la mort et aux lésions, de façon plus que mineure. La question de la causalité exige l'examen de théories contradictoires avancées pour expliquer l'accident qui a causé des lésions corporelles et la mort. Il n'est pas nécessaire, pour obtenir un verdict de culpabilité, de prouver que l'affaiblissement des facultés constituait l'unique cause, car il se peut bien que, même s'il y a eu un concours de plusieurs facteurs, l'affaiblissement ait tout de même été une cause plus que mineure de la mort et des lésions en question. En l'espèce, la preuve supplémentaire de l'affaiblissement des facultés obtenue grâce à l'alcootest n'aurait pas influé sensiblement sur l'importance attachée à l'état de la route et au mauvais état du véhicule. Elle n'était pas non plus indispensable pour établir l'affaiblissement des facultés de l'intimé.

Cases Cited

By L'Heureux-Dubé J.

Considered: *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; **referred to:** *R. v. Leroux* (1928), 50 C.C.C. 52; *R. v. Bell* (1929), 51 C.C.C. 388; *R. v. Leclair* (1956), 115 C.C.C. 297; *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, [1964] 2 All E.R. 401; *R. v. Osborn*, [1971] S.C.R. 184, aff'g (1968), 4 C.C.C. 185; *Rourke v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 1021; *Director of Public Prosecutions v. Humphrys*, [1976] 2 All E.R. 497; *Erven v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 926; *R. v. Krannenburg*, [1980] 1 S.C.R. 1053; *Amato v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 418; *R. v. Lebrun* (1978), 7 C.R. (3d) 93; *Re Ball and The Queen* (1978), 44 C.C.C. (2d) 532; *Re Abarca and The Queen* (1980), 57 C.C.C. (2d) 410; *R. v. Young* (1984), 40 C.R. (3d) 289; *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657; *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659; *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880; *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277; *R. v. Banas and Haverkamp* (1982), 65 C.C.C. (2d) 224; *R. v. Voykin* (1986), 29 C.C.C. (3d) 280; *R. v. Bailey* (1983), 4 C.C.C. (3d) 21; *R. v. Whittle* (1992), 78 C.C.C. (3d) 49; *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; *Sobeys Stores Ltd. v. Yeomans and Labour Standards Tribunal (N.S.)*, [1989] 1 S.C.R. 238; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Re Balderstone and The Queen* (1983), 8 C.C.C. (3d) 532, leave to appeal refused, [1983] 2 S.C.R. v; *R. v.*

Jurisprudence

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêt examiné: *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; **arrêts mentionnés:** *R. c. Leroux* (1928), 50 C.C.C. 52; *R. c. Bell* (1929), 51 C.C.C. 388; *R. c. Leclair* (1956), 115 C.C.C. 297; *Connelly c. Director of Public Prosecutions*, [1964] 2 All E.R. 401; *R. c. Osborn*, [1971] R.C.S. 184, conf. (1968), 4 C.C.C. 185; *Rourke c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 1021; *Director of Public Prosecutions c. Humphrys*, [1976] 2 All E.R. 497; *Erven c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 926; *R. c. Krannenburg*, [1980] 1 R.C.S. 1053; *Amato c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 418; *R. c. Lebrun* (1978), 7 C.R. (3d) 93; *Re Ball and The Queen* (1978), 44 C.C.C. (2d) 532; *Re Abarca and The Queen* (1980), 57 C.C.C. (2d) 410; *R. c. Young* (1984), 40 C.R. (3d) 289; *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657; *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880; *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277; *R. c. Banas and Haverkamp* (1982), 65 C.C.C. (2d) 224; *R. c. Voykin* (1986), 29 C.C.C. (3d) 280; *R. c. Bailey* (1983), 4 C.C.C. (3d) 21; *R. c. Whittle* (1992), 78 C.C.C. (3d) 49; *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *Sobeys Stores Ltd. c. Yeomans et Labour Standards Tribunal (N.-É.)*, [1989] 1 R.C.S. 238; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Re Balderstone and The Queen* (1983), 8 C.C.C. (3d) 532, autorisation de pourvoi refu-

Beare, [1988] 2 S.C.R. 387; *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Verrette*, [1978] 2 S.C.R. 838; *Smythe v. The Queen*, [1971] S.C.R. 680; *R. v. T. (V.)*, [1992] 1 S.C.R. 749; *United States v. Redondo-Lemos*, 955 F.2d 1296 (1992); *United States v. Giannattasio*, 979 F.2d 98 (1992); *Welch v. The King*, [1950] S.C.R. 412; *Caccamo v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 786; *Patterson v. The Queen*, [1970] S.C.R. 409.

By Sopinka J. (dissenting)

R. v. Smith, [1991] 1 S.C.R. 714; *R. v. Banas and Haverkamp* (1982), 65 C.C.C. (2d) 224; *R. v. Voykin* (1986), 29 C.C.C. (3d) 280; *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903; *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *R. v. Bailey* (1983), 4 C.C.C. (3d) 21; *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657; *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277; *White v. The King*, [1947] S.C.R. 268; *R. v. Paquette* (1974), 19 C.C.C. (2d) 154; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880; *R. v. Collins* (1993), 79 C.C.C. 204; *R. v. Whittle* (1992), 78 C.C.C. (3d) 49; *R. v. Monteleone*, [1987] 2 S.C.R. 154; *R. v. Smith* (1992), 73 C.C.C. (3d) 285; *R. v. Andres*, [1982] 2 W.W.R. 249; *Graat v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 819; *R. v. Dubois* (1990), 62 C.C.C. (3d) 90; *R. v. Kucher* (1979), 48 C.C.C. (2d) 115; *R. v. Pinske* (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 114, aff'd [1989] 2 S.C.R. 979; *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(a), (b), 24(2).
Constitution Act, 1867.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 255(2) [rep. & sub. R.S.C., 1985, c. 27 (1st Supp.), s. 36], (3) [rep. & sub. *idem*], 676(1)(a), 686(1)(b)(iii), (4)(a), (b)(i), (ii) [rep. & sub. *ibid.*, s. 145(3)].

Authors Cited

Frase, Richard S. "The Decision to File Federal Criminal Charges: A Quantitative Study of Prosecutorial Discretion" (1979-1980), 47 *U. Chi. L. Rev.* 246.
 Garant, Patrice. *Droit administratif*, 3^e éd., vol. 2. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1991.
 Hébert, Jean-Claude. "Le contrôle judiciaire de certains pouvoirs de la couronne", dans *Droit pénal — Orientations nouvelles*. Formation permanente, Barreau du Québec. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1987, 129.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.

sée, [1983] 2 R.C.S. v; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Verrette*, [1978] 2 R.C.S. 838; *Smythe c. La Reine*, [1971] R.C.S. 680; *R. c. T. (V.)*, [1992] 1 R.C.S. 749; *United States c. Redondo-Lemos*, 955 F.2d 1296 (1992); *United States c. Giannattasio*, 979 F.2d 98 (1992); *Welch c. The King*, [1950] R.C.S. 412; *Caccamo c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 786; *Patterson c. La Reine*, [1970] R.C.S. 409.

^b Citée par le juge Sopinka (dissident)

R. c. Smith, [1991] 1 R.C.S. 714; *R. c. Banas and Haverkamp* (1982), 65 C.C.C. (2d) 224; *R. c. Voykin* (1986), 29 C.C.C. (3d) 280; *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903; *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *R. c. Bailey* (1983), 4 C.C.C. (3d) 21; *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657; *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277; *White c. The King*, [1947] R.C.S. 268; *R. c. Paquette* (1974), 19 C.C.C. (2d) 154; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880; *R. c. Collins* (1993), 79 C.C.C. 204; *R. c. Whittle* (1992), 78 C.C.C. (3d) 49; *R. c. Monteleone*, [1987] 2 R.C.S. 154; *R. c. Smith* (1992), 73 C.C.C. (3d) 285; *R. c. Andres*, [1982] 2 W.W.R. 249; *Graat c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 819; *R. c. Dubois* (1990), 62 C.C.C. (3d) 90; *R. c. Kucher* (1979), 48 C.C.C. (2d) 115; *R. c. Pinske* (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 114, conf. par [1989] 2 R.C.S. 979; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771.

f Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 10a), b), 24(2).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 255(2) [abr. & rempl. L.R.C. (1985), ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 36], (3) [abr. & rempl. *idem*], 676(1)a), 686(1)b)(iii), (4)a), b)(i), (ii) [abr. & rempl. *ibid.*, art. 145(3)].
Loi constitutionnelle de 1867.

h Doctrine citée

Frase, Richard S. «The Decision to File Federal Criminal Charges: A Quantitative Study of Prosecutorial Discretion» (1979-1980), 47 *U. Chi. L. Rev.* 246.
 Garant, Patrice. *Droit administratif*, 3^e éd., vol. 2. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1991.
 Hébert, Jean-Claude. «Le contrôle judiciaire de certains pouvoirs de la couronne», dans *Droit pénal — Orientations nouvelles*. Formation permanente, Barreau du Québec. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1987, 129.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.

- Lezak, Sidney I. and Maureen Leonard. "The Prosecutor's Discretion: Out of the Closet — Not Out of Control" (1984), 63 *Or. L. Rev.* 247.
- Morgan, Donna C. "Controlling Prosecutorial Powers — Judicial Review, Abuse of Process and Section 7 of The Charter" (1986-87), 29 *Crim. L.Q.* 15. ^a
- Pépin, Gilles. "La compétence des tribunaux administratifs de décider de la constitutionnalité d'une loi, notamment de sa compatibilité avec la *Charte canadienne des droits et libertés*", in Canadian Bar Association — Continuing Legal Education Seminar on Administrative Law, *Administrative Law: Past Present and Future Where We've Been*. Ottawa: 1989. ^b
- Ramsay, J. A. "Prosecutorial Discretion: A Reply to David Vanek" (1987-88), 30 *Crim. L.Q.* 378.
- Reiss, Steven Alan. "Prosecutorial Intent in Constitutional Criminal Procedure" (1987), 135 *U. Pa. L. Rev.* 1365. ^c
- Temby, Ian. "Prosecution Discretions and the Director of Public Prosecutions Act 1983" (1985), 59 *Austl. L.J.* 197. ^d
- Vanek, David. "Prosecutorial Discretion" (1987-88), 30 *Crim. L.Q.* 219.
- Lezak, Sidney I. and Maureen Leonard. «The Prosecutor's Discretion: Out of the Closet — Not Out of Control» (1984), 63 *Or. L. Rev.* 247.
- Morgan, Donna C. «Controlling Prosecutorial Powers — Judicial Review, Abuse of Process and Section 7 of The Charter» (1986-87), 29 *Crim. L.Q.* 15.
- Pépin, Gilles. «La compétence des tribunaux administratifs de décider de la constitutionnalité d'une loi, notamment de sa compatibilité avec la *Charte canadienne des droits et libertés*», dans l'Association du Barreau canadien — Séminaire de formation juridique permanente sur le droit administratif, *Droit administratif: ce qu'il fut, ce qu'il est et ce qu'il deviendra*. Ottawa: 1989.
- Ramsay, J. A. «Prosecutorial Discretion: A Reply to David Vanek» (1987-88), 30 *Crim. L.Q.* 378.
- Reiss, Steven Alan. «Prosecutorial Intent in Constitutional Criminal Procedure» (1987), 135 *U. Pa. L. Rev.* 1365.
- Temby, Ian. «Prosecution Discretions and the Director of Public Prosecutions Act 1983» (1985), 59 *Austl. L.J.* 197.
- Vanek, David. «Prosecutorial Discretion» (1987-88), 30 *Crim. L.Q.* 219.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal (1993), 105 Nfld. & P.E.I.R. 271, 331 A.P.R. 271, 81 C.C.C. (3d) 1, 45 M.V.R. (2d) 214, dismissing an appeal from acquittal by Aylward J. sitting with jury. Appeal allowed, Sopinka, Cory and Major JJ. dissenting. ^e

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve (1993), 105 Nfld. & P.E.I.R. 271, 331 A.P.R. 271, 81 C.C.C. (3d) 1, 45 M.V.R. (2d) 214, qui a rejeté l'appel interjeté contre l'acquittement prononcé par le juge Aylward siégeant avec jury. Pourvoi accueilli, les juges Sopinka, Cory et Major sont dissidents. ^f

Wayne Gorman, for the appellant.

Wayne Gorman, pour l'appelante. ^g

David Orr, for the respondent.

David Orr, pour l'intimé.

The judgment of La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. was delivered by ^h

Le jugement des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin a été rendu par

L'HEUREUX-DUBÉ J. — This appeal concerns the interpretation and application of s. 686(4) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, to the facts of the case. The sole issue is whether the Court of Appeal erred in entering a verdict of acquittal instead of ordering a new trial for the respondent after it concluded that the trial judge had committed an error of law in excluding breathalyzer evidence which was admissible. ⁱ

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Le présent pourvoi porte sur l'interprétation et l'application aux faits du par. 686(4) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Il s'agit uniquement de savoir si la Cour d'appel a commis une erreur en consignait un verdict d'acquittement au lieu d'ordonner que l'intimé subisse un nouveau procès après qu'elle eut conclu que le juge du procès avait commis une erreur de droit en écartant une preuve admissible obtenue au moyen de l'alcootest. ^j

The majority of the Court of Appeal, Goodridge C.J. dissenting, dismissed the Crown's appeal of respondent's acquittal on the ground that there had been an abuse of process in that, instead of proceeding with the trial, the Crown, unreasonably in their view, declined to call further evidence which resulted in the acquittal of respondent on all counts. My colleague, Justice Sopinka, while declining to dismiss the appeal on that ground, would do so "on the ground that the court of appeal has a limited discretion to dismiss an appeal in such circumstances and that this was a proper case for its exercise" (p. 635). I respectfully disagree.

I share the view expressed by Goodridge C.J. in dissent that no abuse of process occurred in the present case. Furthermore, I cannot agree with my colleague that s. 686(4) of the *Code* confers any discretion on a court of appeal other than the discretion to dismiss or allow an appeal. In particular, I cannot agree, as a matter of law, principle and policy, that a court of appeal is empowered to inquire into prosecutorial discretion.

Section 686(4) of the *Criminal Code* reads as follows:

686. . . .

(4) Where an appeal is from an acquittal, the court of appeal may

(a) dismiss the appeal; or

(b) allow the appeal, set aside the verdict and

(i) order a new trial, or

(ii) except where the verdict is that of a court composed of a judge and jury, enter a verdict of guilty with respect to the offence of which, in its opinion, the accused should have been found guilty but for the error in law, and pass a sentence that is warranted in law, or remit the matter to the trial court and direct the trial court to impose a sentence that is warranted in law.

My colleague has summarized the facts and the judgments which relieves me of the necessity of

La Cour d'appel à la majorité, le juge en chef Goodridge étant dissident, a rejeté l'appel du ministère public à l'encontre de l'acquiescement de l'intimé pour le motif qu'il y avait eu abus de procédure. Au lieu de continuer le procès, le ministère public a, déraisonnablement de l'avis des juges majoritaires, refusé de présenter d'autre preuve, ce qui a entraîné l'acquiescement de l'intimé relativement à tous les chefs. Tout en refusant de rejeter le pourvoi sur cette base, mon collègue le juge Sopinka est d'avis de le rejeter «pour le motif que la cour d'appel jouit d'un pouvoir discrétionnaire limité de rejeter un appel dans de telles circonstances et qu'il convenait en l'espèce d'exercer ce pouvoir» (p. 635). Avec égards, je ne suis pas d'accord.

Je partage l'opinion dissidente du juge en chef Goodridge qu'aucun abus de procédure n'a été commis dans la présente affaire. En outre, je ne peux convenir avec mon collègue que le par. 686(4) du *Code* confère à une cour d'appel un pouvoir discrétionnaire autre que celui de rejeter ou d'accueillir un appel. En particulier, je ne suis d'accord ni en droit ni en principe qu'une cour d'appel est investie du pouvoir d'intervenir dans le pouvoir discrétionnaire de la poursuite.

Le paragraphe 686(4) du *Code criminel* dispose:

686. . . .

(4) Lorsqu'un appel est interjeté d'un acquiescement, la cour d'appel peut:

a) rejeter l'appel;

b) admettre l'appel, écarter le verdict et, selon le cas:

(i) ordonner un nouveau procès,

(ii) sauf dans le cas d'un verdict rendu par un tribunal composé d'un juge et d'un jury, consigner un verdict de culpabilité à l'égard de l'infraction dont, à son avis, l'accusé aurait dû être déclaré coupable, et prononcer une peine justifiée en droit ou renvoyer l'affaire au tribunal de première instance en lui ordonnant d'infliger une peine justifiée en droit.

Mon collègue ayant résumé les faits et les jugements, je suis dispensée d'en traiter longuement.

dealing with them at length. Suffice it to say that, on April 20, 1989, a car driven by the respondent was involved in an accident in which one of his passengers died and two others were injured. The respondent was charged with one count of impaired driving causing death and two counts of impaired driving causing bodily harm. At trial, the breathalyzer evidence, which was the most probative evidence tendered by the Crown, was found to have been obtained in breach of the respondent's right to counsel in s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. As such, the evidence was declared inadmissible and was excluded. The Crown elected to call no further evidence and the respondent was, consequently, acquitted. The Court of Appeal, having found no *Charter* breach, held that the evidence was admissible as a matter of law. While such an appeal would normally be allowed and a new trial ordered according to s. 686(4) of the *Criminal Code*, the Court entered a verdict of acquittal on the basis that there had been an abuse of process by the Crown.

At the outset, it is important to note that the Court of Appeal was unanimous in holding that the trial judge had erred in excluding the properly admissible breathalyzer evidence. This is no longer an issue before us. As to the discretion of a court of appeal in Crown's appeals under s. 686(4) of the *Criminal Code*, the Court of Appeal was also unanimous in holding that s. 686(4) does not oust courts' power to sanction an abuse of process. Beyond that, I share Goodridge C.J.'s affirmation for the reasons he exposes (1993), 105 Nfld. & P.E.I.R. 271, at p. 305, that:

... the Court of Appeal must either dismiss the appeal or allow the appeal and set aside the verdict, and, if it allows the appeal and sets aside the verdict, it must either order a new trial or, unless the verdict appealed from is that of a jury, enter the verdict which should have been entered at trial. [Emphasis added.]

Qu'il me suffise de dire que, le 20 avril 1989, l'intimé, alors au volant d'une voiture, a été impliqué dans un accident qui a entraîné la mort de l'un de ses passagers et causé des blessures à deux autres. L'intimé a été accusé de conduite avec facultés affaiblies causant la mort (un chef) et de conduite avec facultés affaiblies causant des lésions corporelles (deux chefs). Au procès, on a conclu que la preuve obtenue au moyen de l'alcootest, soit la preuve la plus probante qu'ait présentée le ministère public, avait été obtenue en contravention du droit de l'intimé à l'assistance d'un avocat garanti à l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En tant que telle, la preuve a été déclarée inadmissible, puis écartée. Le ministère public a choisi de ne présenter aucune autre preuve, et l'intimé a, en conséquence, été acquitté. Ayant conclu qu'il n'y avait pas eu violation de la *Charte*, la Cour d'appel a déterminé que la preuve était admissible en droit. Bien que ce genre d'appel aurait normalement été accueilli, et un nouveau procès ordonné conformément au par. 686(4) du *Code criminel*, la cour a prononcé un verdict d'acquiescement pour le motif qu'il y avait eu abus de procédure de la part du ministère public.

Il importe de signaler dès le début que la Cour d'appel a unanimement conclu que le juge du procès avait commis une erreur en écartant la preuve obtenue au moyen de l'alcootest, qui aurait dû être admise. Nous ne sommes donc plus saisis de cette question. Quant au pouvoir discrétionnaire d'une cour d'appel à l'égard des appels interjetés par le ministère public aux termes du par. 686(4) du *Code criminel*, la Cour d'appel a également conclu à l'unanimité que ce paragraphe ne prive pas les tribunaux du pouvoir de sanctionner un abus de procédure. Au delà de ces deux questions, je partage l'opinion du juge en chef Goodridge pour les motifs qu'il a exposés (1993), 105 Nfld. & P.E.I.R. 271, à la p. 305, que:

[TRADUCTION] ... la Cour d'appel doit soit rejeter l'appel, soit l'accueillir et écarter le verdict, auquel cas elle doit ordonner un nouveau procès ou, à moins que le verdict contesté n'ait été rendu par un jury, consigner le verdict qui aurait dû être prononcé au procès. [Je souligne.]

I will discuss the following issues in turn:

1. The Abuse of Process;
2. The Discretion under s. 686(4) of the *Criminal Code*;
3. Prosecutorial Discretion.

1. Abuse of Process

Although it is today undisputed that courts have an inherent and residual discretion to prevent an abuse of the court's process, this was not always the case. For a long period of time, authority for such a proposition was sparse and was generally made in *obiter dicta*. (See *R. v. Leroux* (1928), 50 C.C.C. 52 (Ont. C.A.), at pp. 56-57, *per* Grant J.A. for the court, *R. v. Bell* (1929), 51 C.C.C. 388 (B.C.C.A.), at pp. 391-92, *per* Macdonald C.J.A., and *R. v. Leclair* (1956), 115 C.C.C. 297 (Ont. C.A.), at pp. 302-3, *per* Mackay J.A. for the court.)

In *R. v. Osborn* (1968), 4 C.C.C. 185, Jessup J.A., writing for the Ontario Court of Appeal, relied on the majority decision of the House of Lords in *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, [1964] 2 All E.R. 401, to hold that every court, regardless of whether it exercises civil or criminal jurisdiction, has an inherent discretionary power to prevent an abuse of process through oppressive or vexatious proceedings. He cautioned, however, that such discretion should be exercised sparingly and only in exceptional circumstances (at pp. 189-91). On appeal before our Court (*R. v. Osborn*, [1971] S.C.R. 184), three justices (Pigeon J., Martland and Judson JJ. concurring) held that no such discretion existed, three (Hall J., Ritchie and Spence JJ. concurring) held that it was not necessary to decide the question and the seventh, Fauteux J. (as he then was), simply concurred in the result, which left the state of the law in doubt.

J'analyserai les questions suivantes dans l'ordre:

1. L'abus de procédure;
2. Le pouvoir discrétionnaire aux termes du par. 686(4) du *Code criminel*;
3. Le pouvoir discrétionnaire de la poursuite.

^b 1. L'abus de procédure

Si on ne conteste plus aujourd'hui que les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire inhérent et résiduel d'empêcher l'abus du processus judiciaire, il n'en fut pas toujours ainsi. Pendant longtemps la jurisprudence favorable à une telle position était rarissime et, quand elle l'était, c'était généralement dans le cadre d'opinions incidentes. (Voir *R. c. Leroux* (1928), 50 C.C.C. 52 (C.A. Ont.), aux pp. 56 et 57, le juge Grant au nom de la cour, *R. c. Bell* (1929), 51 C.C.C. 388 (C.A.C.-B.), aux pp. 391 et 392, le juge en chef MacDonald, et *R. c. Leclair* (1956), 115 C.C.C. 297 (C.A. Ont.), aux pp. 302 et 303, le juge Mackay au nom de la cour.)

Dans l'arrêt *R. c. Osborn* (1968), 4 C.C.C. 185, le juge Jessup, au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, a invoqué la décision majoritaire de la Chambre des lords dans l'affaire *Connelly c. Director of Public Prosecutions*, [1964] 2 All E.R. 401, pour conclure que tous les tribunaux, qu'ils exercent une juridiction civile ou criminelle, ont le pouvoir discrétionnaire inhérent d'empêcher qu'un abus soit commis au moyen de procédures oppressives ou vexatoires. Il a toutefois ajouté, à titre de mise en garde, qu'un tel pouvoir discrétionnaire doit être exercé avec mesure et uniquement dans des circonstances exceptionnelles (aux pp. 189 à 191). En appel devant notre Cour (*R. c. Osborn*, [1971] R.C.S. 184), trois juges (le juge Pigeon, avec l'appui des juges Martland et Judson) ont conclu que ce pouvoir discrétionnaire n'existait pas, trois autres (le juge Hall, avec l'appui des juges Ritchie et Spence) ont conclu qu'il n'était pas nécessaire de trancher la question, et le septième, le juge Fauteux (plus tard Juge en chef), a simplement souscrit au résultat, ce qui a laissé l'état du droit dans l'incertitude.

The issue was again raised in *Rourke v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 1021, where the alleged abuse of process stemmed from a lengthy delay on the part of the police before arresting the accused. Pigeon J., writing for the majority, concluded at p. 1043:

For the reasons I gave in *The Queen v. Osborn*, [1971] S.C.R. 184, I cannot admit of any general discretionary power in courts of criminal jurisdiction to stay proceedings regularly instituted because the prosecution is considered oppressive.

The minority, *per* Laskin C.J., concurring in the result, following *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, *supra*, and *Director of Public Prosecutions v. Humphrys*, [1976] 2 All E.R. 497 (H.L.), would have recognized that criminal trial courts have an inherent jurisdiction to prevent abuse of their process, keyed to particular situations. Subsequent decisions of this Court have alluded in *obiter dicta* to the existence of a doctrine of abuse of process (*Erven v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 926, at p. 957 (*per* Pratte J.), *R. v. Krannenburg*, [1980] 1 S.C.R. 1053, at p. 1061 (*per* Dickson J.), and *Amato v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 418, at pp. 454-55 (*per* Estey J.)). In the wake of *Rourke*, *supra*, provincial appellate courts divided on the issue. Some applied *Rourke*, *supra*, and held that the doctrine of abuse of process was not available in criminal proceedings (*R. v. Lebrun* (1978), 7 C.R. (3d) 93 (B.C.C.A.)). Others applied the doctrine but restricted it to exceptional circumstances (*Re Ball and The Queen* (1978), 44 C.C.C. (2d) 532 (Ont. C.A.), *Re Abarca and The Queen* (1980), 57 C.C.C. (2d) 410 (Ont. C.A.), and *R. v. Young* (1984), 40 C.R. (3d) 289 (Ont. C.A.)). *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128, put an end to the controversy by unanimously affirming the availability of the doctrine of abuse of process in criminal proceedings. The Court, at pp. 136-37, borrowed the comments of Dubin J.A. in *R. v. Young*, *supra*, that a stay of proceedings should be granted where "compelling an accused to stand trial would violate those fundamental principles of justice which underlie the community's sense of fair play and decency" or where the proceedings are "oppressive or vexatious". The Court also adopted, at p. 137, "the caveat added by the [Ontario] Court [of

La question a de nouveau été soulevée dans l'arrêt *Rourke c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 1021, où on a allégué l'abus de procédure du fait du long délai écoulé avant que la police n'arrête l'accusé. Le juge Pigeon, au nom de la majorité, a conclu à la p. 1043:

Pour les motifs que j'ai énoncés dans *La Reine c. Osborn*, [1971] R.C.S. 184, je ne puis admettre que les tribunaux criminels aient un pouvoir discrétionnaire général de suspendre des procédures régulièrement instituées, parce que la poursuite est considérée comme oppressive.

La minorité, dont les motifs ont été rédigés par le juge en chef Laskin, qui a souscrit au résultat, a suivi les arrêts *Connelly c. Director of Public Prosecutions*, précité, et *Director of Public Prosecutions c. Humphrys*, [1976] 2 All E.R. 497 (H.L.), et aurait reconnu que les cours criminelles de première instance ont le pouvoir inhérent d'empêcher l'abus de leur procédure, en fonction de chaque cas. Des décisions subséquentes de notre Cour ont fait allusion de façon incidente à l'existence de la doctrine de l'abus de procédure (*Erven c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 926, à la p. 957 (le juge Pratte), *R. c. Krannenburg*, [1980] 1 R.C.S. 1053, à la p. 1061 (le juge Dickson), et *Amato c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 418, aux pp. 454 et 455 (le juge Estey)). Dans le sillage de l'arrêt *Rourke*, précité, les cours d'appel provinciales se sont divisées sur la question. Certaines ont appliqué l'arrêt *Rourke* et conclu qu'on ne pouvait avoir recours à la doctrine de l'abus de procédure dans le cadre d'instances criminelles (*R. c. Lebrun* (1978), 7 C.R. (3d) 93 (C.A.C.-B.)). D'autres ont appliqué la doctrine, la limitant toutefois à des circonstances exceptionnelles (*Re Ball and The Queen* (1978), 44 C.C.C. (2d) 532 (C.A. Ont.), *Re Abarca and The Queen* (1980), 57 C.C.C. (2d) 410 (C.A. Ont.), et *R. c. Young* (1984), 40 C.R. (3d) 289 (C.A. Ont.)). Dans l'arrêt *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128, notre Cour a mis un terme à la controverse en confirmant unanimement la possibilité de recourir à la doctrine de l'abus de procédure dans les instances criminelles. La Cour, aux pp. 136 et 137, a fait siens les commentaires du juge Dubin de la Cour d'appel dans l'arrêt *R. c. Young*, précité, selon lequel l'arrêt des procédures devrait être prononcé lorsque «forcer le prévenu à subir son procès vio-

Appeal] in *Young* that this is a power which can be exercised only in the 'clearest of cases'. Dickson C.J., at pp. 132-33, reproduced in part the following comments of Viscount Dilhorne of the House of Lords in *Director of Public Prosecutions v. Humphrys*, *supra*, at p. 509 and p. 511:

Where an indictment has been properly preferred . . . has a judge power to quash it and to decline to allow the trial to proceed merely because he thinks that a prosecution of the accused for that offence should not have been instituted? I think there is no such general power and that to recognise the existence of such a degree of omnipotence is, as my noble and learned friend, Lord Edmund-Davies, has said, unacceptable in any country acknowledging the rule of law. But saying this does not mean that there is not a general power to control the procedure of a court so as to avoid unfairness. If at the time of *Connelly* it had been possible to try the murder and robbery charges together, then it might well have been held unfair, oppressive and an abuse of process for them to be tried separately, each charge being based on the same evidence. But that is very different from saying that a judge has power to stop a prosecution for perjury just because he thinks it should not have been brought and that it will show that the verdict at the trial at which it is alleged the perjury was committed should have been guilty.

If there is the power which my noble and learned friends think there is to stop a prosecution on indictment in limine, it is in my view a power that should only be exercised in the most exceptional circumstances. [Emphasis added.]

In *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657, the Court unanimously reaffirmed the principle enunciated in *R. v. Jewitt*, *supra*. While she held that a stay of proceedings for abuse of process was not limited to cases where there is evidence of

lerait les principes de justice fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société» ou lorsque la procédure est «oppressive ou vexatoire». La Cour a également adopté, à la p. 137, «la mise en garde que fait la cour [d'appel de l'Ontario] dans l'arrêt *Young*, portant que c'est là un pouvoir qui ne peut être exercé que dans les «cas les plus manifestes»». Le juge en chef Dickson a repris en partie, aux pp. 132 et 133, les commentaires suivants du vicomte Dilhorne de la Chambre des lords dans l'arrêt *Director of Public Prosecutions c. Humphrys*, précité, aux pp. 509 et 511:

[TRADUCTION] Lorsque l'acte d'accusation a été présenté de façon appropriée [. . .] le juge a-t-il le pouvoir de l'annuler et de refuser que le procès se poursuive pour la simple raison qu'il croit que l'accusé n'aurait pas dû faire l'objet d'une poursuite relativement à l'infraction en cause? J'estime que ce pouvoir général n'existe pas et que reconnaître l'existence d'un tel degré d'omnipotence est, comme mon noble et savant collègue, lord Edmund-Davies, l'a dit, inacceptable dans un pays qui reconnaît la primauté du droit. Cela ne signifie toutefois pas qu'il n'existe pas de pouvoir général de contrôler la procédure d'un tribunal de façon à ce qu'aucune injustice ne soit commise. Si, au moment où l'arrêt *Connelly* a été rendu, il avait été possible de juger les accusations de meurtre et de vol qualifié concurrentement, on aurait fort bien pu estimer injuste, oppressif et abusif sur le plan de la procédure de les juger séparément, chaque accusation étant fondée sur une même preuve. Cela ne signifie toutefois pas que le juge a le pouvoir de mettre un terme à une poursuite pour parjure pour la seule raison qu'elle n'aurait pas dû être intentée et qu'elle démontrera que le verdict prononcé au procès au cours duquel un parjure, allégué-t-on, a été commis, aurait dû être un verdict de culpabilité.

Si, comme le pensent mes nobles et savants collègues, on peut arrêter in limine des poursuites sur mise en accusation, ce pouvoir, selon moi, ne devrait être exercé que dans les circonstances les plus exceptionnelles. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657, la Cour à l'unanimité a réaffirmé le principe énoncé dans l'arrêt *R. c. Jewitt*, précité. Tout en concluant que l'arrêt des procédures ordonné pour abus ne se limitait pas aux affaires où l'inconduite

prosecutorial misconduct, Wilson J. for the Court, at p. 659, was careful to point out that the remedy will only be granted in the “clearest of cases”. In *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903, a stay of proceedings was entered on the basis that (*per* Lamer J., at p. 939) “in criminal law the doctrine of abuse of process draws on the notion that the state is limited in the way it may deal with its citizens”. In *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659, writing for the majority, I expressed the following view, at p. 1667:

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. [Emphasis added.]

I added, however, on the same page, that a stay of proceedings for abuse of process will only be granted in the “clearest of cases”. This was reiterated in *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979, *per* Cory J. See also *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880.

I, therefore, conclude that, in criminal cases, courts have a residual discretion to remedy an abuse of the court’s process but only in the “clearest of cases”, which, in my view, amounts to conduct which shocks the conscience of the community and is so detrimental to the proper administration of justice that it warrants judicial intervention.

de la poursuite est établie, le juge Wilson, pour la Cour, a pris soin de souligner que la réparation ne sera accordée que dans les «cas les plus manifestes» (p. 659). Dans l’arrêt *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903, l’arrêt des procédures avait été ordonné pour le motif qu’«en droit criminel la doctrine de l’abus de procédure est fondée sur la notion que l’État est limité dans la manière dont il peut traiter ses citoyens» (le juge Lamer, à la p. 939). Me prononçant au nom de la majorité dans l’arrêt *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, j’ai exprimé l’opinion suivante à la p. 1667:

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. [Je souligne.]

J’ai toutefois ajouté à la même page que l’arrêt des procédures pour abus ne sera accordé que dans les «cas les plus manifestes», ce qui a été réitéré dans l’arrêt *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979, le juge Cory. Voir également *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880.

Je conclus, par conséquent, que, dans les affaires criminelles, les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire résiduel de remédier à un abus de la procédure de la cour, mais uniquement dans les «cas les plus manifestes», ce qui, à mon avis, signifie un comportement qui choque la conscience de la collectivité et porte préjudice à l’administration régulière de la justice au point qu’il justifie une intervention des tribunaux.

To conclude that the situation “is tainted to such a degree” and that it amounts to one of the “clearest of cases”, as the abuse of process has been characterized by the jurisprudence, requires overwhelming evidence that the proceedings under scrutiny are unfair to the point that they are contrary to the interest of justice. As will be developed in more detail further in these reasons, the Attorney General is a member of the executive and as such reflects, through his or her prosecutorial function, the interest of the community to see that justice is properly done. The Attorney General’s role in this regard is not only to protect the public, but also to honour and express the community’s sense of justice. Accordingly, courts should be careful before they attempt to “second-guess” the prosecutor’s motives when he or she makes a decision. Where there is conspicuous evidence of improper motives or of bad faith or of an act so wrong that it violates the conscience of the community, such that it would genuinely be unfair and indecent to proceed, then, and only then, should courts intervene to prevent an abuse of process which could bring the administration of justice into disrepute. Cases of this nature will be extremely rare.

Applying this test to the facts of this case, it is evident that in no way did the conduct of the prosecution meet the high threshold required to constitute an abuse of process. There is not one iota of evidence that the Crown prosecutor’s conduct was prompted by bad faith or an improper motive, a fact recognized by Cameron J.A., nor did the prosecution intend to frustrate the administration of justice or even to circumvent the rules of criminal law regarding interlocutory appeals contrary to what Marshall J.A. suggests. I agree with Cameron J.A. when she writes at p. 290:

Counsel for the respondent, in oral submission, argued that this appeal is tantamount to an interlocutory appeal. I do not accept that submission. This is not a request, before verdict, for a determination of the correctness of a ruling so that a party may adjust the presentation of its case in light of the decision. Had the trial judge been

Pour conclure que la situation est «à ce point viciée» et qu’elle constitue l’un des «cas les plus manifestes», tel que l’abus de procédure a été qualifié par la jurisprudence, il doit y avoir une preuve accablante que les procédures examinées sont injustes au point qu’elles sont contraires à l’intérêt de la justice. Comme je l’expliquerai de façon plus détaillée dans mes motifs, le procureur général est un représentant de l’exécutif et, à ce titre, il reflète, de par sa fonction de poursuivant, l’intérêt de la collectivité à faire en sorte que justice soit adéquatement rendue. Le rôle du procureur général à cet égard consiste non seulement à protéger le public, mais également à honorer et à exprimer le sens de justice de la collectivité. Aussi, les tribunaux devraient-ils être prudents avant de s’adonner à des conjectures rétrospectivement sur les motifs qui poussent le poursuivant à prendre une décision. Si la preuve démontre clairement l’existence de motifs illégitimes, de mauvaise foi ou d’un acte si fautif qu’il viole la conscience de la collectivité à un point tel qu’il serait vraiment injuste et indécent de continuer, alors, et alors seulement, les tribunaux devraient intervenir pour empêcher un abus de procédure susceptible de déconsidérer l’administration de la justice. Les cas de cette nature seront toutefois extrêmement rares.

Si l’on applique ce critère aux faits de l’espèce, il est évident que rien dans le comportement de la poursuite n’était de nature à atteindre le seuil élevé de l’abus de procédure. Il n’y a pas la moindre preuve que le comportement du substitut du procureur général ait été motivé par la mauvaise foi ou des motifs illégitimes, ce qu’a reconnu le juge Cameron de la Cour d’appel. La poursuite n’a pas tenté non plus de déjouer l’administration de la justice, ni même de contourner les règles de droit criminel en matière d’appels interlocutoires, contrairement à ce que le juge Marshall de la Cour d’appel laisse entendre. Je souscris à l’opinion du juge Cameron, à la p. 290:

[TRADUCTION] Au cours de sa plaidoirie, l’avocat de l’intimé a fait valoir que cet appel équivaut à un appel interlocutoire. Je n’accepte pas son argument. Il ne s’agit pas d’une demande, préalable au verdict, qu’il soit statué sur le bien-fondé d’une décision afin de permettre à une partie de modifier en conséquence son argumenta-

upheld by this court, the Crown would not have been able to then proceed with the trial.

Goodridge C.J., for his part, wrote, at p. 306:

If the power to order a new trial is discretionary, upon what basis is a new trial to be denied the Crown in a successful appeal from acquittal. Logically the only basis upon which a new trial could be denied is if the ordering of a new trial would be an abuse of process.

After citing *Wilson J. in R. v. Keyowski, supra*, Goodridge C.J. continued:

The test for granting a stay is whether "compelling an accused to stand trial would violate those fundamental principles of justice which underlie the community's sense of fair play and decency". If the court has power to deny a new trial in a case such as this, the test should be the same.

And further at p. 307:

The respondent should not be heard to complain unless the decision made by Crown counsel was so clearly wrong as to render what would amount to a delayed guilty verdict an abuse of process and, as earlier said, that position is one that should be taken at trial and not on appeal.

I agree with Goodridge C.J. that no abuse of process has been demonstrated here.

That the Crown prosecutor may have acted precipitously or may have exercised poor judgment in deciding not to adduce further evidence, even if true, fails to establish misconduct of such a nature as to shock the community's sense of fairness or to warrant the application of the doctrine of abuse of process.

Moreover, Sopinka J.'s assertion that this case is a borderline case, and the test of reasonableness which he applies, only confirm the unavailability of the doctrine of abuse of process. In applying

tion. Si nous avons maintenu la décision du juge du procès, le ministère public n'aurait alors pu continuer le procès.

Le juge en chef Goodridge écrit pour sa part, à la p. 306:

[TRADUCTION] Si le pouvoir d'ordonner un nouveau procès est discrétionnaire, sur quel fondement un nouveau procès doit-il être refusé au ministère public lorsque l'appel contre l'acquittal est accueilli? Logiquement, un nouveau procès ne pourrait être refusé que si l'ordonner constituerait un abus de procédure.

Après avoir cité le juge Wilson dans *R. c. Keyowski*, précité, le juge en chef Goodridge ajoute:

[TRADUCTION] En matière d'arrêt des procédures, la question est de savoir si «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». Si la cour a le pouvoir de refuser un nouveau procès dans un cas comme celui-ci, le critère devrait être le même.

Puis, à la p. 307:

[TRADUCTION] L'intimé est mal venu de se plaindre à moins que la décision du substitut du procureur général ne soit si manifestement erronée qu'elle a pour conséquence de faire de ce qui serait alors un verdict de culpabilité retardé un abus de procédure, et, comme il a été mentionné précédemment, c'est là un argument qui doit être avancé au procès et non pas en appel.

Je conviens avec le juge en chef Goodridge qu'aucun abus de procédure n'a été démontré en l'espèce.

Même s'il était prouvé que le substitut du procureur général a pu agir de façon précipitée ou faire preuve de peu de jugement en décidant de ne présenter aucune autre preuve, cela n'établit pas une inconduite de nature à choquer le sens de justice de la collectivité ou à justifier l'application de la doctrine de l'abus de procédure.

En outre, l'affirmation du juge Sopinka qu'il s'agit en l'espèce d'un cas limite et le test du caractère raisonnable qu'il applique ne font que confirmer que le recours au principe de l'abus de

that doctrine here, the majority of the Court of Appeal was, in my view, in error.

That being said, over and above the doctrine of abuse of process which permeates the whole of the criminal process, does s. 686(4) of the *Criminal Code* confer a discretion on an appellate court other than that to allow or dismiss a Crown's appeal when it concludes that there was a reversible error in the trial court? It is to this question that I now turn.

2. The Discretion under s. 686(4) of the *Criminal Code*

Although my colleague agrees with the Crown that the test set out in *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277, may not be appropriate in a Crown appeal from a directed verdict of acquittal by reason of no evidence, he goes on to say that *Vézeau, supra*, did not purport to exhaust the discretion conferred by s. 686(4). In his opinion, at p. 646, "there is support in our jurisprudence for a limited discretion on the part of the Court of Appeal to decline to allow an appeal in some circumstances in which the Crown unreasonably shuts down its case with the result that a verdict of acquittal is directed". I respectfully disagree.

My colleague relies on *R. v. Banas and Haverkamp* (1982), 65 C.C.C. (2d) 224 (Ont. C.A.), *R. v. Voykin* (1986), 29 C.C.C. (3d) 280 (Alta. C.A.), and *R. v. Bailey* (1983), 4 C.C.C. (3d) 21 (Ont. C.A.). As Goodridge C.J. pointed out, at p. 304, all of those cases "seem to have involved a situation where new trials were ordered because the successful appeals from acquittal occurred in cases where critical evidence had been ruled inadmissible". In *Bailey, supra*, which purported to follow *Banas*, the circumstances were such that there did not seem to be anything in the record to indicate that the evidence ruled inadmissible was critical. My colleague Sopinka J. also relied on *R. v. Whittle* (1992), 78 C.C.C. (3d) 49 (Ont. C.A.). As

procédure n'est pas disponible. En appliquant ce principe en l'espèce, la Cour d'appel à la majorité a, à mon avis, commis une erreur.

Cela étant dit, outre le principe de l'abus de procédure qui imprègne l'ensemble du processus criminel, le par. 686(4) du *Code criminel* confère-t-il à une cour d'appel un pouvoir discrétionnaire autre que celui d'accueillir ou de rejeter un appel du ministère public lorsqu'elle conclut que le juge du procès a commis une erreur justifiant une annulation? C'est la question que j'analyserai maintenant.

2. Le pouvoir discrétionnaire aux termes du par. 686(4) du *Code criminel*

Bien que mon collègue convienne avec le ministère public que le critère établi dans l'arrêt *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277, puisse ne pas être approprié dans le cas d'un appel du ministère public contre un verdict imposé d'acquiescement pour motif d'absence de preuve, il ajoute que l'arrêt *Vézeau*, précité, ne prétendait pas définir exhaustivement le pouvoir discrétionnaire conféré par le par. 686(4). À son avis, à la p. 646, «notre jurisprudence appuie l'existence d'un pouvoir discrétionnaire limité détenu par la cour d'appel, dans l'exercice duquel celle-ci peut refuser d'accueillir un appel dans certaines situations où le ministère public a déraisonnablement discontinué la présentation de sa preuve, entraînant ainsi un verdict imposé d'acquiescement». Avec égards, je ne suis pas d'accord.

Mon collègue invoque les arrêts *R. c. Banas and Haverkamp* (1982), 65 C.C.C. (2d) 224 (C.A. Ont.), *R. c. Voykin* (1986), 29 C.C.C. (3d) 280 (C.A. Alb.), et *R. c. Bailey* (1983), 4 C.C.C. (3d) 21 (C.A. Ont.). Comme le juge en chef Goodridge le souligne, à la p. 304, toutes ces affaires [TRANSDUCTION] «semblent avoir concerné des situations où un nouveau procès a été ordonné parce que l'appel contre un acquiescement a été accueilli pour le motif qu'une preuve déterminante avait été jugée inadmissible». Dans l'arrêt *Bailey*, précité, qui prétendait suivre l'arrêt *Banas*, les circonstances étaient telles qu'il ne semblait rien y avoir dans le dossier de nature à indiquer que la preuve jugée inadmissible était déterminante. Mon col-

this case is on appeal before us, I prefer not to comment on it.

However, had the conduct of the Crown in those cases been such that a stay of proceedings would have been warranted, as Martin J.A. seems to infer in his *obiter dicta* in *Banas*, *supra*, it might very well be that the Court would have found an abuse of process. It may well be that a Court of Appeal might find an abuse of process in a case where the Crown refuses to continue a trial, despite sufficient evidence to found a verdict, for the sole purpose of obtaining an interlocutory appeal on an adverse ruling. Such an appeal would not be available to the accused in the parallel situation, and the accused would be forced to undergo an unnecessary second trial. As such, a case might be made that the Crown's conduct constitutes an unfair and abusive exercise of the prosecutorial discretion conferred upon it.

None of those cases relied on by my colleague Sopinka J., in my view, supports the proposition that s. 686(4) provides for a limited discretion in a court of appeal other than the general discretion of courts to control their process and prevent its abuse.

Furthermore, there is no policy consideration that warrants such a broad interpretation of s. 686(4) of the *Criminal Code*. My colleague does not mention any, nor do the parties. Quite the contrary, an efficient administration of justice warrants that courts not meddle in a trial within a trial, base their finding on pure speculation and second-guess the prosecution.

In holding that under s. 686(4) of the *Code* an appellate court is entitled to consider whether the Crown has acted unreasonably, my colleague invites the courts of appeal to invade the exclusive domain of the Crown and to interfere with prosecutorial discretion, as well as to foster rulings

lègue le juge Sopinka a également invoqué l'arrêt *R. c. Whittle* (1992), 78 C.C.C. (3d) 49 (C.A. Ont.). Cette affaire étant en appel devant nous, je préfère ne pas la commenter.

Cependant, si le comportement du ministère public dans ces affaires avait justifié l'arrêt des procédures, comme le juge Martin semble l'inférer de façon incidente dans l'arrêt *Banas*, précité, la cour aurait très bien pu conclure que ce comportement constituait un abus de procédure. Il se peut fort bien qu'une cour d'appel conclue à un abus de procédure lorsque le ministère public refuse, pour le seul motif de loger un appel interlocutoire d'une décision défavorable, de continuer un procès même s'il existe une preuve suffisante pouvant appuyer un verdict. L'accusé n'aurait pas droit à ce genre d'appel dans une situation parallèle et il serait forcé inutilement de subir un second procès. Dans un tel cas, il serait peut-être possible d'établir que la conduite du ministère public constitue un exercice inéquitable et abusif du pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré en matière de poursuite.

À mon avis, aucune des affaires sur lesquelles se fonde mon collègue le juge Sopinka ne permet de soutenir que le par. 686(4) confère à la cour d'appel un pouvoir discrétionnaire restreint autre que le pouvoir discrétionnaire général des tribunaux de contrôler leur procédure et d'en empêcher l'abus.

Par ailleurs, aucune considération de principe ne justifie une interprétation aussi libérale du par. 686(4) du *Code criminel*. Mon collègue n'en mentionne aucune, ni d'ailleurs les parties. Bien au contraire, une administration efficace de la justice veut que les tribunaux s'abstiennent d'intervenir dans un procès à l'intérieur d'un procès, de fonder leur conclusion sur de pures suppositions et de conjecturer rétrospectivement sur les décisions de la poursuite.

En concluant que, aux termes du par. 686(4) du *Code*, un tribunal d'appel peut se demander si le ministère public a agi de façon déraisonnable, mon collègue invite les cours d'appel à envahir le domaine exclusif du ministère public, à s'immiscer dans le pouvoir discrétionnaire de la poursuite et à

based on pure speculation as to what might have happened had the prosecution chosen a different path. This, in my view, is not only impermissible and contrary to the rule of law but also contrary to the interest in a good and efficient administration of justice.

For these reasons, I am of the view that s. 686(4) of the *Criminal Code* does not confer a court of appeal any discretion, however limited, beyond the general power to control its process in case of abuse. I now turn to the issue of prosecutorial discretion.

3. Prosecutorial Discretion

My colleague himself at p. 649, alluding to the type of discretion he sees in s. 686(4) of the *Criminal Code*, warns that courts "should be mindful of the fact that exercising this power must be done sparingly in that it constitutes a review of prosecutorial discretion". This, at a minimum, indicates the danger with which such interference by courts is fraught. There are other dangers, not the least of which involves the possibility of interfering with the separation of powers under our constitution.

In contrast to the U.S. Constitution, no general "separation of powers" doctrine is spelled out in the *Constitution Act, 1867*. However, as Professor Peter W. Hogg notes in *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992), at pp. 184-85, such a separation of powers does in fact exist. As Dickson C.J. wrote, for the Court, in *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455, at pp. 469-70:

There is in Canada a separation of powers among the three branches of government — the legislature, the executive and the judiciary. In broad terms, the role of the judiciary is, of course, to interpret and apply the law; the role of the legislature is to decide upon and enunciate policy; the role of the executive is to administer and implement that policy. [Emphasis added.]

encourager des décisions fondées sur de pures suppositions quant à ce qui aurait pu se produire si la poursuite avait choisi une voie différente. Cela, à mon avis, est non seulement inadmissible et contraire à la primauté du droit, mais également contraire à l'intérêt d'une bonne et efficace administration de la justice.

Pour ces motifs, je suis d'avis que le par. 686(4) du *Code criminel* ne confère pas à une cour d'appel un pouvoir discrétionnaire, quelque restreint qu'il puisse être, autre que le pouvoir général de contrôler sa procédure en cas d'abus. J'examinerai maintenant la question du pouvoir discrétionnaire de la poursuite.

3. Le pouvoir discrétionnaire de la poursuite

Mon collègue lui-même à la p. 649, faisant allusion à la nature du pouvoir discrétionnaire que confère, selon lui, le par. 686(4) du *Code criminel*, rappelle que les tribunaux «ne doi[ven]t pas perdre de vue que le pouvoir en question doit s'exercer avec mesure puisqu'il s'agit du contrôle du pouvoir discrétionnaire de la poursuite». Cela indique, à tout le moins, les dangers qu'entraîne l'intervention par les tribunaux. Il existe d'autres dangers, dont celui, et non le moindre, qui concerne la possibilité de s'immiscer dans le partage des pouvoirs établi dans notre constitution.

Contrairement à la constitution américaine, aucune théorie générale du «partage des pouvoirs» n'est énoncée dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. Toutefois, comme le professeur Peter W. Hogg le signale dans *Constitutional Law of Canada* (3^e éd. 1992), aux pp. 184 et 185, un tel partage des pouvoirs existe en fait. Pour sa part, le juge en chef Dickson a écrit pour la Cour dans l'arrêt *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, aux pp. 469 et 470:

Il existe au Canada une séparation des pouvoirs entre les trois branches du gouvernement — le législatif, l'exécutif et le judiciaire. En termes généraux, le rôle du judiciaire est, il va sans dire, d'interpréter et d'appliquer la loi; le rôle du législatif est de prendre des décisions et d'énoncer des politiques; le rôle de l'exécutif est d'administrer et d'appliquer ces politiques. [Je souligne.]

(See also: *Sobeys Stores Ltd. v. Yeomans and Labour Standards Tribunal (N.S.)*, [1989] 1 S.C.R. 238, *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, Patrice Garant, *Droit administratif*, vol. 2 (3rd ed. 1991), and Gilles Pépin, "La compétence des tribunaux administratifs de décider de la constitutionnalité d'une loi, notamment de sa compatibilité avec la *Charte canadienne des droits et libertés*", in Canadian Bar Association — Continuing Legal Education Seminar on Administrative Law, *Administrative Law: Past Present and Future Where We've Been* (Ottawa 1989).) It is manifest that, as a matter of principle and policy, courts should not interfere with prosecutorial discretion. This appears clearly to stem from the respect of separation of powers and the rule of law. Under the doctrine of separation of powers, criminal law is in the domain of the executive, as Jean-Claude Hébert explains in "Le contrôle judiciaire de certains pouvoirs de la couronne", in *Droit pénal — Orientations nouvelles* (1987), 129, at pp. 136-37:

[TRANSLATION] In Canada, it is the executive which assumes primary responsibility for administering the criminal law, as was held by a majority of the Supreme Court in *Skogman v. The Queen*. This stems from the fact that there must be an authority which decides whether the judicial process should be set in motion and what form the prosecution will take. Decisions concerning the operation of criminal justice involve important considerations relating to the public interest. From this perspective, the actions of the Attorney General are hybrid in that there is a perpetual moving to and fro between his legal and political functions. That is why the Attorney General must answer politically to Parliament for the manner in which the Crown exercises its powers. [Emphasis added.]

Donna C. Morgan in "Controlling Prosecutorial Powers — Judicial Review, Abuse of Process and Section 7 of The Charter" (1986-87), 29 *Crim. L.Q.* 15, at pp. 20-21, probes the origins of prosecutorial powers:

Most [prosecutorial powers] derive . . . from the royal prerogative, defined by Dicey as the residue of discretionary or arbitrary authority residing in the hands of the

(Voir également: *Sobeys Stores Ltd. c. Yeomans et Labour Standards Tribunal (N.-É.)*, [1989] 1 R.C.S. 238, *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570, Patrice Garant, *Droit administratif*, vol. 2 (3^e éd. 1991), et Gilles Pépin, «La compétence des tribunaux administratifs de décider de la constitutionnalité d'une loi, notamment de sa compatibilité avec la *Charte canadienne des droits et libertés*», dans l'Association du Barreau canadien — Séminaire de formation juridique permanente sur le droit administratif, *Droit administratif: ce qu'il fut, ce qu'il est et ce qu'il deviendra* (Ottawa 1989).) Il est évident qu'en principe et en règle générale, les tribunaux ne devraient pas s'immiscer dans le pouvoir discrétionnaire de la poursuite. Cela paraît clairement aller de pair avec le respect du partage des pouvoirs et de la primauté du droit. Aux termes de la théorie du partage des pouvoirs, le droit criminel relève du pouvoir exécutif. C'est ce qu'explique Jean-Claude Hébert dans «Le contrôle judiciaire de certains pouvoirs de la couronne», dans *Droit pénal — Orientation nouvelles* (1987), 129, aux pp. 136 et 137:

Au Canada, c'est le pouvoir exécutif qui assume la responsabilité première en matière d'application du droit criminel. Tel est le rappel que fit la Cour suprême à la majorité dans l'arrêt *Skogman c. La Reine*. Cela tient au fait qu'il doit exister une autorité qui décide de l'opportunité de mettre le processus judiciaire en marche et de la forme que prendra la poursuite. Les décisions relatives au fonctionnement de la justice pénale mettent en cause des considérations importantes reliées à l'intérêt public. Dans cette perspective, les actions du procureur général sont hybrides en ce sens qu'il existe un va-et-vient perpétuel entre ses attributs juridiques et politiques. C'est pourquoi le Procureur général doit répondre politiquement devant le Parlement de la façon avec laquelle la couronne exerce ses pouvoirs. [Je souligne.]

Dans «Controlling Prosecutorial Powers — Judicial Review, Abuse of Process and Section 7 of The Charter» (1986-87), 29 *Crim. L.Q.* 15, aux pp. 20 et 21, Donna C. Morgan étudie les origines des pouvoirs de la poursuite:

[TRANSLATION] La plupart [des pouvoirs de la poursuite] tirent leur origine [. . .] de la prérogative royale, que Dicey définit comme étant le résidu du pouvoir discrétionnaire

Crown at any given time. Prerogative powers are essentially those granted by the common law to the Crown that are not shared by the Crown's subjects. While executive action carried out under their aegis conforms with the rule of law, prerogative powers are subject to the supremacy of Parliament, since they may be curtailed or abolished by statute.

Still other powers that derive directly from the prerogative now reside in the Criminal Code. . . . Others . . . have been limited or otherwise modified by Parliament. Finally, another group of prosecutorial powers . . . are creatures of statute.

And at pp. 18-19, she expands on the independence of prosecutors:

Along with the exalted status of his office come high expectations as to the Attorney-General's performance of his functions. A large measure of constitutional trust is reposed within him, and he bears a heavy obligation to conduct himself with dignity and fairness. In many situations, he is described as acting either judicially or quasi-judicially. When exercising his "grave" discretion in prosecutorial matters, he must take into account not only the position of the individual, but what the public interest demands. In doing so, he must stand alone, acting independently of political or other external influences. He is to be neither instructed or restrained, save by his final accountability to Parliament. [Emphasis added.]

In "Prosecutorial Discretion" (1987-88), 30 *Crim. L.Q.* 219, at p. 219, David Vanek explains the meaning of prosecutorial discretion:

Prosecutorial discretion refers to the discretion exercised by the Attorney-General in matters within his authority in relation to the prosecution of criminal offences. The Attorney-General is the chief law officer of the Crown and a member of the Cabinet. He heads a ministry of the government that exercises the authority over the administration of justice and the constitution and the maintenance and organization of the courts that is conferred upon the provincial government by the constitution. . . . [T]he Attorney-General is the prosecutor and hence, in effect, a litigant in every criminal case except. . . . In practice, the Attorney-General acts in individual cases through the numerous Crown Attorneys

tionnaire ou arbitraire dont la Couronne est investie à tout moment. Les pouvoirs nés de la prerogative sont essentiellement ceux qui sont accordés en common law à la Couronne et qui ne sont pas partagés par ses sujets. Bien que les actes de l'exécutif accomplis sous leur égide respectent la suprématie du droit, ces pouvoirs sont assujettis à la suprématie du Parlement, puisqu'ils peuvent être diminués ou abolis par une loi.

Néanmoins, d'autres pouvoirs dérivant directement de la prerogative sont maintenant prévus au Code criminel. [. . .] D'autres [. . .] ont été restreints ou autrement modifiés par le législateur. Enfin, un autre groupe de pouvoirs de la poursuite [. . .] sont des créations de la loi.

Aux pages 18 et 19, elle ajoute, sur l'indépendance de la poursuite:

[TRADUCTION] Le statut supérieur de la charge du procureur général ne vient pas sans attentes considérables quant à l'exercice de ses fonctions. Investi d'une grande confiance constitutionnelle, il assume la lourde tâche de se conduire avec dignité et équité. Dans bon nombre de cas, il est décrit comme agissant soit judiciairement soit quasi judiciairement. Lorsqu'il exerce son pouvoir discrétionnaire «solennel» en matière de poursuites, il doit tenir compte non seulement de la situation de l'individu, mais également de l'intérêt de la société. Ce faisant, il se retrouve seul, agissant indépendamment des influences politiques ou autres influences extérieures. Il ne doit ni recevoir des ordres ni être restreint, sauf par son obligation ultime de rendre compte au législateur. [Je souligne.]

Dans «Prosecutorial Discretion» (1987-88), 30 *Crim. L.Q.* 219, à la p. 219, David Vanek explique le sens du pouvoir discrétionnaire de la poursuite:

[TRADUCTION] Le pouvoir discrétionnaire renvoie à la discrétion exercée par le procureur général dans les affaires qui relèvent de sa compétence relativement à la poursuite d'infractions criminelles. Le procureur général est premier conseiller juridique de la Couronne, et membre du Cabinet. Il assume la direction d'un ministère qui exerce son autorité sur l'administration de la justice et sur la création, le maintien et l'organisation des tribunaux, pouvoirs qui sont conférés aux provinces par la constitution. [. . .] [L]e procureur général est le poursuivant et donc, de fait, il est partie à toutes les instances criminelles, sauf [. . .]. En pratique, il agit dans chaque affaire par l'entremise de ses nombreux substituts et

and Assistant Crown Attorneys who are appointed as his agents to prosecute for criminal offences on his behalf. [Emphasis added.]

In "Prosecutorial Discretion: A Reply to David Vanek" (1987-88), 30 *Crim. L.Q.* 378, at pp. 378-80, J. A. Ramsay expands on the rationale underlying judicial deference to prosecutorial discretion:

Crown counsel in Ontario are responsible ultimately to the Attorney-General, who is responsible to the Legislature. . . . The Ministry of the Attorney-General exercises careful supervision of prosecutions for which it is responsible. Proceedings are conducted in public and any member of the public is free to bring the conduct of Crown counsel to the attention of the Attorney-General. In practice, Crown counsel must be prepared to account for their actions on every single case they prosecute.

It is fundamental to our system of justice that criminal proceedings be conducted in public before an independent and impartial tribunal. If the court is to review the prosecutor's exercise of his discretion the court becomes a supervising prosecutor. It ceases to be an independent tribunal. [Emphasis added.]

That courts have been extremely reluctant to interfere with prosecutorial discretion is clear from the case law. They have been so as a matter of principle based on the doctrine of separation of powers as well as a matter of policy founded on the efficiency of the system of criminal justice and the fact that prosecutorial discretion is especially ill-suited to judicial review.

In *Re Balderstone and The Queen* (1983), 8 C.C.C. (3d) 532 (Man. C.A.), (leave to appeal refused by the Supreme Court of Canada on December 15, 1983, [1983] 2 S.C.R. v), Monnin C.J. wrote, at p. 539:

The judicial and the executive must not mix. These are two separate and distinct functions. The accusatorial officers lay informations or in some cases prefer indictments. Courts or the curia listen to cases brought to their attention and decide them on their merits or on meritori-

substitués adjoints, nommés à titre de mandataires du procureur général pour intenter en son nom des poursuites relativement à des infractions criminelles. [Je souligne.]

Dans «Prosecutorial Discretion: A Reply to David Vanek» (1987-88), 30 *Crim. L.Q.* 378, aux pp. 378 à 380, J. A. Ramsay précise le raisonnement qui sous-tend la retenue dont les tribunaux font preuve à l'égard du pouvoir discrétionnaire de la poursuite:

[TRADUCTION] En Ontario, les substitués du procureur général répondent en dernier lieu au procureur général qui, lui, rend compte à la législature. [. . .] Le ministère du Procureur général exerce une surveillance serrée sur les poursuites dont il assume la responsabilité. Les instances sont tenues en public, et tous sont libres de porter le comportement d'un substitut à l'attention du procureur général. En pratique, les substitués doivent être prêts à rendre compte de leurs actes chaque fois qu'ils intentent des poursuites.

Il est fondamental, dans notre système de justice, que les instances criminelles se déroulent en public, devant un tribunal indépendant et impartial. S'il doit contrôler l'exercice par le poursuivant de son pouvoir discrétionnaire, le tribunal devient un poursuivant superviseur. Il cesse alors d'être un tribunal indépendant. [Je souligne.]

Il ressort clairement de la jurisprudence que les tribunaux ont été extrêmement réticents à intervenir dans le pouvoir discrétionnaire de la poursuite. Ils ont agi ainsi par principe, compte tenu du partage des pouvoirs, de l'efficacité du système de justice criminelle et du fait que le pouvoir discrétionnaire de la poursuite se prête particulièrement mal au contrôle judiciaire.

Dans l'arrêt *Re Balderstone and The Queen* (1983), 8 C.C.C. (3d) 532 (C.A. Man.) (autorisation de pourvoi refusée par la Cour suprême du Canada le 15 décembre 1983, [1983] 2 R.C.S. v), le juge en chef Monnin a écrit, à la p. 539:

[TRADUCTION] Le judiciaire et l'exécutif ne doivent pas se mêler. Il s'agit de deux fonctions séparées et distinctes. Les agents d'accusation déposent des dénonciations ou, dans certains cas, des actes d'accusation. Les tribunaux entendent les affaires qui leur sont déférées et

ous preliminary matters. If a judge should attempt to review the actions or conduct of the Attorney-General — barring flagrant impropriety — he could be falling into a field which is not his and interfering with the administrative and accusatorial function of the Attorney-General or his officers. That a judge must not do. [Emphasis added.]

La Forest J. stated in *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at pp. 410-11:

Discretion is an essential feature of the criminal justice system. A system that attempted to eliminate discretion would be unworkably complex and rigid. Police necessarily exercise discretion in deciding when to lay charges, to arrest and to conduct incidental searches, as prosecutors do in deciding whether or not to withdraw a charge, enter a stay, consent to an adjournment, proceed by way of indictment or summary conviction, launch an appeal and so on.

The *Criminal Code* provides no guidelines for the exercise of discretion in any of these areas. The day to day operation of law enforcement and the criminal justice system nonetheless depends upon the exercise of that discretion.

This Court has already recognized that the existence of prosecutorial discretion does not offend the principles of fundamental justice; see *R. v. Lyons*, *supra*, at p. 348; see also *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, at pp. 303-4. The Court did add that if, in a particular case, it was established that a discretion was exercised for improper or arbitrary motives, a remedy under s. 24 of the *Charter* would lie. . . . [Emphasis added.]

(See also: *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469, *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 348, *R. v. Verrette*, [1978] 2 S.C.R. 838, at p. 350, and *Smythe v. The Queen*, [1971] S.C.R. 680, at p. 686.)

Our Court in *R. v. T. (V.)*, [1992] 1 S.C.R. 749, at p. 761, commented on the rationale for not interfering with prosecutorial discretion:

It is important to understand the rationale for this judicial deference to the prosecutor's discretion. In this

statuent sur celles-ci quant au fond ou aux questions préliminaires valables. Si un juge tente d'examiner les actions ou le comportement du procureur général, — sauf en cas de conduite répréhensible flagrante — il se peut qu'il outre passe sa compétence et empêche le procureur général ou ses représentants d'exercer leur fonction administrative et accusatoire, ce qu'un juge ne doit pas faire. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, aux pp. 410 et 411, le juge La Forest a écrit:

Le pouvoir discrétionnaire est une caractéristique essentielle de la justice criminelle. Un système qui tenterait d'éliminer tout pouvoir discrétionnaire serait trop complexe et rigide pour fonctionner. Les forces policières exercent nécessairement un pouvoir discrétionnaire quand elles décident de porter des accusations, de procéder à une arrestation et aux fouilles et perquisitions qui en découlent, tout comme la poursuite quand elle décide de retirer une accusation, de demander une suspension, de consentir à un ajournement, de procéder par voie d'acte d'accusation plutôt que par voie de déclaration sommaire de culpabilité, de former appel, etc.

Le *Code criminel* ne donne aucune directive sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire dans aucun de ces cas. L'application de la loi et le fonctionnement de la justice criminelle n'en dépendent pas moins, quotidiennement, de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire.

Cette Cour a déjà reconnu que le pouvoir discrétionnaire de la poursuite ne porte pas atteinte aux principes de justice fondamentale, voir *R. c. Lyons*, précité, à la p. 348, voir aussi *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, aux pp. 303 et 304. La Cour a néanmoins ajouté que si, dans un cas particulier, il était établi qu'un pouvoir discrétionnaire était exercé pour des motifs irréguliers ou arbitraires, il existerait un recours en vertu de l'art. 24 de la *Charte* . . . [Je souligne.]

(Voir également: *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 348, *R. c. Verrette*, [1978] 2 R.C.S. 838, à la p. 350, et *Smythe c. La Reine*, [1971] R.C.S. 680, à la p. 686.)

Dans l'arrêt *R. c. T. (V.)*, [1992] 1 R.C.S. 749, à la p. 761, notre Cour a commenté les motifs qui justifient cette retenue envers le pouvoir discrétionnaire de la poursuite:

Il est important de comprendre la raison de cette retenue judiciaire envers le pouvoir discrétionnaire du pour-

regard, the reasons of Viscount Dilhorne in *Director of Public Prosecutions v. Humphrys*, [1976] 2 All E.R. 497 (H.L.), at p. 511, are instructive:

A judge must keep out of the arena. He should not have or appear to have any responsibility for the institution of a prosecution. The functions of prosecutors and of judges must not be blurred. If a judge has power to decline to hear a case because he does not think it should be brought, then it soon may be thought that the cases he allows to proceed are cases brought with his consent or approval. (Emphasis added.)

Consider also Powell J.'s comments in *Wayte v. United States*, 470 U.S. 598 (1985). Though the factual content of the case at bar is fundamentally different from that with which the U.S. Court was faced (selective prosecution of violators of a law requiring Selective Service registration), his caution respecting the institutional competence of the courts bears repeating. At pages 607-8 Powell J. remarks:

This broad discretion rests largely on the recognition that the decision to prosecute is particularly ill-suited to judicial review. Such factors as the strength of the case, the prosecution's general deterrence value, the Government's enforcement priorities, and the case's relationship to the Government's overall enforcement plan are not readily susceptible to the kind of analysis the courts are competent to undertake. Judicial supervision in this area, moreover, entails systemic costs of particular concern. Examining the basis of a prosecution delays the criminal proceeding, threatens to chill law enforcement by subjecting the prosecutor's motives and decision-making to outside inquiry, and may undermine prosecutorial effectiveness by revealing the Government's enforcement policy. All these are substantial concerns that make the courts properly hesitant to examine the decision whether to prosecute. [Emphasis added, in addition to material emphasized in original, from "Such factors . . . to undertake."]

Since a myriad of factors can affect a prosecutor's decision either to bring charges, to prosecute, to plea bargain, to appeal, etc., courts are ill-equipped to evaluate those decisions properly. (See: Steven Alan Reiss, "Prosecutorial Intent in

suitant. À cet égard, les motifs du vicomte Dilhorne dans l'arrêt *Director of Public Prosecutions c. Humphrys*, [1976] 2 All E.R. 497 (H.L.), à la p. 511, sont instructifs:

[TRADUCTION] Un juge ne doit pas descendre dans l'arène. Il ne doit avoir ni sembler avoir aucune responsabilité dans l'institution d'une poursuite. Les rôles du ministère public et des juges doivent être nettement délimités. Si un juge a le pouvoir de refuser d'entendre une affaire parce qu'à son avis, elle n'aurait pas dû être engagée, on en viendra vite à penser que les affaires dont il autorise la poursuite sont entamées avec son consentement ou son approbation. (Je souligne.)

Soulignons également les commentaires du juge Powell dans l'arrêt *Wayte c. United States*, 470 U.S. 598 (1985). Bien que les faits soient ici fondamentalement différents de ceux dont le tribunal américain était saisi (poursuite sélective des contrevenants à une loi exigeant l'enrôlement dans le cadre d'un programme de «Selective Service»), la mise en garde qu'adresse le juge Powell, aux pp. 607 et 608, concernant la compétence institutionnelle des tribunaux mérite d'être reprise:

[TRADUCTION] Ce large pouvoir discrétionnaire repose en grande partie sur la reconnaissance que la décision d'instituer des poursuites se prête particulièrement mal au contrôle judiciaire. Des facteurs tels la valeur de la preuve, l'effet de dissuasion de la poursuite, les priorités du gouvernement en matière d'application de la loi et la place que tient l'affaire dans l'ensemble des mesures prises à cet effet, ne peuvent faire aisément l'objet du genre d'analyse relevant de la compétence des tribunaux. De plus, la surveillance judiciaire dans ce domaine engendre des coûts systémiques préoccupants. Examiner le fondement d'une poursuite en retard le cheminement, menace de paralyser l'application de la loi en soumettant le processus et les motifs des décisions du poursuivant à une enquête extérieure et risque d'en saper l'efficacité en révélant la politique du gouvernement en matière d'application de la loi. Ce sont toutes là des questions importantes qui expliquent la réticence des tribunaux à soumettre à l'examen la décision d'instituer une poursuite. [Je souligne, en plus du texte souligné dans l'original: «Des facteurs [. . .] des tribunaux.»]

Puisqu'une myriade de facteurs peuvent influencer sur la décision de la poursuite de porter des accusations, d'intenter des poursuites, de négocier un plaidoyer, d'interjeter appel, etc., les tribunaux ne sont pas en mesure de bien évaluer ces décisions.

Constitutional Criminal Procedure" (1987), 135 *U. Pa. L. Rev.* 1365, at p. 1373.)

The judicial review of prosecutorial discretion may also involve disclosure by the Crown of precise details about the process by which it decides to charge, to prosecute and to take other actions. Such a procedure could generate masses of documents to review and could eventually reveal the Crown's confidential strategies and preoccupations. For example, the confidential nature of the charging process serves important institutional functions, including rehabilitative goals and the goal of increasing general deterrence. The latter is met only by preventing the public from knowing which crimes will be given emphasis in enforcement. Professor Richard S. Frase ("The Decision to File Federal Criminal Charges: A Quantitative Study of Prosecutorial Discretion" (1979-1980), 47 *U. Chi. L. Rev.* 246) points to further elements which militate against the review of prosecutorial discretion, at p. 297:

... (3) publication [in a judicial review, of the Crown's guidelines or policies] inevitably would result in more frequent attempts to invoke judicial review of prosecution policy and decisions, and such review would further clog an already overburdened criminal court system; and (4) if prosecutors knew that their policy would be published, they would be reluctant to formulate it, or to change it once it was formulated.

Indeed, confidentiality permits prosecutors to employ flexible and multifaceted enforcement policies, while disclosure promotes inflexible and static policies which are not necessarily desirable.

Moreover, should judicial review of prosecutorial discretion be allowed, courts would also be asked to consider the validity of various rationales advanced for each and every decision, involving the analysis of policies, practices and procedure of the Attorney General. The court would then have to "second-guess" the prosecu-

(Voir: Steven Alan Reiss, «Prosecutorial Intent in Constitutional Criminal Procedure» (1987), 135 *U. Pa. L. Rev.* 1365, à la p. 1373.)

^a Le contrôle judiciaire du pouvoir discrétionnaire de la poursuite peut également entraîner la divulgation par le ministère public de détails précis sur le processus par lequel il décide de porter des accusations, d'intenter des poursuites et de prendre d'autres mesures. Une telle procédure pourrait engendrer des masses de documents à revoir et risquerait en fin de compte de révéler les préoccupations et les stratégies confidentielles du ministère public. Par exemple, la nature confidentielle du processus d'accusation sert à d'importantes fonctions institutionnelles, dont les objectifs de réadaptation et celui de l'accroissement de la dissuasion générale. Ce dernier ne peut se réaliser que si le public ignore quels crimes feront l'objet d'une application soutenue de la loi. Le professeur Richard S. Frase («The Decision to File Federal Criminal Charges: A Quantitative Study of Prosecutorial Discretion» (1979-1980), 47 *U. Chi. L. Rev.* 246) énumère d'autres facteurs qui militent contre le contrôle du pouvoir discrétionnaire de la poursuite, à la p. 297:

[TRADUCTION] ... (3) la publication [dans le cadre d'un contrôle judiciaire, des directives ou politiques du ministère public] entraînerait inévitablement un nombre accru de demandes de contrôle judiciaire des politiques et décisions de la poursuite et un tel contrôle paralyserait plus lourdement un système de justice criminelle déjà surchargé, et (4) si les poursuivants savent que leurs politiques seront rendues publiques, ils hésiteront à les formuler ou à les modifier après leur formulation.

De fait, la confidentialité permet aux poursuivants de recourir à des politiques d'application flexibles et diversifiées, alors que la divulgation ouvre la porte à des politiques inflexibles et statiques, qui ne sont pas nécessairement souhaitables.

ⁱ En outre, si le contrôle judiciaire du pouvoir discrétionnaire de la poursuite était permis, les tribunaux seraient également priés de considérer la validité des différentes raisons avancées pour chaque décision, ce qui exigerait l'analyse des politiques, des pratiques et de la procédure du procureur général. Le tribunal devrait alors évaluer après coup la

tor's judgment in a variety of cases to determine whether the reasons advanced for the exercise of his or her judgment are a subterfuge. This method of judicial review is not only improper and technically impracticable, but, as Kozinski J. observed in *United States v. Redondo-Lemos*, 955 F.2d 1296 (9th Cir. 1992), at p. 1299:

Such decisions [to charge, to prosecute and to plea-bargain] are normally made as a result of a careful professional judgment as to the strength of the evidence, the availability of resources, the visibility of the crime and the likely deterrent effect on the particular defendant and others similarly situated. Even were it able to collect, understand and balance all of these factors, a court would find it nearly impossible to lay down guidelines to be followed by prosecutors in future cases. We would be left with prosecutors not knowing when to prosecute and judges not having time to judge. [Emphasis added.]

Such a situation would be conducive to a very inefficient administration of justice. Furthermore, the Crown cannot function as a prosecutor before the court while also serving under its general supervision. The court, in turn, cannot both supervise the exercise of prosecutorial discretion and act as an impartial arbitrator of the case presented to it. Judicial review of prosecutorial discretion, which would enable courts to evaluate whether or not a prosecutor's discretion was correctly exercised, would destroy the very system of justice it was intended to protect (*United States v. Redondo-Lemos, supra*, at p. 1300).

In *Director of Public Prosecutions v. Humphrys, supra*, at p. 511, Viscount Dilhorne provides a further reason why judicial screening of prosecutorial discretion is not mandated:

A judge must keep out of the arena. He should not have or appear to have any responsibility for the institution of a prosecution. The functions of prosecutors and of judges must not be blurred. If a judge has power to

décision du ministère public dans bon nombre d'affaires pour déterminer si les motifs avancés pour justifier l'exercice de son jugement sont un subterfuge. Cette méthode de contrôle judiciaire est non seulement inappropriée et théoriquement impraticable, mais, comme l'a fait remarquer le juge Kozinski dans l'arrêt *United States c. Redondo-Lemos*, 955 F.2d 1296 (9th Cir. 1992), à la p. 1299:

[TRADUCTION] Avant de prendre une décision [de porter des accusations, d'intenter des poursuites et de négocier des plaidoyers] le poursuivant porte normalement un jugement professionnel prudent quant à la valeur de la preuve, l'existence des ressources, la visibilité du crime et l'effet dissuasif probable sur le défendeur et sur les personnes qui sont dans une situation semblable. Même s'il était en mesure de recueillir, de comprendre et de soupeser tous ces facteurs, le tribunal trouverait presque impossible d'énoncer des lignes directrices que les poursuivants devraient suivre dans les affaires subséquentes. Les poursuivants ignoreraient alors quand instituer des poursuites et les juges n'auraient pas le temps de juger. [Je souligne.]

Une telle situation rendrait tout à fait inefficace l'administration de la justice. En outre, le ministère public ne peut fonctionner à titre de poursuivant devant le tribunal tout en étant également assujéti à sa surveillance générale. Pour sa part, le tribunal ne peut à la fois superviser l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la poursuite et agir à titre d'arbitre impartial de l'affaire qui lui est soumise. Le contrôle judiciaire du pouvoir discrétionnaire de la poursuite, qui permettrait aux tribunaux de considérer si oui ou non le pouvoir discrétionnaire du ministère public a été correctement exercé, détruirait le système de justice même qu'il est censé protéger (*United States c. Redondo-Lemos, précité*, à la p. 1300).

Dans l'arrêt *Director of Public Prosecutions c. Humphrys, précité*, à la p. 511, le vicomte Dilhorne avance une raison supplémentaire pour laquelle l'examen judiciaire du pouvoir discrétionnaire de la poursuite n'est pas souhaitable:

[TRADUCTION] Un juge ne doit pas descendre dans l'arène. Il ne doit avoir ni sembler avoir aucune responsabilité dans l'institution d'une poursuite. Les rôles du ministère public et des juges doivent être nettement déli-

decline to hear a case because he does not think it should be brought, then it soon may be thought that the cases he allows to proceed are cases brought with his consent or approval. [Emphasis added.]

In our system, a judge does not have the authority to tell prosecutors which crimes to prosecute or when to prosecute them. As well, in *United States v. Giannattasio*, 979 F.2d 98 (7th Cir. 1992), the trial judge had originally directed the prosecutor to select only five counts because the former had only a week in which he could hear the case. In the trial judge's view, the government would get the same benefit from five convictions as from fifteen. When the case was called for trial, the prosecutor refused to proceed on the basis of five counts and the trial judge dismissed the entire indictment. Writing for the Court of Appeals, Posner J. reversed the order of dismissal and said, at p. 100:

If Dr. Giannattasio committed fifteen Medicare frauds, a judge cannot tell the Justice Department to prosecute him for only five of the frauds, or to prosecute him for five now and the rest later, if necessary. Of course there are judicially enforceable checks on discretion to indict. But they are protections for defendants, not for judges. [Emphasis added.]

I agree with Sidney I. Lezak and Maureen Leonard ("The Prosecutor's Discretion: Out of the Closet — Not Out of Control" (1984), 63 *Or. L. Rev.* 247, at p. 251) that:

Fifth, law enforcement considerations support continued prosecutorial discretion. The need to obtain information about other crimes or other criminals, and the difficulty of proving the crime at trial often play a part in decisions to grant immunity or reduce charges.

Sixth, although the pressure of public opinion is a "wild card" factor which is difficult to evaluate, aggressive news coverage or oversight of specific criminal proceedings by special interest groups affects the exer-

mités. Si un juge a le pouvoir de refuser d'entendre une affaire parce qu'à son avis, elle n'aurait pas dû être engagée, on en viendra vite à penser que les affaires dont il autorise la poursuite sont entamées avec son consentement ou son approbation. [Je souligne.]

Notre système n'autorise pas le juge à dicter au ministère public les crimes pour lesquels une poursuite doit être intentée et le moment de le faire. Ainsi, dans l'arrêt *United States c. Giannattasio*, 979 F.2d 98 (7th Cir. 1992), le juge du procès avait initialement ordonné au ministère public de ne poursuivre que sur cinq chefs d'accusation puisqu'il ne disposait que d'une semaine pour entendre l'affaire. De l'avis du juge du procès, le gouvernement retirerait le même bénéfice de cinq déclarations de culpabilité qu'il en retirerait de quinze. Au moment du procès, le poursuivant a refusé de procéder sur le fondement de cinq chefs et le juge du procès a rejeté l'acte d'accusation au complet. Se prononçant au nom de la Cour d'appel, le juge Posner a infirmé l'ordonnance de rejet et dit, à la p. 100:

[TRADUCTION] Si le Dr Giannattasio a commis quinze fraudes contre le régime d'assurance-maladie, un juge ne peut ordonner au département de la Justice de le poursuivre relativement à cinq chefs d'accusation seulement ou relativement à cinq chefs aujourd'hui, et relativement aux autres chefs plus tard, si nécessaire. Bien sûr, il existe des contrôles judiciairement applicables du pouvoir discrétionnaire de porter des accusations. Mais ils visent à protéger les défendeurs, et non les juges. [Je souligne.]

Je conviens avec Sidney I. Lezak et Maureen Leonard («The Prosecutor's Discretion: Out of the Closet — Not Out of Control» (1984), 63 *Or. L. Rev.* 247, à la p. 251), que:

[TRADUCTION] Cinquièmement, les considérations en matière d'application de la loi viennent appuyer le maintien d'un pouvoir discrétionnaire de la poursuite. La nécessité d'obtenir des informations sur d'autres crimes ou d'autres criminels et la difficulté de faire la preuve du crime au procès jouent fréquemment un rôle dans les décisions d'accorder l'immunité ou de réduire les accusations.

Sixièmement, bien que la pression de l'opinion publique soit un facteur «déroutant» difficile à évaluer, les reportages énergiques ou la surveillance exercée sur certaines instances criminelles par des groupes d'intérêt

cise of discretion. Hence, public opinion assumes an increasingly important position in the prosecutor's decisional matrix. An interesting example is the change in prosecution policies that appeared when it became increasingly unpopular to convict draft evaders and protesters of the Vietnam War. [Emphasis added.]

(See, also: Ian Temby, Q.C., "Prosecution Discretions and the Director of Public Prosecutions Act 1983" (1985), 59 *Austl. L.J.* 197, at pp. 197, 199-200 and 202.)

My colleague's invitation to the court of appeal to interfere with prosecutorial discretion, absent abuse of process, goes against the grain of doctrine and jurisprudence. It also carries with it the dangers that have been outlined above. In my view, there is neither a need nor a justification for an interpretation of s. 686(4) of the *Criminal Code* which extends the discretion of the courts in this manner. As Goodridge C.J. underlined, the wording of s. 686(4) of the *Criminal Code* does not warrant such an interpretation, particularly in view of our Court's decision in *Welch v. The King*, [1950] S.C.R. 412. Principle and policy dictate against it, and the case law does not favour it.

For these reasons, I conclude that courts of appeal possess no residual discretion under s. 686(4).

Had I agreed with my colleague that such a discretion does exist, I still would have come to the conclusion that the Court of Appeal should have ordered a new trial instead of inscribing a verdict of acquittal for the following reasons.

The only evidence which the Court of Appeal could and did assess was the evidence presented at the *voir dire* and at the preliminary inquiry.

On the one hand, it is clear that the evidence led at a *voir dire* to establish the admissibility of evi-

particuliers influent sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Par conséquent, l'opinion publique assume un rôle de plus en plus important dans la matrice décisionnelle du poursuivant. Le changement intervenu dans les politiques en matière de poursuites lorsqu'il est devenu de plus en plus impopulaire de déclarer coupables des réfractaires et protestataires de la guerre du Vietnam en constitue un exemple intéressant. [Je souligne.]

(Voir également: Ian Temby, c.r., «Prosecution Discretions and the Director of Public Prosecutions Act 1983» (1985), 59 *Austl. L.J.* 197, aux pp. 197, 199, 200 et 202.)

L'invitation lancée par mon collègue à la cour d'appel d'intervenir dans le pouvoir discrétionnaire de la poursuite, en l'absence d'un abus de procédure, va à l'encontre de la doctrine et de la jurisprudence. Elle comporte également les dangers que j'ai mentionnés précédemment. À mon sens, il n'est ni utile ni justifié d'interpréter le par. 686(4) du *Code criminel* d'une manière qui élargisse ainsi le pouvoir discrétionnaire des tribunaux. Comme le juge en chef Goodridge l'a souligné, le libellé du par. 686(4) du *Code criminel* ne justifie pas une telle interprétation, particulièrement si l'on tient compte de la décision de notre Cour dans l'arrêt *Welch c. The King*, [1950] R.C.S. 412. En outre, les principes et les politiques appellent le contraire, et la jurisprudence ne favorise pas cette interprétation.

Pour ces motifs, je conclus que les cours d'appel ne possèdent aucun pouvoir discrétionnaire résiduel aux termes du par. 686(4).

Si j'avais convenu avec mon collègue que ce pouvoir discrétionnaire existe, j'aurais tout de même conclu, pour les motifs qui suivent, que la Cour d'appel aurait dû ordonner un nouveau procès plutôt que de consigner un verdict d'acquiescement.

La seule preuve que la Cour d'appel pouvait évaluer, et qu'elle a effectivement évaluée, était celle produite lors du *voir-dire* et de l'enquête préliminaire.

D'une part, il est évident que la preuve produite lors d'un *voir-dire* pour établir l'admissibilité

dence relevant to issues in the casé, does not assist in the determination of the innocence or guilt of an accused. This evidence deals with facts that have nothing to do with the commission of the offence; e.g. the means by which the relevant evidence was obtained.

On the other hand, with respect to the preliminary inquiry, the observation of de Grandpré J. in *Caccamo v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 786, at pp. 809-10, that "the sole purpose of the preliminary inquiry is to satisfy the magistrate that there is sufficient evidence to put the accused on trial and that, therefore, the Crown has the discretion to present only that evidence which makes out a *prima facie* case", is appropriate. Moreover, as Judson J. emphasized in *Patterson v. The Queen*, [1970] S.C.R. 409, at p. 412:

The purpose of a preliminary inquiry is clearly defined by the *Criminal Code* — to determine whether there is sufficient evidence to put the accused on trial. It is not a trial and should not be allowed to become a trial. We are not concerned here with the power of a trial judge to compel production during the trial nor with the extent to which the prosecution, in fairness to an accused person, ought to make production after the preliminary hearing and before trial.

It should also be underlined that evidence adduced at a preliminary inquiry is incomplete. Indeed, a number of witnesses, who will be called to testify at trial, are not called at the preliminary inquiry and *vice versa*. In my view, therefore, the evidence adduced at a preliminary inquiry does not properly reflect the whole of the evidence that will be presented at trial on the merits, nor does it give sufficient indication of the strength of the evidence that will be presented at trial.

As such, it is highly speculative to conjecture about the verdict that could result at trial based on the evidence presented at the preliminary inquiry and at the *voir dire*. To conclude otherwise would force the Crown to present the whole of its case at the preliminary inquiry so that, if at trial there is an adverse ruling excluding evidence following which the Crown decides to present no further evidence, it will not be penalized. The Court of

d'une preuve pertinente quant aux questions soulevées dans l'affaire ne va pas à la détermination de l'innocence ou de la culpabilité de l'accusé. Cette preuve porte sur des faits qui n'ont rien à voir avec la perpétration de l'infraction; p. ex. les moyens par lesquels la preuve en question a été obtenue.

D'autre part, relativement à l'enquête préliminaire, le commentaire du juge de Grandpré dans l'arrêt *Caccamo c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 786, aux pp. 809 et 810, que «l'enquête préliminaire vise uniquement à satisfaire le magistrat qu'il existe suffisamment de preuve pour faire subir à l'accusé un procès et que, par conséquent, le ministère public a la faculté de n'y présenter que ce qui constitue une preuve suffisante à première vue», est opportun. De plus, comme le juge Judson l'a souligné dans l'arrêt *Patterson c. La Reine*, [1970] R.C.S. 409, à la p. 412:

Le *Code criminel* définit clairement le but de l'enquête préliminaire qui est d'établir s'il y a une preuve suffisante pour renvoyer le prévenu à son procès. L'enquête n'est pas un procès et il ne faut pas permettre qu'elle en devienne un. Il ne s'agit pas ici de la faculté qu'a le juge du procès d'exiger la production de pièces au cours du procès, ni de la mesure où la poursuite, par loyauté envers le prévenu, doit la faire entre l'enquête préliminaire et le procès.

Il serait également bon de souligner que la preuve produite lors de l'enquête préliminaire est incomplète. De fait, bon nombre de témoins qui sont appelés à témoigner au procès ne seront pas appelés à l'enquête préliminaire, et vice versa. À mon avis donc, la preuve produite lors de l'enquête préliminaire ne reflète pas fidèlement l'ensemble de la preuve qui sera présentée au procès sur le fond, ni n'indique-t-elle suffisamment la valeur de la preuve qui y sera alors produite.

Comme tel, il est très spéculatif de faire des conjectures sur le résultat du verdict au procès en se fondant sur la preuve présentée lors de l'enquête préliminaire et du voir-dire. Conclure autrement forcerait le ministère public à présenter l'ensemble de sa preuve à l'enquête préliminaire afin que, si une preuve est écartée au procès et qu'il décide ensuite de n'en présenter aucune autre, il n'en subisse aucun préjudice. La Cour d'appel aurait

Appeal would then have access to almost all of the evidence that would have been put to the jury at the trial and would, therefore, be able to assess the whole of the evidence. To enforce such a rule would lead to an unnecessary waste of resources and time, since cases where the Crown will decide not to adduce further evidence and to appeal, pursuant to the exclusion of evidence, are rare and always involve the risk that the appeal will be dismissed. Speculation about the verdict cannot serve as the basis for review of an exercise of prosecutorial discretion that falls short of an abuse of process.

Finally, I would also conclude that the Court of appeal should have ordered a new trial on the basis that the excluded evidence was crucial to the Crown's case. As Crown counsel has argued in his factum:

There was evidence of alcohol consumption other than the results of the analysis of the Respondent's breath. However, none of this evidence was as compelling, as incriminating or as important as the evidence that was improperly excluded. The remaining evidence may have been sufficient to raise a prima facie case but the Crown would not have been able to obtain a conviction on those charges on the basis of the remaining evidence.

And further:

The other evidence of impairment in this case consisted almost entirely of the observations of police officers. Their evidence in this case, while admissible, is of no more weight than [that of] other witnesses that testified that the Respondent's ability to drive was not impaired. Particularly significant is the evidence of Mr. Jeffrey Porter. Mr. Porter was in the vehicle at and before the accident and testified that the Respondent **seemed okay to drive**. . . . While the police officers could comment on the Respondent's degree of intoxication, they could **not** comment on whether the Respondent's ability to drive was impaired. This is the crucial point in the type of charges involved in this case and this illustrates why the evidence of Ms. Dittmar was so important for the Crown to be able to prove the charges contained in the Indictment. [Emphasis in the original.]

alors accès à presque toute la preuve qui aurait été présentée au jury au procès et serait donc en mesure d'évaluer l'ensemble de la preuve. L'application d'une telle règle entraînerait toutefois une perte inutile de ressources et de temps puisque les affaires où le ministère public décidera de ne présenter aucune autre preuve et d'interjeter appel en raison de l'exclusion d'une preuve sont rares et comportent toujours le risque que l'appel soit rejeté. Spéculer sur le verdict ne peut servir de fondement au contrôle de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la poursuite s'il n'y a pas abus de procédure.

Enfin, je suis également d'avis que la Cour d'appel aurait dû ordonner un nouveau procès pour le motif que la preuve écartée était d'une importance capitale pour le ministère public. Comme l'a fait valoir le substitut du procureur général dans son mémoire:

[TRADUCTION] En plus des résultats de l'analyse de l'haleine de l'intimé, il y avait une preuve que l'intimé avait consommé de l'alcool. Toutefois, cette preuve n'était pas aussi convaincante, incriminante ou importante que la preuve écartée à tort. Elle constituait peut-être une preuve suffisante à première vue, mais elle ne permettait pas au ministère public d'obtenir une déclaration de culpabilité relativement à ces accusations.

Il a ajouté:

[TRADUCTION] L'autre preuve de facultés affaiblies dans la présente affaire consistait presque entièrement dans les observations des policiers. Leur témoignage en l'espèce, s'il est admissible, n'a guère plus de poids que celui d'autres témoins qui ont affirmé que la capacité de conduire de l'intimé n'était pas affaiblie. Le témoignage de M. Jeffrey Porter revêt une importance particulière. Monsieur Porter, qui prenait place dans le véhicule avant et pendant l'accident, a témoigné que l'intimé **semblait être en état de conduire**. [. . .] Bien que les policiers puissent commenter sur le degré d'intoxication de l'intimé, ils **ne** pouvaient **pas** commenter sur la question de savoir si sa capacité de conduire était affaiblie. Or, il s'agit d'un élément déterminant dans le genre d'accusations portées en l'espèce, ce qui démontre pourquoi le témoignage de M^{me} Dittmar était si important pour que le ministère public puisse faire la preuve des accusations contenues dans l'acte d'accusation. [Caractères gras dans l'original.]

As my colleague Sopinka J. has stated, at p. 650, in cases of impaired driving causing death or bodily harm:

... the appellant would have to demonstrate that: (i) the respondent was operating the vehicle in question; (ii) the respondent's ability to drive was impaired by alcohol; and (iii) the impaired driving ability of the respondent caused the death and bodily harm which occurred. [Emphasis added.]

Clearly, the first condition would be met as there was ample evidence that the respondent had been driving the vehicle in question. However, to meet the next two conditions, the appellant would have had to prove that the respondent's ability to drive was impaired by alcohol. Thus, it was crucial for the Crown to be able to present its evidence on this issue, especially since it appeared that the evidence which would be adduced at trial on this issue was going to be contradictory.

Three friends of the respondent, Porter, Aylward and McGrath, testified at the preliminary hearing that the respondent had consumed between six and eight beers in a period of approximately three to four hours which ended approximately an hour and a half before his driving. Two police officers, Stanley and Tilley, both testified to the respondent's showing physical signs of impairment, including bloodshot and watery eyes, a strong smell of alcohol, slurred speech, and staggering. However, defence counsel suggested on the *voir dire* that the accident itself would have caused the respondent to be "pretty damn shaken up". From this, we can infer that the defence counsel was trying to suggest reasons for these physical characteristics described by the police officers other than consumption of alcohol. In other words, it could be argued that the shock of the accident and the knowledge of the death of a passenger, who was a friend, caused most of these symptoms.

Both of the police officers testified that they formed the opinion that the respondent was under the influence of alcohol. Constable Jackman believed that the respondent was impaired while Constable Tilley was not sure if the alcohol had

Comme mon collègue le juge Sopinka l'a dit, à la p. 650, dans les affaires de conduites avec facultés affaiblies causant la mort ou des blessures corporelles:

... l'appelante doit établir: (i) que l'intimé conduisait le véhicule en question; (ii) que sa capacité de conduire était affaiblie par l'alcool; (iii) que cet affaiblissement a causé le décès et les lésions corporelles en question. [Je souligne.]

Manifestement, la première condition serait remplie puisqu'il y avait une preuve volumineuse que l'intimé conduisait le véhicule en question. Toutefois, pour satisfaire aux deux conditions suivantes, l'appelante aurait dû établir que la capacité de conduire de l'intimé était affaiblie par l'alcool. Il était donc capital que le ministère public puisse présenter sa preuve sur cette question, particulièrement puisque la preuve à être produite au procès sur la question paraissait contradictoire.

Trois amis de l'intimé, Porter, Aylward et McGrath, ont témoigné à l'enquête préliminaire que l'intimé avait consommé entre six et huit bières dans une période d'environ trois à quatre heures, jusqu'à approximativement une heure et demie avant de conduire. Les policiers Stanley et Tilley ont tous deux témoigné que l'intimé montrait des signes physiques de facultés affaiblies: il avait les yeux injectés de sang et larmoyants, il dégageait une forte odeur d'alcool, il articulait mal et titubait. Toutefois, l'avocat de la défense a laissé entendre lors du *voir-dire* que c'est l'accident lui-même qui aurait provoqué l'état de choc de l'intimé. Nous pouvons en déduire que l'avocat de la défense tentait d'expliquer les caractéristiques physiques décrites par les policiers par une cause autre que la consommation d'alcool. En d'autres termes, on pourrait argumenter que le choc de l'accident et le fait de savoir que l'un de ses amis était décédé a provoqué la plupart des symptômes de l'intimé.

Les deux policiers ont témoigné qu'ils avaient conclu que l'intimé était sous l'influence de l'alcool. L'agent Jackman estimait que les facultés de l'intimé étaient affaiblies alors que l'agent Tilley ne pouvait affirmer avec certitude que l'alcool

affected the respondent's judgment. Contrasted with the defence's explanation of the respondent's conduct, the observations of the police officers demonstrate that there could be conflicting evidence led at trial on the issue of impairment. Therefore, it was necessary for the Crown to present the breathalyzer evidence combined with the expert evidence on its meaning in order to assess whether the respondent was impaired. This was clearly the best and most convincing evidence even without assuming that the other evidence would not have been contradicted. Of course it would have been challenged.

Elizabeth Dittmar, the declared expert in absorption and elimination of alcohol from the blood, offered an opinion at the preliminary inquiry regarding the degree of impairment and the effect of such impairment which did not rely on the breathalyzer result. Her opinion was given in answer to a hypothetical question based on the quantity of alcohol consumed by the respondent, the time frame, the physical descriptions given by the police officers, and the respondent's size. However, it appears clearly that, without the breathalyzer, the evidence she was able to give was weak. For instance, Dittmar was only able to estimate that the respondent's blood alcohol level would have been between 35 and 120 mg/100 ml of blood at the time of the accident. However, she stated that, when the alcohol level reaches 100 mg/100 ml, she would conclude with certainty that the ability of a person is impaired. Consequently, because there was no way of knowing if the respondent's alcohol level was under or over 100 mg/100 ml, there could be no conclusive determination as to the respondent's ability to drive if the court only took into account evidence of alcohol consumption other than that produced by the breathalyzer.

Moreover, this evidence was far from compelling in this case because the blood alcohol level provided by the breathalyzer evidence read 170 mg/100 ml an hour and a half after the accident. This implied, according to the expert Dittmar, that,

avait affecté le jugement de l'intimé. Si l'on compare l'explication qu'a donnée la défense du comportement de l'intimé, les observations des policiers indiquaient qu'il pourrait y avoir une preuve contradictoire au procès sur la question des facultés affaiblies. Par conséquent, il était nécessaire pour le ministère public de présenter la preuve obtenue au moyen de l'alcootest conjointement avec le témoignage d'expert sur sa signification afin d'évaluer si les facultés de l'intimé étaient affaiblies. Il s'agissait là manifestement de la preuve la meilleure et la plus convaincante, sans même présumer que l'autre preuve n'aurait pas été contredite. De toute évidence, elle aurait été contestée.

Elizabeth Dittmar, l'experte reconnue en matière d'absorption d'alcool dans le sang et de son élimination, a exposé son opinion à l'enquête préliminaire relativement au degré d'affaiblissement et à l'effet de cet affaiblissement. Son opinion n'était pas fondée sur le résultat de l'alcootest. Elle l'a exprimée en réponse à la question hypothétique fondée sur la quantité d'alcool consommée par l'intimé, la durée, la description physique donnée par les policiers, et la taille de l'intimé. Toutefois, il ressort clairement que, sans alcootest, le témoignage qu'elle pouvait donner était faible. Ainsi, Dittmar ne pouvait qu'estimer que le taux d'alcoolémie de l'intimé se situait entre 35 et 120 mg par 100 ml de sang au moment de l'accident. Cependant, elle a affirmé pouvoir conclure avec certitude que, lorsque le taux d'alcool atteint 100 mg par 100 ml, les facultés d'une personne sont affaiblies. En conséquence, puisqu'il n'y avait aucun moyen de savoir si le taux d'alcoolémie de l'intimé se situait sous de la barre des 100 mg par 100 ml ou au-dessus, le tribunal ne pouvait rendre aucune décision concluante sur sa capacité de conduire s'il ne tenait compte que de la preuve de la consommation d'alcool n'ayant pas été obtenue au moyen de l'alcootest.

En outre, ce témoignage était loin d'être convaincant en l'espèce puisque la preuve obtenue au moyen de l'alcootest indiquait un taux d'alcoolémie de 170 mg par 100 ml une heure et demie après l'accident. Cela implique, selon l'experte

at the time of the accident, the respondent's alcohol level would have been between 185 and 210 mg/100 ml of blood. Thus, it appears that this evidence would have made possible a conclusive determination as to the impairment of the respondent and its influence on his driving ability since it showed clearly his blood alcohol level was over 100 mg/100 ml.

From this, one can conclude that had the Crown presented further evidence at trial, after the trial judge had ruled the breathalyzer evidence inadmissible, the value of the expert's evidence would have been significantly reduced and would not necessarily have assisted the Crown in proving that the respondent's ability to drive was in fact impaired. Most likely, the Crown would have been unable to prove its case beyond a reasonable doubt. The breathalyzer evidence was crucial to the Crown's case in that it would have allowed the Crown to present expert evidence that would have proved without a doubt that the respondent's ability to drive was impaired, an element which is crucial in cases of impaired driving causing death or bodily harm. In the present case, this evidence could not realistically be adduced in such a convincing way by any other means.

Furthermore, this evidence was of the outmost importance because it seemed that the respondent was raising alternative causes for the accident; i.e., the wet and slippery road conditions and the car's condition. Indeed, Constable Harnum testified that, at the time of the accident, "the road conditions were wet". Mr. Porter, a passenger, testified that the road was slippery and that, just prior to the accident, the rear of the vehicle began to slide. The mechanic who inspected the vehicle after the accident testified that one of the tires was bald and the left front brake was worn to the point that no lining remained. When the respondent's counsel suggested to the mechanic that the accident could have resulted from a blown tire, he answered that he did

Dittmar, qu'au moment de l'accident, le taux d'alcoolémie de l'intimé se situait entre 185 et 210 mg par 100 ml de sang. Ainsi, il appert que cette preuve aurait permis de rendre une décision concluante quant à l'affaiblissement des facultés de l'intimé et l'influence de cet affaiblissement sur sa capacité de conduire puisqu'elle démontrait clairement que son taux d'alcoolémie était supérieur à 100 mg par 100 ml.

De ce qui précède, on peut conclure que, si le ministère public avait présenté d'autre preuve au procès, après que le juge du procès eut jugé inadmissible la preuve obtenue au moyen de l'alcootest, la force du témoignage de l'expert aurait été considérablement amoindrie et n'aurait pas nécessairement aidé le ministère public à établir que la capacité de conduire de l'intimé était effectivement affaiblie. Il est fort probable que le ministère public aurait été incapable de prouver ses prétentions hors de tout doute raisonnable. La preuve obtenue au moyen de l'alcootest était d'une importance capitale pour le ministère public en ce qu'elle lui aurait permis de présenter un témoignage d'expert qui aurait démontré sans aucun doute que la capacité de conduire de l'intimé était affaiblie. Il s'agit là d'un élément déterminant dans les affaires de conduite avec facultés affaiblies causant la mort ou des lésions corporelles. Dans l'affaire qui nous occupe, cette preuve ne pouvait, de façon réaliste, être présentée d'une façon aussi convaincante par d'autres moyens.

Par ailleurs, elle était de la plus haute importance puisqu'il semble que l'intimé avançait d'autres causes de l'accident, soit la chaussée mouillée et glissante et l'état de l'automobile. De fait, l'agent Harnum a témoigné qu'au moment de l'accident, [TRADUCTION] «la chaussée était mouillée». Monsieur Porter, un passager, a témoigné que la route était glissante et que, peu avant l'accident, l'arrière de l'automobile avait commencé à déraiper. Le mécanicien qui a examiné le véhicule après l'accident a témoigné qu'un des pneus était lisse et que le frein avant gauche était usé au point qu'il n'y restait plus de garniture. Lorsque l'avocat de l'intimé a indiqué au mécanicien que l'accident aurait pu être causé par un pneu crevé, il a répondu

not check for that and could not say that it was not so. Therefore, it appears that without the breathalyzer evidence, the Crown may not have been in a position to prove that the respondent's ability to drive was impaired by alcohol and that the impaired driving ability of the respondent caused the death and bodily harm which occurred. Thus, I am of the view that this evidence was crucial to the Crown's case.

I conclude, therefore, that even had I shared my colleague's view that s. 686(4) of the *Criminal Code* confers a residual discretion to a court of appeal, which I do not, I would hold that the facts of this case do not point to an unreasonable decision on the part of the Crown such as to warrant the exercise of that discretion.

I base my reasons, however, on the fact that a court of appeal does not have the discretion, under s. 686(4) of the *Criminal Code*, absent abuse of process, to decline to allow an appeal when a reversible error of law is found in the trial judge's decision.

In the result, I would allow the appeal, reverse the judgment of the Court of Appeal and order a new trial.

The reasons of Sopinka, Cory and Major JJ. were delivered by

SOPINKA J. (dissenting) — The issue in this appeal concerns the power of a court of appeal under s. 686(4) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, to dismiss an appeal, notwithstanding an error at trial, on the ground that the prosecutor in an unreasonable exercise of prosecutorial discretion deliberately refrained from calling available evidence resulting in a directed verdict of acquittal. I would dismiss the appeal on the ground that the court of appeal has a limited discretion to dismiss an appeal in such circumstances and that this was a proper case for its exercise.

qu'il n'avait pas vérifié cet élément et qu'il ne pouvait prétendre le contraire. Il appert donc que, sans la preuve obtenue au moyen de l'alcootest, le ministère public n'était pas en mesure de démontrer que la capacité de conduire de l'intimé était affaiblie par l'alcool et que cet affaiblissement a causé le décès et les lésions corporelles en question. Par conséquent, je suis d'avis que cette preuve était d'une importance capitale pour le ministère public.

Je conclus donc que, même si j'avais partagé l'opinion de mon collègue, ce qui n'est pas le cas, que le par. 686(4) du *Code criminel* confère un pouvoir discrétionnaire résiduel à une cour d'appel, je conclurais que rien dans les faits de la présente affaire n'indique que le ministère public a pris une décision déraisonnable qui justifie l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire.

Je fonde toutefois mes motifs sur le fait qu'une cour d'appel n'a pas le pouvoir discrétionnaire, aux termes du par. 686(4) du *Code criminel*, en l'absence d'un abus de procédure, de refuser d'accueillir un appel lorsqu'elle conclut que le juge du procès a commis une erreur de droit justifiant une annulation.

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier le jugement de la Cour d'appel et d'ordonner un nouveau procès.

Version française des motifs des juges Sopinka, Cory et Major rendus par

LE JUGE SOPINKA (dissident) — Le présent pourvoi porte sur la question de savoir si une cour d'appel peut, en dépit d'une erreur commise au procès, s'autoriser du par. 686(4) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, pour rejeter un appel au motif que le poursuivant, exerçant d'une manière déraisonnable son pouvoir discrétionnaire, s'est délibérément abstenu de produire des éléments de preuve dont il disposait, ce qui a entraîné un verdict imposé d'acquiescement. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi pour le motif que la cour d'appel jouit d'un pouvoir discrétionnaire limité de rejeter un appel dans de telles circonstances et qu'il convenait en l'espèce d'exercer ce pouvoir.

Facts

On April 20, 1989, the respondent was involved in a motor vehicle accident. The car which the respondent was driving contained several passengers. One of the passengers died following the accident and another two were injured, one of them seriously. The respondent was charged with one count of impaired driving causing death and two counts of impaired driving causing bodily harm. The respondent's trial was held before Aylward J. of the Supreme Court of Newfoundland, Trial Division, and a jury.

The evidence revealed that Constable Stanley, who arrived first at the scene of the accident cautioned the respondent, advised him of his rights under s. 10 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and made a breathalyzer demand. Stanley had determined from other persons at the scene that the respondent was the person driving the vehicle and noted that he smelled of alcohol and was staggering. Stanley then took the respondent to the police station and delivered him into the control of Constable Tilley, who asked him if he understood his right to contact counsel and assisted the respondent in doing so. In fact, a telephone book was supplied and Tilley called several lawyers before finding one of them available. When the respondent's counsel was contacted, Tilley informed him that the officers had received word that one of the passengers had died. Tilley then turned the phone over to the respondent so that he could have a private discussion with his counsel. Prior to the respondent's conversation with his lawyer, he heard the officers say that one of the passengers had died and was told that two others were in serious condition.

After consulting with legal counsel, the respondent refused to provide the police with a sample of his breath. However, once informed that a charge for failing to comply with a demand for a breath sample would be laid if he refused, the respondent complied. His counsel telephoned the station after the first sample was given and spoke with the respondent again. After this, a second sample was

Les faits

Le 20 avril 1989, l'intimé a été impliqué dans un accident de voiture. Plusieurs passagers prenaient place dans la voiture qu'il conduisait. L'un d'eux est mort par suite de l'accident; deux autres ont subi des blessures, graves dans un cas. L'intimé a été accusé de conduite avec facultés affaiblies causant la mort (un chef) et de conduite avec facultés affaiblies causant des lésions corporelles (deux chefs). Son procès a eu lieu devant le juge Aylward de la Section de première instance de la Cour suprême de Terre-Neuve et un jury.

D'après la preuve, l'agent Stanley, qui est arrivé le premier sur les lieux de l'accident, a donné à l'intimé une mise en garde, l'a informé de ses droits aux termes de l'art. 10 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et lui a demandé un échantillon d'haleine. Stanley avait appris d'autres personnes sur les lieux que l'intimé était au volant du véhicule et il a constaté qu'il sentait l'alcool et qu'il titubait. Stanley a emmené l'intimé au poste de police, où il l'a remis à la garde de l'agent Tilley, qui lui a demandé s'il comprenait qu'il avait le droit de communiquer avec un avocat, ce qu'il l'a aidé à faire. En fait, un annuaire téléphonique a été mis à la disposition de l'intimé et Tilley a appelé plusieurs avocats avant de tomber sur un qui était disponible. Tilley a alors fait savoir à l'avocat que la police avait appris le décès de l'un des passagers. Il a ensuite passé le combiné à l'intimé pour qu'il puisse s'entretenir en privé avec son avocat. Avant sa conversation avec l'avocat, l'intimé a entendu les policiers dire que l'un des passagers était mort et on l'a informé que l'état des deux autres était grave.

Après avoir consulté son avocat, l'intimé a refusé de fournir à la police un échantillon de son haleine. Il s'est toutefois ravisé dès qu'on l'eut averti qu'une accusation de défaut d'obtempérer à l'ordre de fournir un échantillon d'haleine serait portée contre lui. Son avocat a téléphoné au poste de police après que le premier échantillon eut été prélevé et il a de nouveau parlé avec l'intimé. Par

taken. Both samples contained 170 mg of alcohol in 100 ml of blood.

The respondent indicated that he was aware that one friend had died and two others were seriously injured, that the demand for a breath sample indicated that if he failed he would be charged with impaired driving and that if he refused to provide the breath sample he could be charged with refusing to do so. At trial, the respondent's counsel objected to the admission of the breath samples results on the ground that the police had acted in violation of ss. 10(a) and (b) of the *Charter*.

A *voir dire* on the admissibility of the breath samples and statements made by the respondent at the police station was held and Aylward J. concluded that the evidence ought to be excluded under s. 24(2) of the *Charter* because the respondent had been denied his rights under s. 10 of the *Charter*. Crown counsel requested a recess and, after 30 minutes, returned to tell the court that it did not plan to call further evidence. Given that, prior to the *voir dire*, the Crown had called only one witness, a police officer who took photographs of the aftermath of the accident, the trial judge charged the jury to deliver a verdict of acquittal. On January 29, 1991, the respondent was acquitted.

The appellant appealed to the Court of Appeal of Newfoundland on the ground that the analysis of the breath samples should have been admitted into evidence. On April 6, 1993, the Court of Appeal dismissed the appeal from acquittal. The majority of the Court concluded that the trial judge had erred in excluding evidence which was unarguably important, but that the appeal should be dismissed on the basis that the appeal had been unnecessary given that the Crown could have called further substantial evidence at trial, but chose not to. Goodridge C.J., dissenting, held that the provisions of s. 686(4) of the *Criminal Code* were mandatory and that s. 686(4) required the

la suite, un second échantillon a été prélevé. Dans les deux cas, l'alcoolémie était de 170 mg d'alcool par 100 ml de sang.

L'intimé a dit qu'il savait qu'un de ses amis était mort et deux autres grièvement blessés; il a dit également qu'en lui donnant l'ordre de fournir un échantillon d'haleine, on lui avait indiqué que s'il échouait à l'alcootest il serait accusé de conduite avec facultés affaiblies et que le refus de s'y soumettre pourrait donner lieu a une accusation de refus d'obtempérer à l'ordre. Au procès, l'avocat de l'intimé, faisant valoir que la police avait violé les al. 10a) et b) de la *Charte*, s'est opposé à ce que les résultats des alcootests soient admis en preuve.

Au terme d'un voir-dire portant sur l'admissibilité des échantillons d'haleine et des déclarations faites par l'intimé au poste de police, le juge Aylward a conclu qu'il y avait lieu d'écarter ces éléments de preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte* parce qu'il y avait eu atteinte aux droits que l'art. 10 de la *Charte* garantit à l'intimé. Le substitut du procureur général a demandé un ajournement et, au bout de 30 minutes, est revenu informer la cour qu'il n'entendait pas présenter d'autre preuve. Étant donné que, antérieurement au voir-dire, le ministère public n'avait produit qu'un seul témoin, soit un policier qui avait pris des photographies des lieux de l'accident après le fait, le juge du procès a ordonné au jury de rendre un verdict d'acquiescement. Le 29 janvier 1991, l'intimé a donc été acquitté.

L'appelante, faisant valoir que l'analyse des échantillons d'haleine aurait dû être admise en preuve, a interjeté appel devant la Cour d'appel de Terre-Neuve. Le 6 avril 1993, la Cour d'appel a rejeté cet appel contre l'acquiescement. Les juges majoritaires ont conclu que le juge du procès avait commis une erreur en écartant des éléments de preuve incontestablement importants, mais qu'il y avait lieu de rejeter l'appel parce qu'il n'était pas nécessaire, puisque le ministère public aurait pu présenter d'autres preuves substantielles lors du procès, mais a choisi de ne pas le faire. Le juge en chef Goodridge, dissident, a dit que le par. 686(4) du *Code criminel* créait une obligation, de sorte

court to order a new trial if it determined that the appeal should be allowed.

Judgments Below

Supreme Court of Newfoundland (Aylward J., ruling on *voir dire*)

Aylward J. determined that the s. 10 rights of the respondent had been violated because he had not been made aware of the extent of the jeopardy which he faced prior to his consultation with counsel. He then determined that, pursuant to s. 24(2) of the *Charter*, the breath sample results should be excluded since the *Charter* violation was serious and the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. Given that the Crown elected to call no further evidence, he directed the jury to deliver a verdict of acquittal, and the respondent was acquitted.

Court of Appeal (1993), 105 Nfld. & P.E.I.R. 271

Marshall J.A.

Relying on this Court's decision in *R. v. Smith*, [1991] 1 S.C.R. 714, Marshall J.A. concluded that the ss. 10(a) and (b) rights of the respondent had not been violated since, although he had not been told of the exact charges he faced, he was aware of the purpose of performing the breathalyzer and the circumstances in which it was performed. As such, he concluded that the breath sample evidence should not have been excluded.

In determining whether the appeal should be allowed, Marshall J.A. noted that the appellant elected not to call further evidence after the ruling on the *voir dire*, even though there was substantial other evidence relating to the impairment of the respondent, apart from the breath samples. In these circumstances, he concluded that the appellant had effectively launched an interlocutory appeal of the adverse evidentiary ruling. Given that such an appeal was not available to an accused in a criminal trial, he determined that it would unfairly

que la cour était tenue d'ordonner un nouveau procès si elle décidait que l'appel devait être accueilli.

Les juridictions inférieures

La Cour suprême de Terre-Neuve (le juge Aylward, statuant dans le cadre du *voir-dire*)

Le juge Aylward a conclu que les droits dont jouissait l'intimé aux termes de l'art. 10 avaient été violés du fait qu'on ne lui avait pas fait connaître, avant qu'il ne consulte son avocat, toute l'ampleur du risque auquel il s'exposait. Il a conclu ensuite que, suivant le par. 24(2) de la *Charte*, les résultats de l'analyse des échantillons d'haleine devaient être écartés puisque la violation de la *Charte* était grave et que l'utilisation de la preuve en question était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Comme le ministère public a choisi de ne pas présenter d'autre preuve, le juge Aylward a ordonné au jury de rendre un verdict d'acquiescement et l'intimé a effectivement été acquitté.

La Cour d'appel (1993), 105 Nfld. & P.E.I.R. 271

Le juge Marshall

S'appuyant sur notre arrêt *R. c. Smith*, [1991] 1 R.C.S. 714, le juge Marshall a conclu qu'aucune atteinte n'avait été portée aux droits conférés à l'intimé par les al. 10(a) et (b) parce que, même si on ne lui avait pas précisé les accusations auxquelles il aurait à répondre, il connaissait l'objet de l'alcootest et les circonstances dans lesquelles il a été administré. Cela étant, selon le juge Marshall, la preuve obtenue au moyen de l'alcootest n'aurait pas dû être écartée.

En examinant s'il y avait lieu d'accueillir l'appel, le juge Marshall a fait remarquer que l'appelante avait choisi, à la suite de la décision rendue lors du *voir-dire*, de ne produire aucune autre preuve, même s'il existait, outre les échantillons d'haleine, d'autres éléments de preuve substantiels relatifs aux facultés affaiblies de l'intimé. Dans ces circonstances, il a conclu que l'appelante avait en fait formé un appel interlocutoire contre la décision défavorable concernant la preuve. Étant donné que l'accusé ne peut interjeter pareil appel dans le

prejudice the respondent to allow the appeal of the appellant and order a new trial.

Relying on the ability of an appellate court to stay proceedings as an abuse of process and the decisions in *R. v. Banas and Haverkamp* (1982), 65 C.C.C. (2d) 224 (Ont. C.A.), and *R. v. Voykin* (1986), 29 C.C.C. (3d) 280 (Alta. C.A.), Marshall J.A. concluded that the appeal should be dismissed. In so doing, he made the following findings at pp. 280-81:

... the additional evidence was ostensibly of sufficient weight and substance to have sustained a conviction, if accepted by the jury, without the breathalyzer testimony. Accordingly, it could not have been considered futile for the [appellant] to have continued with the trial after the breathalyzer results had been ruled inadmissible. In such circumstances it is not tenable to view this appeal in its essence and nature as other than an interlocutory motion by the [appellant] aimed at the admission of excluded evidence. While the breathalyzer was unarguably important evidence, it was not the only substantial evidence to which the [appellant] had recourse.

Cameron J.A. concurring

Cameron J.A. also concluded that there had been no s. 10 *Charter* violation and that the breath sample evidence should therefore not have been excluded. While she did not agree that the appeal was interlocutory in nature because it was (at p. 290) "not a request, before verdict, for a determination of the correctness of a ruling so that a party [could] adjust the presentation of its case in light of the decision", Cameron J.A. agreed that the appeal should be dismissed.

Cameron J.A. found that, since the appellant had met the burden of demonstrating the verdict would not necessarily have been the same had the error not been made by the trial judge, s. 686(4) required the Court of Appeal to order a new trial unless an abuse of process could be shown. Relying on the

cadre d'un procès criminel, il a conclu que ce serait porter injustement préjudice à l'intimé que d'accueillir l'appel de l'appelante et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Invokant le pouvoir qu'ont les cours d'appel d'arrêter les procédures abusives et s'appuyant sur les arrêts *R. c. Banas and Haverkamp* (1982), 65 C.C.C. (2d) 224 (C.A. Ont.), et *R. c. Voykin* (1986), 29 C.C.C. (3d) 280 (C.A. Alb.), le juge Marshall a décidé que l'appel devait être rejeté. En décidant ainsi, il a tiré les conclusions suivantes, aux pp. 280 et 281:

[TRADUCTION] ... la preuve supplémentaire paraît avoir été assez convaincante et assez substantielle, si le jury la retenait, pour fonder une déclaration de culpabilité, sans qu'on ait besoin de la preuve obtenue au moyen de l'alcootest. Par conséquent, on n'aurait pas pu juger inutile pour [l'appelante] de continuer le procès après que les résultats de l'alcootest eurent été déclarés inadmissibles. Vu ces circonstances, on ne saurait considérer le présent appel comme étant essentiellement et de par sa nature autre chose qu'une requête interlocutoire par laquelle [l'appelante] cherche à obtenir l'utilisation d'une preuve écartée. On peut soutenir que la preuve obtenue au moyen de l'alcootest était importante, mais elle n'était pas la seule preuve substantielle dont disposait [l'appelante].

Motifs concordants du juge Cameron

Le juge Cameron a conclu, elle aussi, que l'art. 10 de la *Charte* n'avait pas été violé et que, par conséquent, la preuve obtenue grâce à l'alcootest n'aurait pas dû être écartée. Bien que ne souscrivant pas à la conclusion au caractère interlocutoire de l'appel parce qu'il ne s'agissait pas (à la p. 290) [TRADUCTION] «d'une demande, préalable au verdict, qu'il soit statué sur le bien-fondé d'une décision afin de permettre à une partie de modifier en conséquence son argumentation», elle a convenu qu'il y avait lieu de rejeter l'appel.

Selon le juge Cameron, comme l'appelante s'était acquittée de l'obligation de démontrer que le verdict n'aurait pas nécessairement été identique si le juge du procès n'avait pas commis l'erreur, la Cour d'appel était tenue aux termes du par. 686(4) d'ordonner un nouveau procès, à moins que ne

decisions of this Court in *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903, and *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128 and on *Banas, supra*, *R. v. Bailey* (1983), 4 C.C.C. (3d) 21 (Ont. C.A.), and *Voykin, supra*, she found that, although no prejudice to the respondent had been demonstrated, it could be inferred from the length of the delay and that, given the substantial other evidence available to the appellant, the appeal had been unnecessary. As such, she determined that a new trial should not be ordered since the evidence which was excluded was not essential to the Crown's case, concluding as follows at p. 292:

... there was other evidence available respecting the quantity of alcohol consumed by the respondent on the day of the accident and the observations of police officers and others of his demeanour immediately after the accident. While I cannot say what verdict would have been reached had this evidence gone to the jury, I am satisfied there was sufficient evidence, other than that excluded by the trial judge's ruling, to put the matter to the jury. Certainly, the [appellant] could not maintain it was futile to continue. I conclude it would indeed be oppressive to proceed with what might have been an unnecessary appeal and this behaviour by the [appellant] is sufficient in itself to give rise to abuse of process. For that reason, though I agree the trial judge erred in excluding the breathalyzer evidence, I would deny the appeal.

Goodridge C.J. dissenting

Goodridge C.J. also concluded that the *Charter* rights of the respondent had not been violated, so that the trial judge erred in excluding the breathalyzer evidence. As such, he determined that the appeal should be allowed. Having reached this conclusion, Goodridge C.J. moved on to consider whether, pursuant to s. 686(4), a new trial should be ordered.

Goodridge C.J. stated that this was not an interlocutory appeal but an appeal from an acquittal. He emphasized at p. 305 that, under s. 686(4), on an appeal from an acquittal, "the Court of Appeal

puisse être établi un abus de procédure. S'appuyant sur nos arrêts *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903, et *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128, ainsi que sur les arrêts *Banas*, précité, *R. c. Bailey* (1983), 4 C.C.C. (3d) 21 (C.A. Ont.), et *Voykin*, précité, elle a conclu que, même si aucun préjudice pour l'intimé n'avait été démontré, le préjudice pouvait s'inférer de la longueur du délai, et que, compte tenu des autres preuves substantielles dont disposait l'appelante, l'appel était inutile. Elle a jugé en conséquence qu'il ne convenait pas d'ordonner la tenue d'un nouveau procès parce que les éléments de preuve écartés n'étaient pas essentiels à l'argumentation du ministère public, et elle a conclu, à la p. 292:

[TRADUCTION] ... il y avait d'autres éléments de preuve concernant la quantité d'alcool consommé par l'intimé le jour de l'accident ainsi que les constatations, notamment de policiers, relatives au comportement de l'intimé immédiatement après l'accident. Quoique je ne puisse dire quel verdict aurait été rendu si ces éléments de preuve avaient été soumis au jury, je suis convaincue qu'indépendamment de la preuve écartée par le juge du procès, il y avait une preuve suffisante à présenter au jury. Chose certaine, [l'appelante] ne saurait alléguer qu'il était inutile de continuer. Selon moi, ce serait vraiment oppressif de permettre que se poursuive un appel qui n'aurait peut-être pas été nécessaire, et une telle conduite de la part de [l'appelante] suffit à elle seule pour qu'il y ait abus de procédure. Pour ce motif, même si je conviens que le juge du procès a eu tort d'exclure la preuve obtenue au moyen de l'alcootest, je suis d'avis de rejeter l'appel.

Le juge en chef Goodridge, dissident

Le juge en chef Goodridge a conclu également qu'il n'y avait eu aucune violation des droits que la *Charte* garantit à l'intimé et que c'est donc à tort que le juge du procès a écarté la preuve recueillie au moyen de l'alcootest. Il a jugé en conséquence que l'appel devait être accueilli. Étant arrivé à cette conclusion, il s'est demandé ensuite s'il y avait lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès en vertu du par. 686(4).

Le juge en chef Goodridge a dit qu'il ne s'agissait pas d'un appel interlocutoire, mais bien d'un appel d'un acquittement. Aux termes du par. 686(4), a-t-il souligné à la p. 305, lorsqu'elle est

must either dismiss the appeal or allow the appeal and set aside the verdict, and, if it allows the appeal and sets aside the verdict, it must either order a new trial or, unless the verdict appealed from is that of a jury, enter the verdict which should have been entered at trial”.

Goodridge C.J. added at p. 306 that the only basis on which a new trial could be denied was “if the ordering of a new trial would be an abuse of process”. Referring to the decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657, and to *Banas, supra*, Goodridge C.J. concluded at pp. 306-7 that:

I doubt that it is proper for a court of appeal . . . to make a decision that a new trial would be an abuse of process. A court of appeal should order a new trial where the appeal from acquittal is successful. . . . It is at the trial level that the question of abuse of process should be first decided. A court of appeal should not pass judgment in the first instance on a legal question when there may be facts relating to that question that have not been determined. . . .

The only prejudice to the respondent lies in the fact that if the first trial had proceeded and resulted in a guilty verdict, his fate would have been determined at that time. Such a verdict, if there is to be one, is now delayed. The delay arises from the fact that the respondent raised a point of law in respect of which he was ultimately unsuccessful. . . . The ruling of the trial judge required [appellant] counsel to make a discretionary decision as to whether he should proceed. The respondent should not be heard to complain unless the decision made by [appellant] counsel was so clearly wrong as to render what would amount to a delayed guilty verdict an abuse of process and . . . that position is one that should be taken at trial and not on appeal.

Issue

Does s. 686(4) of the *Criminal Code* include a residual discretion for a court of appeal to refuse to order a new trial in a case where there was an error at trial which could reasonably have affected the verdict?

saisie d'un appel d'un acquittement, [TRADUCTION] «la cour d'appel doit soit rejeter l'appel, soit l'accueillir et écarter le verdict, auquel cas elle doit ordonner un nouveau procès ou, à moins que le verdict contesté n'ait été rendu par un jury, consigner le verdict qui aurait dû être consigné au procès».

Le juge en chef Goodridge a ajouté à la p. 306 que le refus d'un nouveau procès ne peut se justifier que [TRADUCTION] «si ce serait un abus de procédure que d'en ordonner la tenue». Se référant à notre arrêt *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657, et à l'arrêt *Banas*, précité, il a conclu, aux pp. 306 et 307:

[TRADUCTION] Je doute qu'il soit convenable qu'une cour d'appel [. . .] décide qu'un nouveau procès constituerait un abus de procédure. Elle doit ordonner la tenue d'un nouveau procès si l'appel de l'acquittement est accueilli [. . .]. C'est au premier palier que doit être tranchée d'abord la question de l'abus de procédure. Il n'appartient pas à la cour d'appel de statuer en première instance sur une question de droit dans un cas où certains faits se rapportant à cette question n'ont peut-être pas été déterminés. . . .

L'unique préjudice pour l'intimé vient de ce que, si le premier procès avait suivi son cours et qu'un verdict de culpabilité avait été rendu, son sort aurait été décidé à ce moment-là. Ce verdict, si effectivement il doit être rendu, est maintenant retardé. Le retard résulte du fait que l'intimé a soulevé un point de droit qui a finalement été rejeté. [. . .] La décision du juge du procès a obligé l'avocat [de l'appelante] à exercer son pouvoir discrétionnaire en décidant s'il fallait continuer la poursuite. L'intimé est mal venu de se plaindre, à moins que la décision de [l'avocat de l'appelante] ne soit si manifestement erronée qu'elle a pour conséquence de faire de ce qui serait alors un verdict de culpabilité retardé un abus de procédure, et [. . .] c'est là un argument qui doit être avancé au procès et non pas en appel.

La question en litige

Le paragraphe 686(4) du *Code criminel* confère-t-il à la cour d'appel un pouvoir discrétionnaire résiduel de refuser d'ordonner la tenue d'un nouveau procès dans un cas où a été commise au procès une erreur pouvant raisonnablement être considérée comme influant sur le verdict?

Statutory Provision

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(4):

686. . . .

(4) Where an appeal is from an acquittal, the court of appeal may

(a) dismiss the appeal; or

(b) allow the appeal, set aside the verdict and

(i) order a new trial, or

(ii) except where the verdict is that of a court composed of a judge and jury, enter a verdict of guilty with respect to the offence of which, in its opinion, the accused should have been found guilty but for the error in law, and pass a sentence that is warranted in law, or remit the matter to the trial court and direct the trial court to impose a sentence that is warranted in law.

Powers of the Court of Appeal

The powers of the Court of Appeal in indictable offences are set out in s. 686 of the *Criminal Code*. In an appeal by the accused in respect of an error of law at trial, a court of appeal has a discretion to dismiss the appeal if the error did not occasion a substantial miscarriage of justice. This discretionary power is circumscribed by a specific definition in s. 686(1)(b)(iii) of the *Code*. Section 686(4) deals with appeals by the Crown from acquittal. Although this subsection does not specify the grounds upon which such an appeal may be taken, s. 676(1)(a) provides that an appeal lies from an acquittal on any ground that involves a question of law alone. The combined effect of these two provisions is that in an appeal by the Crown from an acquittal based on an error of law, the Court of Appeal "may" allow the appeal. This confers a discretion on the court but in this case the discretion is not statutorily defined.

In *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277, at p. 291, Martland J. discussed the legislative history of these provisions and pointed out that an earlier version of these provisions provided that the pow-

Disposition législative

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, par. 686(4):

a 686. . . .

(4) Lorsqu'un appel est interjeté d'un acquittement, la cour d'appel peut:

a) rejeter l'appel;

b) admettre l'appel, écarter le verdict et, selon le cas:

(i) ordonner un nouveau procès,

(ii) sauf dans le cas d'un verdict rendu par un tribunal composé d'un juge et d'un jury, consigner un verdict de culpabilité à l'égard de l'infraction dont, à son avis, l'accusé aurait dû être déclaré coupable, et prononcer une peine justifiée en droit ou renvoyer l'affaire au tribunal de première instance en lui ordonnant d'infliger une peine justifiée en droit.

Pouvoirs de la cour d'appel

C'est à l'art. 686 du *Code criminel* que se trouvent énoncés les pouvoirs de la cour d'appel en ce qui concerne les actes criminels. Lorsque l'accusé interjette appel relativement à une erreur de droit commise au procès, la cour d'appel a le pouvoir discrétionnaire de rejeter l'appel s'il ne s'agit pas d'une erreur judiciaire grave. Ce pouvoir discrétionnaire est toutefois restreint par le cas précis figurant au sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code*. Le paragraphe 686(4) traite des appels d'un acquittement interjetés par le ministère public. Bien que ce paragraphe n'expose pas les moyens pouvant fonder un tel appel, l'al. 676(1)(a) prévoit qu'un appel peut être interjeté d'un acquittement pour tout motif qui comporte une question de droit seulement. Il résulte de ces deux dispositions prises ensemble que, dans un cas où le ministère public invoque l'erreur de droit pour fonder un appel d'un acquittement, la cour d'appel «peut» accueillir l'appel. Un pouvoir discrétionnaire est donc conféré à la cour, mais, en l'occurrence, ce pouvoir n'est pas défini dans le texte législatif.

Dans l'arrêt *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277, à la p. 291, le juge Martland, en faisant l'historique législatif de ces dispositions, a indiqué que, dans une version antérieure, elles prévoyaient que

ers of a Court of Appeal in an appeal by the Crown were to be applied *mutatis mutandis* with the powers in respect of an appeal by the accused. In the latter case a curative provision in the terms of the present s. 686(1)(b)(iii) applied. See *White v. The King*, [1947] S.C.R. 268. The amendment (S.C. 1953-54, c. 51) did not remove the discretion but left it undefined. Apparently, Parliament was content to leave it to the courts to define the circumstances in which the discretion was to be exercised. An appeal by the Crown from an acquittal, in contrast with an appeal by the accused from conviction, is a relatively unusual provision not common to all jurisdictions with systems similar to ours. It would, therefore, be appropriate for Parliament to accord more discretion to the courts as to the circumstances in which an error at trial should result in a new trial or conviction in an appeal by the Crown.

In *Vézeau* this Court decided that the exercise of the discretion to allow an appeal by the Crown grounded on an error of law included the power, which existed before the amendment, to refuse to allow an appeal if the error did not occasion a substantial miscarriage of justice. At page 291, Martland J. adopted the approach of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Paquette* (1974), 19 C.C.C. (2d) 154, in the following paragraph:

[Section 686(4)] does not contain any provision equivalent to s. 613(1)(b)(iii). The powers of the court under this subsection were considered by the Court of Appeal for Ontario in *R. v. Paquette*, at p. 162. After quoting subs. (4), the Court goes on to say:

It is to be observed that the term "no substantial wrong or miscarriage of justice" is not incorporated in this subsection as it is in the situation of an appeal by an accused. However, in this case we think it appropriate to analogize the test, and we would hold that the Crown has satisfied us that it cannot be said that but for the misdirection the verdict of the jury

les pouvoirs d'une cour d'appel dans le contexte d'un appel interjeté par le ministère public devaient être, *mutatis mutandis*, analogues à ceux exercés lorsque l'appel était interjeté par l'accusé. Dans ce dernier cas s'appliquait une disposition réparatrice correspondant à l'actuel sous-al. 686(1)(b)(iii). Voir l'arrêt *White c. The King*, [1947] R.C.S. 268. La modification (S.C. 1953-1954, ch. 51) n'a pas supprimé le pouvoir discrétionnaire, mais il ne le définissait pas non plus. Il semble que le Parlement se soit contenté de laisser aux tribunaux le soin de préciser les circonstances dans lesquelles ce pouvoir pouvait s'exercer. À la différence de l'appel interjeté par l'accusé contre la déclaration de culpabilité, l'appel du ministère public contre l'acquiescement est assez inhabituel, et cette possibilité n'est pas prévue dans tous les pays dotés d'un système semblable au nôtre. Il conviendrait en conséquence que le Parlement accorde aux tribunaux une plus grande latitude en ce qui concerne les situations où l'erreur commise au procès devrait donner lieu à un nouveau procès ou à une déclaration de culpabilité à la suite d'un appel interjeté par le ministère public.

Dans l'arrêt *Vézeau*, notre Cour a conclu que le pouvoir discrétionnaire d'accueillir un appel du ministère public fondé sur une erreur de droit comprenait le pouvoir, qui existait avant la modification, de rejeter cet appel s'il ne s'agissait pas d'une erreur judiciaire grave. À la page 291, le juge Martland a adopté la méthode suivie par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. c. Paquette* (1974), 19 C.C.C. (2d) 154:

Le paragraphe [686(4)] ne contient aucune disposition qui soit l'équivalent du sous-al. (iii) de l'al. b) du par. (1) de l'art. 613. La Cour d'appel de l'Ontario a examiné les pouvoirs du tribunal en vertu de ce paragraphe dans *R. v. Paquette*, à la p. 162. Après avoir cité le par. (4), la Cour déclare:

(TRADUCTION) Il y a lieu de signaler que l'expression «aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave» ne figure pas dans ce paragraphe alors qu'elle figure dans celui visant le cas d'un appel interjeté par un accusé. Cependant nous croyons qu'il y a lieu, en l'espèce, d'appliquer ce critère par voie d'analogie et nous statuons que le ministère public nous a convain-

would necessarily have been the same. [Emphasis added.]

Consequently, notwithstanding an error of law, the Crown now has the obligation of satisfying the Court of Appeal that the verdict would not necessarily have been the same absent the error. See *Vézeau*, at p. 292, and *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345.

The Court of Appeal has, apart from the discretion defined in *Vézeau*, the power to correct an abuse of process. Indeed, that is the power which appears to have been the basis for the exercise of discretion by the majority of the Court of Appeal in this case. While the more usual exercise of this power occurs in review of the decision of the trial judge with respect to an abuse of process that occurred at trial, exceptionally it may be exercised by the Court of Appeal in first instance where the abuse occurs during the appeal proceedings. See *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880, at pp. 915-16. In view of the conclusion that I have reached it is unnecessary for me to consider whether the conduct of the Crown in this case amounted to an abuse of process.

In the argument before this Court a question was raised as to whether the Crown could satisfy the *Vézeau* test in the circumstances. If an acquittal would necessarily have resulted had the breathalyzer evidence been admitted, the Crown would fail to discharge its burden under that test. The conclusion in this regard would depend to a great extent on whether the Crown, in seeking to establish what would have occurred absent the error, could resort to the evidence it could but did not call. The argument against such use is that the Crown should not be allowed to rely on untested evidence, which it chose not to call, in order to secure a new trial. The response of the appellant Crown to this submission was that in a Crown appeal from a directed verdict of acquittal by reason of no evidence, the *Vézeau* test is not appropriate. Reference was made to *R. v. Collins* (1993), 79 C.C.C. 204 (Ont. C.A.), wherein Arbour J.A. concluded that in a jury case an appeal from a directed verdict of acquittal should generally be

cus qu'on ne peut dire qu'en l'absence de la directive erronée, le verdict du jury aurait nécessairement été le même. [Je souligne.]

^a Par conséquent, même s'il y a eu erreur de droit, le ministère public est maintenant tenu de convaincre la cour d'appel que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même en l'absence de l'erreur; voir l'arrêt *Vézeau*, à la p. 292, et l'arrêt *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345.

^c Indépendamment du pouvoir discrétionnaire défini dans l'arrêt *Vézeau*, la cour d'appel est investie du pouvoir de redresser un abus de procédure. C'est précisément ce dernier pouvoir discrétionnaire que semblent avoir exercé les juges majoritaires de la Cour d'appel en l'espèce. Quoique ce pouvoir s'exerce le plus fréquemment ^d pour contrôler la décision du juge du procès lorsqu'il y a eu abus de procédure au procès, la Cour d'appel peut exceptionnellement l'exercer en première instance si l'abus se produit au cours de la procédure d'appel; voir l'arrêt *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880, aux pp. 915 et 916. Vu la conclusion à laquelle je suis arrivé, je n'ai pas à examiner si la conduite du ministère public en l'espèce constituait un abus de procédure.

^f Dans les débats devant notre Cour, on s'est demandé si le ministère public pouvait, dans les circonstances, satisfaire au critère énoncé dans l'arrêt *Vézeau*. Dans l'hypothèse où un acquittement aurait nécessairement été prononcé si la preuve obtenue au moyen de l'alcootest avait été admise, le ministère public ne se serait pas acquitté de la charge que lui imposait ce critère. La conclusion sur ce point tiendrait dans une large mesure à la réponse donnée à la question de savoir si le ministère public, en tentant d'établir ce qui se serait passé en l'absence de l'erreur, peut avoir recours aux éléments de preuve qu'il aurait pu produire, mais qu'il n'a pas produits. Suivant l'argument qui s'oppose à pareille utilisation de ces éléments de preuve, il ne devrait pas être permis au ministère public d'invoquer, pour obtenir un nouveau procès, une preuve qui n'a été soumise à aucun examen et qu'il a choisi de ne pas présenter. Ce à quoi le ministère public appelant a répondu qu'il ne convient pas d'appliquer le critère formulé

allowed if the trial judge erred in withdrawing the case from the jury on the basis of no evidence. Her reasons illustrate the difficulty in applying the *Vézeau* test in these circumstances. Not only must the court speculate as to what would have occurred if the case had not been withdrawn from the jury, but the Crown is effectively deprived of a jury trial in the event that the Court of Appeal concludes that an acquittal was inevitable.

Without expressing an opinion on the correctness of the opinion, that in a *Collins*-type of situation, the Court of Appeal should focus on the error of the trial judge rather than its possible effect on the ultimate verdict, it seems that there is a distinction between a case in which the Crown calls all of its evidence, and a case such as this in which the Crown deliberately chooses to bring about a directed verdict by not calling available evidence. In the latter case it can be argued that it is wrong to focus on the error of the trial judge which triggered the decision of the Crown because the directed verdict was not the result of an error of the trial judge but of the decision to withhold evidence. While these are issues that will no doubt have to be resolved in a proper case, I do not propose to attempt to do so here. Not only is it unnecessary to do so in order to resolve this case, but the issue also was apparently not raised in the Court of Appeal and was not dealt with in the reasons of either the majority or minority.

The decision of this Court in *Vézeau* in providing a test for the exercise of the discretion conferred by s. 686(4) did not purport to exhaust the definition of that discretion so as to preclude the Court, in appropriate circumstances, from adding

dans l'arrêt *Vézeau* à un appel interjeté par le ministère public contre un verdict d'acquittal imposé en raison de l'absence de preuve. On a mentionné l'arrêt *R. c. Collins* (1993), 79 C.C.C. 204 (C.A. Ont.), dans lequel le juge Arbour a conclu que, dans le cas d'une affaire entendue devant un jury, l'appel du verdict imposé d'acquittal doit généralement être accueilli si c'est à tort que le juge du procès a dessaisi le jury pour cause d'absence de preuve. Les motifs du juge Arbour illustrent combien il est difficile d'appliquer dans de telles circonstances le critère énoncé dans l'arrêt *Vézeau*. Non seulement la cour est obligée de conjecturer sur ce qui serait arrivé si le jury n'avait pas été dessaisi, mais le ministère public se voit dans les faits privé d'un procès devant jury au cas où la Cour d'appel conclurait que l'acquittal était inévitable.

Sans me prononcer sur le bien-fondé de l'opinion selon laquelle, dans une situation comme celle qui se présentait dans l'affaire *Collins*, la cour d'appel devrait porter son attention sur l'erreur du juge du procès plutôt que sur son effet éventuel sur le verdict, je crois qu'il y a une différence entre le cas où le ministère public présente la totalité de sa preuve et un cas comme celui qui nous occupe, où il choisit délibérément de provoquer un verdict imposé en ne produisant pas des éléments de preuve dont il dispose. On peut soutenir que, dans le second cas, on a tort de s'arrêter à l'erreur du juge du procès qui a entraîné la décision du ministère public parce que le verdict imposé a résulté non pas d'une erreur du juge, mais bien de la décision de ne pas produire des éléments de preuve. Ce sont certes là des questions qui vont devoir être tranchées en temps et lieu, mais je n'entends pas le faire en l'espèce. Non seulement cela n'est pas nécessaire pour trancher le présent litige, mais la question ne semble pas avoir été soulevée en Cour d'appel et n'a été abordée dans les motifs ni de la majorité ni de la minorité.

Notre Cour, en établissant dans l'arrêt *Vézeau* un critère pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire que confère le par. 686(4), ne prétendait pas définir exhaustivement ce pouvoir de manière à nous empêcher d'élargir ou de restreindre, le cas

to or qualifying the application of that test. To conclude that new provisions limited the exercise of discretion to reinstatement of the test which obtained prior to the amendment would render the amendment meaningless. In my opinion, there is support in our jurisprudence for a limited discretion on the part of the Court of Appeal to decline to allow an appeal in some circumstances in which the Crown unreasonably shuts down its case with the result that a verdict of acquittal is directed. The justification for such a discretion is indicated in several appellate court decisions.

In *Banas, supra*, the Ontario Court of Appeal, per Martin J.A., concluded that tape recordings of private communications which had been excluded at trial ought to have been admitted and agreed that the recordings were at the heart of the Crown's case. In allowing the Crown appeal from the directed verdict of acquittal and ordering a new trial, Martin J.A. concluded as follows, at p. 230:

We do not think that the Crown, in the circumstances, is precluded from appealing the directed verdict because Crown counsel decided not to continue with the trial which he considered would be fruitless and which would not result in a conviction due to the erroneous exclusion of vital evidence. We are satisfied that if the trial Judge had not excluded the evidence of the intercepted private communications the verdict of the jury would not necessarily have been the same. However we wish to point out that if in a particular case we considered that Crown counsel had unreasonably declined to present substantial evidence in his possession which would support a conviction merely in order to appeal an adverse ruling on the admissibility of evidence, we would not hesitate to hold that the Crown in those circumstances was precluded from appealing an acquittal. We are, however, satisfied that this it not what occurred here. [Emphasis added.]

Similarly, in *Voykin, supra*, in determining that business records had been wrongfully excluded by the trial judge, resulting in the acquittal of the

échéant, l'application de ce critère. Conclure que des nouvelles dispositions ont limité l'exercice du pouvoir discrétionnaire au rétablissement du critère appliqué antérieurement à la modification reviendrait à vider celle-ci de tout son sens. À mon avis, notre jurisprudence appuie l'existence d'un pouvoir discrétionnaire limité détenu par la cour d'appel, dans l'exercice duquel celle-ci peut refuser d'accueillir un appel dans certaines situations où le ministère public a déraisonnablement discontinué la présentation de sa preuve, entraînant ainsi un verdict imposé d'acquittement. La justification de ce pouvoir discrétionnaire se dégage de plusieurs arrêts de cours d'appel.

Dans l'arrêt *Banas*, précité, la Cour d'appel de l'Ontario, par l'intermédiaire du juge Martin, a conclu que les enregistrements magnétiques de communications privées, qui avaient été écartés au procès, auraient dû être admis et il a convenu que ces enregistrements étaient essentiels à la preuve du ministère public. En accueillant l'appel du ministère public contre le verdict imposé d'acquittement et en ordonnant la tenue d'un nouveau procès, le juge Martin a conclu, à la p. 230:

[TRADUCTION] Nous estimons que, dans les circonstances, rien n'empêche le ministère public d'interjeter appel du verdict imposé, la raison à cela étant que le substitut du procureur général a décidé de ne pas persévérer dans un procès qu'il tenait pour inutile et qui n'aurait pas abouti à une déclaration de culpabilité à cause de l'exclusion erronée d'une preuve indispensable. Nous sommes convaincus que, si le juge du procès n'avait pas écarté comme preuve les communications privées interceptées, le verdict du jury n'aurait pas nécessairement été le même. Nous tenons toutefois à préciser que si, dans un cas particulier, nous estimions que le substitut du procureur général s'était déraisonnablement abstenu de présenter une preuve substantielle dont il disposait et qui aurait fondé une déclaration de culpabilité, dans le seul but d'interjeter appel d'une décision défavorable sur l'admissibilité de certains éléments de preuve, nous n'hésiterions pas à conclure que le ministère public ne pourrait pas alors en appeler de l'acquittement. Nous sommes cependant persuadés que ce n'est pas ce qui s'est passé en l'espèce. [Je souligne.]

De même, dans l'arrêt *Voykin*, précité, en concluant que le juge du procès avait erronément écarté des registres commerciaux, entraînant ainsi

accused, Hetherington J.A. for the Alberta Court of Appeal stated, at p. 281:

We agree with the statements of Mr. Justice Martin in [*Banas, supra*] . . . to the effect that a Court of Appeal should not countenance an appeal by the Crown of an adverse ruling as to the admissibility of evidence if a conviction could have been obtained without the evidence which was excluded. We do not accept the contention of counsel for [the accused] . . . that this issue is one for the trial judge. It is for a Court of Appeal to decide whether the Crown has launched an unnecessary appeal. [Emphasis added.]

Furthermore, in *Bailey, supra*, the Ontario Court of Appeal determined that a trial judge had wrongfully refused to allow a Crown witness to testify on the basis of spousal incompetence, which resulted in the Crown's decision not to call further evidence and ultimately led to an acquittal. The court, however, *per Morden J.A.*, relying on the words of Martin J.A. in *Banas, supra*, concluded that the excluded evidence was not essential to the Crown's case and dismissed the appeal stating the following, at p. 25:

In these circumstances it cannot be said that it was the trial judge's error, alone, that might have affected the result. The result may also have been affected by Crown counsel's decision not to call any evidence. While I am prepared to assume that [the Crown witness'] evidence was important, to use a general term, there is no indication of what part it would have played in the Crown's case and no basis for concluding that it would have been fruitless for the Crown to have continued without it.

Finally, in *R. v. Whittle* (1992), 78 C.C.C. (3d) 49, after the trial judge had excluded certain inculpatory statements made by the accused, the Crown offered no evidence and the trial judge directed a verdict of acquittal. On appeal, the exclusion of the evidence was held to be in error. Although there was some evidence which could have been led by the Crown and which might have been sufficient for a *prima facie* case, the court was satisfied that

l'acquittement de l'accusé, le juge Hetherington de la Cour d'appel de l'Alberta a dit, à la p. 281:

[TRADUCTION] Nous souscrivons aux observations du juge Martin qui, dans l'arrêt [*Banas, précité*] a dit en substance qu'une cour d'appel ne devrait pas admettre un appel interjeté par le ministère public contre une décision défavorable concernant l'admissibilité d'éléments de preuve s'il aurait été possible d'obtenir un verdict de culpabilité en l'absence des éléments de preuve écartés. Nous rejetons l'argument de l'avocat de [l'accusé] [. . .] selon lequel cette question relève de la compétence du juge du procès. C'est à la cour d'appel qu'il appartient de décider si le ministère public a formé un appel inutile. [Je souligne.]

De plus, dans l'arrêt *Bailey, précité*, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que c'est à tort que le juge du procès avait, en invoquant l'inaptitude du conjoint à témoigner, refusé de permettre à un témoin à charge de déposer, ce qui a amené le ministère public à ne pas produire d'autre preuve et qui a entraîné finalement un verdict d'acquittal. La Cour d'appel, toutefois, par l'intermédiaire du juge Morden, qui s'appuyait sur les propos tenus par le juge Martin dans l'arrêt *Banas, précité*, a dit que la preuve écartée n'était pas essentielle pour le ministère public et a rejeté l'appel. La cour a déclaré, à la p. 25:

[TRADUCTION] Dans ces circonstances, on ne saurait prétendre que l'erreur du juge du procès a pu à elle seule influencer sur l'issue du litige. Il se peut aussi que la décision du substitut du procureur général de ne pas présenter d'autre preuve ait eu une incidence sur le résultat. Tout disposé que je sois à prêter de l'importance, pour utiliser un terme général, à la déposition [du témoin à charge], il n'y a rien qui indique quel rôle elle aurait joué dans l'argumentation du ministère public ni rien qui permette de conclure qu'il aurait été inutile pour ce dernier de continuer sans cette déposition.

En dernier lieu, dans l'affaire *R. c. Whittle* (1992), 78 C.C.C. (3d) 49, après que le juge du procès eut écarté certaines déclarations inculpatrices faites par l'accusé, le ministère public n'a produit aucune autre preuve, par suite de quoi le juge a imposé un verdict d'acquittal. En appel, l'exclusion des déclarations a été jugée erronée. Quoiqu'il y avait certains éléments de preuve que le ministère public aurait pu présenter et qui

the test in *Vézeau* had been satisfied. Notwithstanding this conclusion, the court went on to consider the legal consequence of the failure of the Crown to adduce available evidence. Goodman J.A. for the court reasoned that the principle stated by Martin J.A. in *Banas, supra*, was a qualification of *Vézeau*. At pages 69-70, he states:

To that principle has been added the qualification that if the appellate court were of the opinion that Crown counsel had unreasonably declined to present substantial evidence in his possession which would support a conviction *merely in order to appeal an adverse ruling on the admissibility of evidence*, it would be precluded from appealing an acquittal. [Emphasis in original.]

He went on to conclude, at p. 70, that counsel had not acted unreasonably:

I have, however, no reason to doubt that Crown counsel sincerely believed that the evidence available to the prosecution, absent the statements ruled to be inadmissible, did not have sufficient probative force to constitute a *prima facie* case. I am of the further opinion, based on the submissions made to the court and the facts available on the record, that he did not decline to adduce further evidence merely in order to appeal the adverse ruling. [Emphasis added.]

These cases indicate that, apart from the capacity to stay for abuse of process, an appellate court is entitled to consider whether the Crown has acted unreasonably in refusing to call further evidence at trial because of an adverse evidentiary ruling and to refuse to order a new trial in such circumstances. As with abuse of process, this discretion must be exercised sparingly, taking into account a number of factors. The threshold requirement for invocation of this discretion is that, apart from the evidence excluded, the case of the Crown was sufficient to be put to the jury. As such, where the remaining evidence of the Crown meets the essential elements of the offence, but the Crown chooses not to call that evidence, then the threshold

auraient pu suffire à constituer une preuve *prima facie*, la cour d'appel était convaincue qu'on avait satisfait au critère énoncé dans l'arrêt *Vézeau*. Malgré cette conclusion, la cour a poursuivi en examinant les conséquences juridiques de l'omission du ministère public de produire des éléments de preuve en sa possession. Le juge Goodman, s'exprimant au nom de la cour, a estimé que le principe posé par le juge Martin dans l'arrêt *Banas*, précité, venait restreindre la portée de l'arrêt *Vézeau*. Aux pages 69 et 70, il tient les propos suivants:

[TRADUCTION] À ce principe est venu s'ajouter cette restriction que si la cour d'appel estime que le substitut du procureur général s'est déraisonnablement abstenu de présenter une preuve substantielle dont il disposait et qui aurait fondé une déclaration de culpabilité, *dans le seul but d'interjeter appel d'une décision défavorable sur l'admissibilité de certains éléments de preuve*, il lui sera interdit d'en appeler de l'acquiescement. [Italiques dans l'original.]

Il ajoute, à la p. 70, que le substitut du procureur général n'avait pas agi déraisonnablement:

[TRADUCTION] Je n'ai toutefois aucune raison de douter que le substitut du procureur général croyait sincèrement que, sans les déclarations jugées inadmissibles, les éléments de preuve dont il disposait n'avaient pas une valeur probante suffisante pour constituer une preuve *prima facie*. Je suis en outre d'avis, compte tenu des observations présentées à la cour et des faits qui se dégagent du dossier, qu'il ne s'est pas abstenu de produire d'autres éléments de preuve dans le seul but d'interjeter appel de la décision défavorable. [Je souligne.]

Il ressort de cette jurisprudence que les cours d'appel sont investies non seulement du pouvoir d'arrêter les procédures en cas d'abus de procédure, mais aussi du pouvoir d'examiner si le ministère public a agi déraisonnablement en refusant de produire d'autres éléments de preuve au procès par suite d'une décision défavorable sur une question de preuve, et de celui de ne pas ordonner la tenue d'un nouveau procès en pareil cas. Comme pour l'abus de procédure, ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé avec mesure, en tenant compte de plusieurs facteurs. Il faut, comme condition préliminaire de l'exercice de ce pouvoir, qu'indépendamment de la preuve écartée, le ministère public ait disposé d'une preuve suffisante pour

requirement for exercising appellate discretion to refuse to order a new trial is met. However, the final determination will depend upon a weighing of other factors, including, the relative strength of the evidence not called, the relative importance of the evidence excluded by the impugned ruling, the degree of prejudice which further proceedings present to the accused and the reasons for the decision of the Crown not to call further evidence.

As a general rule a decision to shut down the Crown's case simply to appeal an adverse ruling will be held to be unreasonable. On the other hand, where the evidence which has been excluded is relatively important and the remaining evidence, although perhaps sufficient to make out a *prima facie* case, is so weak that the prosecutor concludes that continuing with the trial is a waste of time, a decision to terminate the proceedings may be reasonable. If any special prejudice over and above prejudice that can be inferred from any prolongation of criminal proceedings is proved, it will be an important factor to be weighed by the Court of Appeal. The court should be mindful of the fact that exercising this power must be done sparingly in that it constitutes a review of prosecutorial discretion. The exercise of prosecutorial discretion in the *bona fide* interests of efficient justice and not merely for tactical advantage must be respected. It follows from the above that the explanation submitted by the Crown for its decision, particularly at trial, will play an important part in the review of that decision by the Court of Appeal.

Application to the Case at Bar

While close to the line, I would uphold the exercise of the discretion by the Newfoundland Court of Appeal to refuse to order a new trial in the present case. I would not, however, do so on the

qu'elle soit présentée au jury. Donc, lorsque cette autre preuve du ministère public établit l'existence des éléments essentiels de l'infraction mais que le ministère public choisit de ne pas la produire, la condition préliminaire de l'exercice par la cour d'appel de son pouvoir discrétionnaire de refuser d'ordonner la tenue d'un nouveau procès aura été remplie. Toutefois, la décision tiendra finalement à l'appréciation d'autres facteurs, dont la valeur probante relative des éléments de preuve non produits, l'importance relative de la preuve écartée par la décision attaquée, la gravité du préjudice qu'entraîneront pour l'accusé de nouvelles procédures et les motifs de la décision du ministère public de ne produire aucune autre preuve.

En règle générale, la décision du ministère public de discontinuer l'administration de sa preuve dans le seul but d'interjeter appel d'une décision défavorable sera jugée déraisonnable. Par ailleurs, lorsque la preuve écartée est relativement importante et que les autres éléments de preuve, quoique peut-être suffisants pour constituer une preuve *prima facie*, sont d'une valeur probante tellement faible que le poursuivant conclut à l'inutilité de continuer le procès, la décision de mettre fin à l'instance pourra être raisonnable. La preuve d'un préjudice particulier en sus de celui pouvant s'inférer de la prolongation des procédures criminelles sera un facteur important à prendre en considération par la cour d'appel. La cour ne doit pas perdre de vue que le pouvoir en question doit s'exercer avec mesure puisqu'il s'agit du contrôle du pouvoir discrétionnaire de la poursuite. Il faut respecter le pouvoir discrétionnaire de la poursuite lorsqu'il s'exerce légitimement pour assurer l'administration efficace de la justice et non pas simplement pour obtenir un avantage sur le plan de la tactique. Il s'ensuit que l'explication donnée par le ministère public pour sa décision, particulièrement au procès, jouera un rôle important dans l'examen de cette décision par la cour d'appel.

Application en l'espèce

Bien qu'il s'agisse d'un cas limite, je suis d'avis de confirmer la décision de la Cour d'appel de Terre-Neuve d'exercer son pouvoir discrétionnaire en n'ordonnant pas la tenue d'un nouveau procès

ground relied on by both Marshall and Cameron J.J.A. who concluded that the appeal should be dismissed because the appeal was unnecessary and thereby constituted an abuse of process. Rather, I have concluded that an appellate court also has a discretion, albeit a limited one, to refuse to allow an appeal from an acquittal in circumstances where the Crown, in an unreasonable exercise of prosecutorial discretion, decided not to call further evidence following an evidentiary ruling adverse to its position. I would apply that appellate court discretion to the facts of this case, according to the factors which were set out above.

The Other Evidence

In considering the other evidence which the appellant decided not to call, it is necessary to identify the elements of the offence in question and to consider whether the other evidence was sufficient to warrant putting the appellant's case to the jury. In reaching this determination, the test to be applied is whether the other evidence, "if believed by a properly charged jury acting reasonably, would justify a conviction": *R. v. Monteleone*, [1987] 2 S.C.R. 154, at p. 161. In this case, three charges were laid against the respondent: two counts of impaired driving causing bodily harm contrary to s. 255(2) of the *Criminal Code* and one count of impaired driving causing death contrary to s. 255(3). In order to substantiate its case, the appellant would have to demonstrate that: (i) the respondent was operating the vehicle in question; (ii) the respondent's ability to drive was impaired by alcohol; and (iii) the impaired driving ability of the respondent caused the death and bodily harm which occurred.

With respect to the first element of the offences, the evidence from the preliminary hearing indicated that four individual witnesses could have identified the respondent as the person driving the vehicle in question. Jeffrey Porter, Gordon Aylward and Glen McGrath were all passengers in the

en l'espèce. Je ne fonde toutefois pas cette décision sur le motif invoqué par les juges Marshall et Cameron, qui ont conclu au rejet de l'appel parce qu'il n'était pas nécessaire et constituait en conséquence un abus de procédure. J'ai conclu plutôt qu'une cour d'appel détient également un pouvoir discrétionnaire, quoique restreint, de refuser d'accueillir un appel d'un acquittement dans des circonstances où le ministère public, exerçant déraisonnablement le pouvoir discrétionnaire de la poursuite, a décidé de ne produire aucune autre preuve consécutivement à une décision défavorable à sa cause sur une question de preuve. J'estime qu'il y a lieu d'appliquer ce pouvoir discrétionnaire de la cour d'appel aux faits de l'espèce, selon les facteurs exposés plus haut.

Les autres éléments de preuve

En examinant les autres éléments de preuve, que l'appelante a décidé de ne pas produire, il nous faut préciser les éléments de l'infraction en question et examiner si ces autres éléments de preuve étaient suffisants pour être présentés au jury. Le critère à appliquer pour décider ce point est celui de savoir si les autres éléments de preuve, «s'il[s] était[en]t accepté[s] par un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière raisonnable, justifierai[en]t une déclaration de culpabilité»: *R. c. Monteleone*, [1987] 2 R.C.S. 154, à la p. 161. En l'espèce, trois accusations ont été portées contre l'intimé: deux de conduite avec facultés affaiblies causant des lésions corporelles, en contravention du par. 255(2) du *Code criminel*, et une de conduite avec facultés affaiblies causant la mort, en contravention du par. 255(3). Pour prouver la perpétration de ces infractions, l'appelante doit établir: (i) que l'intimé conduisait le véhicule en question; (ii) que sa capacité de conduire était affaiblie par l'alcool; (iii) que cet affaiblissement a causé le décès et les lésions corporelles en question.

En ce qui concerne le premier élément des infractions, il ressort de la preuve recueillie lors de l'enquête préliminaire que quatre témoins différents auraient pu identifier l'intimé comme le conducteur du véhicule en cause. Jeffrey Porter, Gordon Aylward et Glen McGrath étaient tous

vehicle and testified at the preliminary hearing that the respondent had been the person driving the vehicle at the time of the accident. Additionally, an eyewitness to the accident, William Keary, also identified the respondent as the driver of the vehicle. As such, there would appear to have been ample other evidence with respect to this element of the appellant's case.

With respect to the second aspect, it was not necessary to have breathalyzer evidence to prove that the respondent's ability to operate a motor vehicle was impaired by alcohol, nor to show that sobriety tests had been performed so long as observations of the respondent indicated that his behaviour represented a "marked departure from the norm": *R. v. Smith* (1992), 73 C.C.C. (3d) 285 (Alta. C.A.), and *R. v. Andres*, [1982] 2 W.W.R. 249 (Sask. C.A.). Even without the breathalyzer evidence, the Crown could have relied on the testimony of three witnesses who had been drinking with the respondent all afternoon and could identify the quantity of beer he had consumed and on the observations and opinions of two police officers as to the degree of intoxication of the respondent: *Graat v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 819. Jeffrey Porter, Gordon Aylward and Glen McGrath all testified at the preliminary hearing that the respondent had consumed approximately six or seven bottles of beer in the three or four hour period before the accident occurred. Although both Porter and Aylward, who testified that they had consumed a similar amount of alcohol during the same time period, stated their opinion that the respondent was "okay" to drive, both Constables Stanley and Tilley testified at the preliminary hearing that, in their opinion, the bloodshot eyes, strong odour of alcohol and slurred speech of the respondent indicated that he was intoxicated. In fact, Constable Tilley, who performed the breathalyzer stated that it was his opinion, based on his observations of the respondent, that the respondent was well over the legal blood-alcohol limit for driving a motor vehicle. Moreover, the Crown could have introduced the evidence of its expert, Elizabeth Dittmar, with respect to the effects on driving ability of the quantity of alcohol consumed by a person the size of the respondent

passagers dans ce véhicule et ont témoigné à l'enquête préliminaire que c'était l'intimé qui le conduisait au moment de l'accident. En outre, William Keary, témoin oculaire, a lui aussi identifié l'intimé comme le conducteur. Il semble donc y avoir eu amplement d'autres preuves relativement à cet élément à établir par l'appelante.

Pour ce qui est du deuxième élément, la preuve obtenue grâce à l'alcootest n'était pas indispensable pour prouver que la capacité de l'intimé de conduire un véhicule automobile était affaiblie par l'alcool. De plus, il n'était pas nécessaire de démontrer qu'on avait fait des tests visant à déterminer si les facultés de l'intimé étaient affaiblies, pourvu que le comportement constaté chez ce dernier ait constitué un [TRADUCTION] «écart marqué par rapport à la norme»: *R. c. Smith* (1992), 73 C.C.C. (3d) 285 (C.A. Alb.), et *R. c. Andres*, [1982] 2 W.W.R. 249 (C.A. Sask.). Même sans la preuve obtenue au moyen de l'alcootest, le ministère public aurait pu s'appuyer sur la déposition de trois témoins qui avaient bu avec l'intimé tout l'après-midi et qui savaient quelle quantité de bière il avait consommée, ainsi que sur les constatations et les opinions de deux policiers relativement au degré d'ivresse de l'intimé: *Graat c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 819. Jeffrey Porter, Gordon Aylward et Glen McGrath ont tous témoigné à l'enquête préliminaire que l'intimé avait consommé environ six ou sept bouteilles de bière au cours des trois ou quatre heures qui ont précédé l'accident. Bien que Porter et Aylward, qui ont déclaré avoir consommé une quantité semblable d'alcool pendant la même période, se soient dits d'avis que l'intimé était [TRADUCTION] «en état» de conduire, les agents Stanley et Tilley ont témoigné lors de l'enquête préliminaire que, d'après eux, les yeux injectés de sang, la forte odeur d'alcool et les troubles d'élocution qu'ils avaient constatés chez l'intimé indiquaient qu'il était ivre. De fait, l'agent Tilley, qui lui a administré l'alcootest, a dit qu'à son avis, d'après ses observations, l'intimé dépassait largement l'alcoolémie maximale légalement permise en matière de conduite de véhicules automobiles. Qui plus est, le ministère public aurait pu faire témoigner Elizabeth Dittmar relativement aux

since she was a qualified expert in the field: *R. v. Dubois* (1990), 62 C.C.C. (3d) 90, and *R. v. Kucher* (1979), 48 C.C.C. (2d) 115. In my opinion, the body of other evidence with respect to this aspect of the offences was certainly not so deficient that withdrawal of the case from the jury would have been justified.

As to the third element of the offence, causation, it was incumbent upon the Crown to adduce sufficient evidence to demonstrate that the impairment of the respondent was "at least a contributing cause of death [and injury], outside the de minimis range": *R. v. Pinske* (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 114 (C.A.) at p. 123, aff'd, [1989] 2 S.C.R. 979. Of necessity, the issue of causation requires consideration of competing theories as to the explanation for occurrence of the accident which resulted in injury and death. The case at bar is no exception, since the evidence tendered at the preliminary inquiry disclosed alternative possibilities with respect to causation: impaired driving capacity, poor road conditions and mechanical disrepair. However, I would reiterate that, in order to found the basis for a conviction, it need not be demonstrated that impairment was the sole cause, since it may well be that, even though a combination of factors were involved, impairment was still more than a *de minimis* cause of the death and injury which occurred: *Pinske, supra*. The evidence pertaining to the quantity of alcohol consumed by the respondent, as well as the observations and opinions of the police officers involved in the investigation, present a substantial body of evidence relating to impairment, which might have been augmented by the expert witness. The other evidence relating to the impact of poor road conditions must also be factored into the causation equation. Jeffrey Porter, one of the passengers in the vehicle allegedly driven by the respondent, testified at the preliminary hearing that, prior to impact, the rear of the vehicle began to slide and the eyewitness, William Keary, indicated that the vehicle slid around the corner before impact and that the road conditions were "damp". Moreover, Randolph Chafe, the mechanic who inspected the

effets de la quantité d'alcool consommé par l'intimé sur la capacité de conduire d'une personne de la taille de celui-ci, car elle était reconnue comme experte en la matière: *R. c. Dubois* (1990), 62 C.C.C. (3d) 90, et *R. c. Kucher* (1979), 48 C.C.C. (2d) 115. J'estime que les autres éléments de preuve se rapportant à cet aspect des infractions n'étaient certainement pas insuffisants au point de justifier que le jury soit dessaisi de l'affaire.

Quant au troisième élément de l'infraction, celui de la causalité, il incombait au ministère public de produire une preuve suffisante pour démontrer que l'affaiblissement des facultés de l'intimé a [TRANSDUCTION] «à tout le moins contribué à la mort [et aux lésions], de façon plus que mineure»: *R. c. Pinske* (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 114 (C.A.), à la p. 123, conf. par [1989] 2 R.C.S. 979. La question de la causalité exige nécessairement l'examen de théories contradictoires avancées pour expliquer l'accident qui a causé des lésions corporelles et la mort. La présente espèce n'est pas une exception puisque la preuve présentée à l'enquête préliminaire a fait ressortir différentes hypothèses en ce qui concerne la causalité, à savoir: la capacité affaiblie de conduire, le mauvais état de la route et le mauvais état mécanique de l'automobile. Je tiens toutefois à répéter que, pour établir un fondement pour un verdict de culpabilité, on n'a pas à prouver que l'affaiblissement des facultés constituait l'unique cause, car il se peut bien que, même s'il y a eu un concours de plusieurs facteurs, l'affaiblissement ait tout de même été une cause plus que mineure de la mort et des lésions en question: *Pinske, précité*. La preuve relative à la quantité d'alcool consommée par l'intimé ainsi que les constatations et les opinions des policiers qui menaient l'enquête forment un ensemble substantiel d'éléments de preuve qui se rapportent à la question de l'affaiblissement des facultés, lesquels auraient pu être renforcés par le témoin expert. Mais il faut aussi faire entrer en ligne de compte, relativement à la causalité, la preuve concernant l'effet du mauvais état de la route. Jeffrey Porter, l'un des passagers dans le véhicule qu'aurait conduit l'intimé, a témoigné à l'enquête préliminaire qu'avant la collision l'arrière du véhicule avait commencé à dérapé. Le témoin oculaire, William

vehicle allegedly driven by the respondent after the accident gave evidence at the preliminary inquiry that the left rear tire of the vehicle was bald and the left brake lining worn off completely. While these circumstances tend to weaken the Crown's case, their weight was for the jury to assess. There was ample evidence to go to the jury.

Keary, a indiqué que, juste avant la collision, le véhicule avait effectué le virage en glissant et que le pavé était [TRADUCTION] «humide». De plus, Randolph Chafe, le mécanicien qui a inspecté ce véhicule après l'accident, a témoigné lors de l'enquête préliminaire que le pneu arrière gauche était complètement usé et que le frein gauche avant n'avait plus de garniture. Ces circonstances tendent certes à miner l'argument du ministère public, mais c'était au jury de déterminer le poids à leur attribuer. Il existait donc amplement d'éléments de preuve à soumettre au jury.

Relative Importance of the Excluded Evidence

The breathalyzer evidence which was excluded by the impugned ruling would, if accepted, have tended to show that the respondent had consumed more alcohol than the other evidence relating to consumption might have indicated. At the preliminary inquiry, the expert was able to state conclusively, on the basis of the breathalyzer readings of 170 mg of alcohol in 100 ml of blood, that the blood alcohol level of the respondent at the time of the accident would have been 180 to 210 mg of alcohol per 100 ml of blood. Further, she indicated that an individual's ability to safely operate a motor vehicle is definitely impaired when the blood alcohol concentration reaches or exceeds 100 mg of alcohol in 100 ml of blood. When cross-examined at the preliminary hearing and asked to assess the blood alcohol level of the respondent based upon his weight, the amount consumed and the period over which it was consumed, according to the version of the evidence most favourable to the respondent, the expert could offer only a range of concentrations between 35 and 120 mg of alcohol per 100 ml of blood. Nevertheless, the fact that the breathalyzer could have provided stronger evidence of impairment did not render it crucial to the appellant's case, in wake of substantial other evidence of alcohol consumption and observations and opinions of impairment.

It was argued by the appellant that the evidence of causative factors other than impairment ren-

L'importance relative de la preuve écartée

La preuve obtenue au moyen de l'alcootest qui a été écartée par la décision contestée aurait, si elle avait été admise, eu tendance à démontrer que l'intimé avait consommé davantage d'alcool que ne l'indiquaient peut-être les autres éléments de preuve à ce sujet. À l'enquête préliminaire, l'experte a pu affirmer catégoriquement, en se fondant sur l'alcoolémie de 170 mg d'alcool par 100 ml de sang révélée par l'alcootest, que l'alcoolémie de l'intimé se situait, au moment de l'accident, entre 180 et 210 mg d'alcool par 100 ml de sang. Elle a indiqué en outre que la capacité d'une personne de conduire prudemment un véhicule automobile est certainement affaiblie du moment que l'alcoolémie atteint ou dépasse les 100 mg d'alcool par 100 ml de sang. Quand, au cours de son contre-interrogatoire à l'enquête préliminaire, on lui a demandé d'estimer l'alcoolémie de l'intimé en fonction de son poids en tenant compte de la quantité d'alcool qu'il avait consommé et de la période sur laquelle il l'avait fait d'après les témoignages les plus favorables à l'intimé, l'experte n'a pu la mettre qu'entre 35 et 120 mg d'alcool par 100 ml de sang. Néanmoins, le fait que l'alcootest aurait pu fournir une preuve plus convaincante de l'affaiblissement des facultés ne rendait pas cette preuve indispensable pour l'appelante, vu l'existence d'autres éléments de preuve substantiels établissant la consommation d'alcool et compte tenu des constatations faites et des opinions exprimées à cet égard.

L'appelante a fait valoir que la preuve de l'existence de causes autres que l'affaiblissement des

dered the breathalyzer evidence even more essential to its case. I am unable to accept that submission on the basis that it does not necessarily follow that technical evidence of a higher blood alcohol level would undercut the significance of other factors relating to causation in this case. Moreover, impairment need not be the only cause of death and injury, but a contributing factor, beyond the *de minimis* level: *Pinske, supra*. Substantial other evidence of impairment was available to the appellant in this case, evidence similar in nature to that which would have been used to support such a case prior to development of the breathalyzer test. In my view, the additional evidence of impairment lent to the case by the breathalyzer would not have had a significant effect on the role played by road conditions and mechanical disrepair, nor was it essential to establishing the impairment of the respondent.

Degree of Prejudice

As Marshall J.A. noted, no specific evidence of prejudice to the respondent was tendered. It is possible, however, to infer from the two-year period in which the appeal of the original verdict of acquittal has been in the legal system that the respondent has probably suffered a certain degree of prejudice: *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771. In the circumstances, having regard to the strength of the other factors, prejudice is not an important factor in this case.

Explanation by the Crown

No explanation was offered by the Crown at trial. Immediately following the ruling, counsel for the Crown asked and was granted a brief adjournment. When he returned, the following occurred:

By the Court: Proceed.

JURY POLLED — ALL PRESENT

By the Court: Mr. Steeves.

facultés rendait encore plus essentielle celle obtenue au moyen de l'alcootest. Je ne puis admettre cet argument parce qu'il ne s'ensuit pas nécessairement qu'une preuve technique d'une alcoolémie plus élevée minerait l'importance des autres facteurs causals en l'espèce. D'autre part, l'affaiblissement des facultés ne doit pas absolument être l'unique cause de la mort et des lésions; il suffit qu'il contribue de façon plus que mineure à les causer: *Pinske*, précité. L'appelante disposait en l'espèce d'autres preuves substantielles d'affaiblissement des facultés, preuves analogues à celles qui auraient été utilisées dans un cas semblable avant l'existence de l'alcootest. À mon avis, la preuve supplémentaire de l'affaiblissement des facultés obtenue grâce à l'alcootest n'aurait pas influé sensiblement sur l'importance attachée à l'état de la route et au mauvais état du véhicule. Elle n'était pas non plus indispensable pour établir l'affaiblissement des facultés de l'intimé.

La gravité du préjudice

Comme l'a fait remarquer le juge Marshall, aucune preuve précise de préjudice pour l'intimé n'a été produite. On peut toutefois déduire de ce que l'appel du verdict initial d'acquiescement est devant les tribunaux depuis deux ans que l'intimé a probablement subi un certain préjudice: *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771. Dans les circonstances, eu égard à l'importance des autres facteurs, le préjudice n'est pas un facteur important en l'espèce.

L'explication par le ministère public

Le ministère public n'a offert aucune explication lors du procès. Immédiatement après que la décision eut été rendue, le substitut du procureur général a obtenu un bref ajournement. À son retour, il s'est produit ce qui suit:

[TRADUCTION] La Cour: Veuillez continuer.

VÉRIFICATION DU VERDICT — TOUS LES JURÉS SONT PRÉSENTS

La Cour: M^e Steeves.

Mr. Steeves: My Lord, the crown will elect not to call any further evidence based on some of your earlier remarks.

The appellant's factum does not purport to address the reason why the decision was made although the evidence which I have reviewed is put forward, *ex post facto*, as justifying the decision.

Conclusion

Assessing all of the factors, I have concluded that the available evidence which the appellant chose not to call was more than sufficient to meet the threshold test. The relative importance of the excluded evidence was not such that to proceed with the trial would have been a lengthy and futile exercise and a waste of resources. Indeed, taking into account the absence of an explanation by the Crown, I am convinced that the decision was largely a tactical one to reverse the trial judge's ruling so as to enable the Crown to proceed with its best case.

I would dismiss the appeal.

Appeal allowed, SOPINKA, CORY and MAJOR JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: The Department of Justice, St. John's.

Solicitors for the respondent: Noonan, Oakley, Orr, St. John's.

M^e Steeves: Compte tenu de certaines de vos observations, Votre Seigneurie, le ministère public choisit de ne présenter aucune autre preuve.

L'appelante n'expose pas dans son mémoire le motif de ce choix, quoique les éléments de preuve que j'ai passés en revue soient invoqués, après le fait, pour le justifier.

Conclusion

Ayant apprécié tous les facteurs, j'ai conclu que les éléments de preuve dont disposait l'appelante et qu'elle a choisi de ne pas produire suffisaient largement pour satisfaire au critère préliminaire. L'importance relative de la preuve écartée n'était pas assez grande pour que la continuation du procès s'avère un exercice long et inutile et un gaspillage de ressources. En fait, tenant compte de l'omission du ministère public de fournir une explication, je suis convaincu qu'il s'agissait dans une large mesure d'une décision tactique visant à faire infirmer la décision du juge du procès afin de permettre au ministère public de produire sa preuve la plus convaincante.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli, les juges SOPINKA, CORY et MAJOR sont dissidents.

Procureur de l'appelante: Le ministère de la Justice, St. John's.

Procureurs de l'intimé: Noonan, Oakley, Orr, St. John's.