

Victor Amato *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

File No.: 16053.

1981: May 20; 1982: August 9.

Present: Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Defences — Entrapment — Trafficking conviction — Conviction resulting from incidents instigated by undercover officer — Whether or not defence of entrapment existed and applicable — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 7(3).

This appeal was from appellant's conviction of trafficking in cocaine. An undercover policeman and an informer had repeatedly and persistently requested drugs from appellant, at home and at work, over the course of two months despite his lack of interest and despite the absence of no reasonable cause to believe him to be involved in the illicit drug trade. A certain friendship developed during that time, and eventually, appellant reluctantly put the two men in contact with a supplier. The charges laid related to one occasion where cocaine passed from the supplier, through appellant to the undercover officer and to a second occasion where the drugs passed directly from the supplier to the officer following an implied threat of violence made to appellant. Arguments as to whether the "defence of entrapment" existed, and if so, as to whether it applied here, were considered at trial and on appeal.

Held (Laskin C.J. and Estey, McIntyre and Lamer JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Martland, Dickson, Beetz and Chouinard JJ.: The defence of entrapment, assuming it to be available under Canadian law, did not arise on the facts of this case that was the unanimous conclusion of the four British Columbia judges who had already considered the matter. This Court should not retry the case and arrive at different findings.

Victor Amato *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

N° du greffe: 16053.

1981: 20 mai; 1982: 9 août.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit criminel — Moyens de défense — Provocation policière — Déclaration de culpabilité relativement à une accusation de trafic — La déclaration de culpabilité résulte d'événements provoqués par un agent secret — La défense de provocation policière existe-t-elle et est-elle applicable? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 7(3).

Le présent pourvoi attaque la déclaration de culpabilité prononcée contre l'appelant relativement à une accusation de trafic de cocaïne. Pendant deux mois, un agent secret et un indicateur ont demandé à l'appelant, de façon répétée et persistante, chez-lui et à son travail, de leur fournir des drogues, bien qu'il ne fût pas intéressé à le faire et malgré l'absence de tout motif raisonnable de croire qu'il avait des liens avec le trafic de la drogue. Une certaine amitié s'est établie au cours de cette période, et finalement, l'appelant a accepté à contre-cœur de mettre les deux hommes en contact avec un fournisseur. Les accusations portées se rapportent à une opération par laquelle de la cocaïne est passée du fournisseur à l'agent secret par l'intermédiaire de l'appelant et à une deuxième opération dans laquelle des drogues sont passées directement du fournisseur au policier suite à une menace de violence implicite. Le premier juge et la Cour d'appel ont examiné le point de savoir si la «défense de provocation policière» existe et, le cas échéant, si elle s'applique en l'espèce.

Arrêt (le juge en chef Laskin et les juges Estey, McIntyre et Lamer sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges Martland, Dickson, Beetz, et Chouinard: Les faits en l'espèce ne justifient pas la défense de provocation policière, même si l'on présume qu'elle existe en droit canadien. Les quatre juges de la Colombie-Britannique qui ont entendu l'affaire ont conclu unanimement en ce sens. Cette Cour n'a pas à reprendre le procès et à tirer des conclusions différentes.

Per Ritchie J.: The question of entrapment can only enter into the determination of an accused's guilt or innocence where police tactics are such as to leave no room for the formation of independent criminal intent by the accused. The mere fact that the crime was committed at the "solicitation" of an *agent provocateur* does not, standing alone, support a defence of entrapment. The defence of entrapment might have been supported here if the accused had been coerced to cooperate with the police plan under the threat of violence.

Per Laskin C.J. and Estey, McIntyre and Lamer JJ., dissenting: The doctrine of entrapment is rooted in the common law's recognition of the need for some element of judicial control and should be recognized and applied here. Section 7(3) of the *Criminal Code* allows the criminal courts to adopt common law defences; those defences did not crystallize when the statute was enacted. Indeed, as entrapment may not technically be a defence in that it results in a stay of prosecution rather than an acquittal, reliance on s. 7(3) might be unnecessary. The doctrine's principal characteristics are: 1) that the police instigate an offence and through their conduct ensnare the accused into committing it; 2) that the scheme be to gain evidence for the prosecution of the accused for the instigated crime; and 3) that the crime be induced through deceit, fraud, trickery, reward or other means. The scheme must be in all circumstances so shocking and outrageous as to bring the administration of justice into disrepute. The doctrine is not applicable where the true purpose of the police initiative is to put the enforcement officers in a position to obtain evidence of an offence when committed, absent the other circumstances noted. Here, this shocking and outrageous enterprise was earmarked with all the trappings of entrapment.

[*R. v. Mealey and Sheridan* (1974), 60 Crim. App. R. 59; *Sorrells v. United States* (1932), 287 U.S. 435; *United States v. Russell* (1973), 411 U.S. 423; *Kirzner v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 487; *Lemieux v. The Queen*, [1967] S.C.R. 492, considered; *Sherman v. United States* (1958), 356 U.S. 369; *R. v. Ormerod*, [1969] 2 O.R. 230, referred to.]

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1979), 51 C.C.C. (2d) 401, 12 C.R. (3d) 386, dismissing an appeal from a conviction of trafficking in cocaine. Appeal dis-

Le juge Ritchie: La question de la provocation policière ne peut avoir une incidence sur la détermination de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé que lorsque les tactiques de la police ne laissent pas de place à la formation d'une intention criminelle indépendante chez l'accusé. Le simple fait qu'un crime a été commis à l'«instigation» d'un agent provocateur ne peut, en soi, justifier une défense de provocation policière. En l'espèce, la défense de provocation policière aurait pu être bien fondée si l'accusé avait été forcé, par des menaces de violence, de collaborer au plan de la police.

Le juge en chef Laskin et les juges Estey, McIntyre et Lamer, dissidents: La doctrine de la provocation policière trouve sa source dans la *common law* qui reconnaît la nécessité de certains éléments de contrôle judiciaire; elle devrait être admise et appliquée en l'espèce. Le paragraphe 7(3) du *Code criminel* permet aux cours de juridiction criminelle d'adopter les moyens de défense de *common law*; ces moyens de défense n'étaient pas fixés au moment de l'adoption du *Code*. Certes, puisque la provocation policière n'est pas, du point de vue de la procédure, un moyen de défense puisqu'elle entraîne une suspension des procédures plutôt qu'un acquittement, il peut ne pas être nécessaire d'invoquer le par. 7(3). Les principales caractéristiques de cette doctrine sont: 1) que la police a provoqué l'infraction et a, par sa conduite, incité l'accusé à la commettre; 2) que le but du plan doit être de trouver des preuves en vue de poursuivre l'accusé pour le crime qui a été provoqué; et 3) que le crime doit résulter de la tromperie, de la fraude, de la supercherie, d'une récompense ou d'autres moyens. Cette machination doit dans tous les cas être si révoltante et si indigne qu'elle ternit l'image de la justice. Cette doctrine ne s'applique pas lorsque le but véritable de l'action policière est de permettre aux policiers d'obtenir la preuve d'une infraction lorsqu'elle est commise, en l'absence des autres circonstances déjà énumérées. En l'espèce, cette opération révoltante et indigne était empreinte de tous les pièges de la provocation policière.

[Jurisprudence: arrêts examinés: *R. v. Mealey and Sheridan* (1974), 60 Crim. App. R. 59; *Sorrells v. United States* (1932), 287 U.S. 435; *United States v. Russell* (1973), 411 U.S. 423; *Kirzner c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 487; *Lemieux c. La Reine*, [1967] R.C.S. 492; arrêts mentionnés: *Sherman v. United States* (1958), 356 U.S. 369; *R. v. Ormerod*, [1969] 2 O.R. 230.]

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1979), 51 C.C.C. (2d) 401, 12 C.R. (3d) 386, qui a rejeté un appel à l'encontre d'une déclaration de culpabilité relative-

missed, Laskin C.J. and Estey, McIntyre and Lamer JJ. dissenting.

Sidney B. Simons, for the appellant.

John Scollin, Q.C., and *Cory Stolte*, for the respondent.

The reasons of Laskin C.J. and Estey, McIntyre and Lamer JJ. were delivered by

ESTEY J. (*dissenting*)—The appellant was charged with two counts of trafficking in cocaine on or about October 3 and October 13, 1977. At his trial before McGivern P.C.J. the sale of the cocaine to an R.C.M.P. undercover agent was admitted. The defence raised was entrapment.

In June of 1977 the accused was employed as a hairdresser in North Vancouver. He was approached by the manager of the shop, one André, who said that he had a friend who was looking for a gram of cocaine. Amato responded that he did not think he knew of anyone from whom it could be obtained. Amato's evidence, which I shall now summarize, is that he had never used cocaine nor trafficked in it. Two days later, André's friend, who identified himself as Don, called Amato at work. Amato told Don that he didn't really know where he could obtain cocaine but as Don was a friend of André he would keep his ears open. Shortly thereafter Amato switched places of employment to another hairdressing salon. Don called him there repeating his earlier request and saying that he had obtained his number from André.

Don was in fact Don Langvin, a paid police informer whose job was to introduce traffickers to the police. He is himself known as a trafficker who was granted immunity from prosecution in relation to an incident where he was found in possession of three ounces of heroin. He was also paid \$200 a week and received a lump sum of \$9,500 to assist in relocating at the end of the operation. Over the period during which he was involved with Amato, Langvin did not carry a recording device or make any written notes or reports. He reported verbally

ment à une accusation de trafic de cocaïne. Pourvoi rejeté, le juge en chef Laskin et les juges Estey, McIntyre et Lamer sont dissidents.

Sidney B. Simons, pour l'appelant.

John Scollin, c.r., et *Cory Stolte*, pour l'intimée.

Version française des motifs du juge en chef Laskin et des juges Estey, McIntyre et Lamer rendus par

LE JUGE ESTEY (*dissident*)—L'appelant a été accusé, sous deux chefs, d'avoir fait le trafic de cocaïne le 3 octobre et le 13 octobre 1977 ou vers ces dates. A son procès devant le juge McGivern de la Cour provinciale, la vente de cocaïne à un agent secret de la G.R.C. a été admise. L'accusé a soulevé la défense de provocation policière.

Au mois de juin 1977, l'accusé travaillait comme coiffeur à North Vancouver. Il a été approché par le gérant du salon, un nommé André, qui a dit qu'un de ses amis cherchait à obtenir un gramme de cocaïne. Amato a répondu qu'il ne croyait pas connaître de personnes susceptibles d'en fournir. Dans son témoignage, que je résume ici, Amato affirme qu'il n'avait jamais consommé ni fait le trafic de cocaïne. Deux jours plus tard, l'ami d'André, qui a dit s'appeler Don, a appelé Amato au travail. Amato a dit à Don qu'il ne savait pas vraiment où il pourrait se procurer de la cocaïne mais que, puisque Don était un ami d'André, il ouvrirait l'oeil. Peu de temps après, Amato est allé travailler à un autre salon de coiffure. Don l'y a appelé pour réitérer sa demande et a dit qu'il avait obtenu son numéro de téléphone d'André.

Don était en fait Don Langvin, un indicateur payé par la police qui avait pour tâche de dénoncer les trafiquants à la police. Il est lui-même un trafiquant connu à qui on a accordé l'immunité dans une poursuite relative à un incident dans lequel il a été trouvé en possession de trois onces d'héroïne. On lui versait en outre \$200 par semaine et il devait recevoir une somme forfaitaire de \$9,500 pour l'aider à s'établir ailleurs à la fin de l'opération. Tout le temps qu'il a été en contact avec Amato, Langvin n'a pas utilisé d'enregis-

to his "handler" who for most of the time was Constable Godwin of the R.C.M.P. Godwin has no notes nor any recollection of reports made to him by Langvin of his dealings with Amato prior to October 3 some four months after Langvin's first contact with Amato. Godwin and Langvin were meeting three or four times per week over this period. In response to the trial judge's repeated inquiries, the Crown stated that Langvin could not be located to testify. Here I have summarized and inserted in the course of Amato's evidence some testimony given by Godwin.

When Langvin called Amato at his new place of work back in June he was told by Amato that André was mistaken if he thought he could be counted on to obtain cocaine. Langvin responded that he did not know many people in North Vancouver, that he had to go through André, that he was very desperate to "score" a gram and that he had been looking for some time without success. Langvin continued to call Amato through the summer. Between the third week in June and early September he called at least fifteen to twenty times, mostly at work. In August he came to Amato's work place and asked him to join him for a coffee and to look at his car. Langvin owned an antique Rover which interested Amato because he thought Langvin had connections and Amato claims he hoped to own one some day. Amato describes the relationship between him and Langvin at that time in his examination-in-chief at trial:

Q. And did you have any intention of obtaining cocaine for him or selling it to him?

A. Not at all. I was just trying to be a friend with him because he—he seemed like a very clean-cut kid and he—he just seemed like a person that I could probably benefit from because he had deals on cars and things like that, but he seemed like an all 'round nice guy. To me it didn't—didn't dawn on me.

In the first part of September Langvin visited twice at Amato's apartment to discuss a party which was being held at the end of the month. Langvin had some friends coming from California

treuse ni n'a rédigé de notes ou de rapports écrits. Il faisait ses rapports verbalement à son «supérieur» qui était la plupart du temps l'agent Godwin de la G.R.C. Godwin n'a pas pris de notes et ne se souvient pas des rapports que lui a faits Langvin de ses relations avec Amato avant le 3 octobre, environ quatre mois après le premier contact de Langvin avec Amato. Au cours de cette période, Godwin et Langvin se rencontraient trois ou quatre fois par semaine. En réponse aux demandes répétées du juge du procès, la poursuite a dit qu'on ne pouvait trouver Langvin pour le faire témoigner. J'ai résumé ici et inséré dans le témoignage d'Amato une partie du témoignage de Godwin.

Lorsque Langvin a appelé Amato à son nouveau lieu de travail au mois de juin, Amato lui a dit qu'André se trompait s'il croyait qu'on pouvait compter sur lui pour obtenir de la cocaïne. Langvin a répondu qu'il connaissait peu de gens à North Vancouver, qu'il lui fallait passer par André, qu'il lui fallait absolument «toucher» un gramme et qu'il avait cherché en vain pendant un certain temps. Langvin a continué à appeler Amato au cours de l'été. Entre la troisième semaine de juin et le début de septembre, il l'a appelé au moins quinze à vingt fois, surtout au travail. Au mois d'août, il est venu voir Amato à son travail et lui a offert d'aller prendre un café et d'examiner sa voiture. Langvin possédait une ancienne Rover qui intéressait Amato parce qu'il croyait que Langvin avait des contacts, et Amato dit avoir espéré en posséder une un jour. Dans son interrogatoire principal au procès, Amato décrit comme suit les rapports qu'il avait à l'époque avec Langvin:

[TRADUCTION] Q. Aviez-vous l'intention de lui procurer de la cocaïne ou de lui en vendre?

R. Absolument pas. Je voulais simplement être son ami parce qu'il avait l'air d'un garçon très bien, il me semblait être une personne qui pouvait m'être utile parce qu'il avait de bonnes occasions pour des autos et des choses de ce genre, mais il avait l'air d'un type très bien. Cela ne m'est pas venu à l'esprit.

Au début du mois de septembre, Langvin s'est rendu deux fois à l'appartement d'Amato pour parler d'une soirée qui devait avoir lieu à la fin du mois. Des amis de Langvin venaient de Californie

and said they wanted some cocaine for the party. Amato said he would ask amongst his friends to see if he could "turn him on to someone". He asked some hairdresser friends but they could not come up with anything.

In mid-August Amato called June Lee to ask if she could help to obtain some cocaine. She is an ex-girlfriend with whom Amato had lived for three years but they had broken off their relationship two and a half years previous to this time. Amato says he turned to June Lee because her brother was involved with heroin. Amato wanted her to contact her brother's girlfriend as he believed her to have some contact in the drug business. June Lee wasn't interested but Amato called her back three or four times over the next month. She did not want to "stick her neck out". By mid-September June Lee changed her mind and arrangements were made to sell one gram of cocaine to Langvin for \$100. Amato met Langvin in a parking lot, took the \$100, went to June Lee's place and returned with the cocaine for Langvin. Amato received no money or cocaine from the transaction. This first transaction was in September.

When Amato delivered the first gram to Langvin the latter raised the possibility of getting a half ounce for his friends who were coming from California for the party. Amato refused but Langvin called him the next day at work. Amato said he had done it only as a favour and told Langvin he was scared by the whole thing. Langvin continued to call Amato daily at the shop. Amato refused repeatedly. On October 3 Langvin came to Amato's shop where they went out behind it and after talking about cars Langvin told Amato that the friends from California had arrived. Amato was asked if he could do everything in his power to get some more cocaine. He called June Lee who refused and hung up. He called her back and pressed her to do "a last little favour". After a few calls she agreed to provide a half ounce of cocaine for \$1,100. Langvin and Amato were to meet in a parking lot but when Langvin showed up he had his friend Gary (who was in fact Godwin) with him. Amato refused to go through with the deal at first but he was reassured that Godwin was "cool"

et il a dit qu'ils voulaient de la cocaïne pour la soirée. Amato a dit qu'il demanderait à ses amis pour voir s'il pourrait «lui indiquer quelqu'un». Il s'est adressé à des amis coiffeurs, mais ça n'a rien donné.

A la mi-août, Amato a appelé June Lee pour lui demander si elle pouvait l'aider à se procurer de la cocaïne. C'est une ancienne amie qui avait vécu trois ans avec Amato, mais ils étaient alors séparés depuis deux ans et demi. Amato dit qu'il a communiqué avec June Lee parce que le frère de cette dernière consommait de l'héroïne. Amato voulait qu'elle communique avec l'amie de son frère parce qu'il croyait qu'elle avait certains contacts dans le milieu de la drogue. June Lee n'était pas intéressée, mais Amato l'a rappelée trois ou quatre fois au cours du mois suivant. Elle ne voulait pas se «mouiller». Vers la mi-septembre, June Lee a changé d'avis et on a organisé la vente d'un gramme de cocaïne à Langvin pour \$100. Amato a rencontré Langvin dans un stationnement, a pris les \$100, s'est rendu chez June Lee et est revenu porter la cocaïne à Langvin. Amato n'a reçu ni argent ni cocaïne pour l'opération. Cette première opération a eu lieu au mois de septembre.

Lorsque Amato a livré le premier gramme à Langvin, ce dernier a soulevé la possibilité d'obtenir une demi-once pour ses amis qui venaient de Californie pour la soirée. Amato a refusé mais Langvin l'a appelé le lendemain au travail. Amato a déclaré qu'il l'avait fait uniquement à titre de faveur et a dit à Langvin que tout cela lui faisait peur. Langvin a continué d'appeler Amato tous les jours au travail. Amato a refusé chaque fois. Le 3 octobre, Langvin est venu trouver Amato au salon; ils sont sortis à l'arrière et après avoir parlé de voitures, Langvin a dit à Amato que ses amis de Californie étaient arrivés. Il a demandé à Amato de faire l'impossible pour trouver d'autre cocaïne. Ce dernier a appelé June Lee qui a refusé et a raccroché. Il l'a rappelée et l'a suppliée de lui faire «une dernière petite faveur». Après quelques appels, elle a accepté de lui procurer une demi-once de cocaïne pour \$1,100. Langvin et Amato devaient se rencontrer dans un stationnement, mais lorsque Langvin est arrivé, il était accompagné de son ami Gary (qui était en fait Godwin).

and that he was Langvin's best friend. Godwin and Langvin gave Amato \$1,100 and he went off to meet June Lee who went somewhere else to get the cocaine. Amato returned with it and Godwin began discussing quality and quantity and Amato says he was "coming on very strong, like a dealer". Amato says he told Godwin and Langvin:

... 'Look I am not a dealer.' ... 'As far as I'm concerned I'm not doing this voluntarily. I'm into this predicament because I've been pushed this far and it's not—it's not—it's not going to happen. You know, as soon as this is over I just don't want to see any of the both of yous again.'

As Amato left the car he said to Godwin and Langvin, "Forget it. This won't happen again". Langvin wasn't heard from again. Godwin called two days later and congratulated Amato on how smoothly it had gone. Godwin called a few more times at the shop saying that he wanted to obtain three ounces of cocaine, offering a price of \$6,000. Amato told him to forget it and Godwin replied, "You just tell your people that". Godwin continued to call at work but Amato refused the calls saying he was too busy. On October 12 Godwin called seven or eight times and at the end of the day Amato called him back. Amato told him that he was washing his hands of him and hung up. Godwin called right back telling Amato that he had friends in town who were expecting three ounces. Godwin said he just wanted to have a chat with him for ten minutes and Amato agreed to meet him. Godwin mentioned that he was in a jam. Godwin told Amato that he didn't have to be frightened because he always dealt with guns and that he didn't "screw around". He told Amato, again according to Amato's evidence at trial:

'I'm just in a jam, I need to—to answer to these people, if not these people will be coming down to see you in the morning.'

Amato was asked if he would put Godwin in direct contact with June Lee or with her source repeating that these people would be coming down to see him (Amato that is) the next day. Amato called

Amato a d'abord refusé de compléter, l'opération mais on l'a assuré que Godwin était «correct» et qu'il était le meilleur ami de Langvin. Godwin et Langvin ont remis \$1,100 à Amato qui est allé rencontrer June Lee; cette dernière est allée chercher la cocaïne ailleurs. Amato l'a rapportée et Godwin a commencé à parler de qualité et de quantité et Amato dit qu'il «y allait très fort, comme un trafiquant». Amato dit avoir dit à Godwin et Langvin:

[TRADUCTION] ... «Ecoutez, je ne suis pas un trafiquant.» ... «En ce qui me concerne, je ne fais pas ça de plein gré. Je suis dans ce borbier parce qu'on m'y a poussé jusqu'à maintenant et ça ne se reproduira plus. Dès que j'en ai fini avec vous, je ne veux plus jamais vous revoir ni l'un ni l'autre.»

Comme Amato descendait de l'auto, il a dit à Godwin et à Langvin: [TRADUCTION] «Oubliez ça. Ça ne se reproduira plus». Il n'a plus entendu parler de Langvin. Deux jours plus tard, Godwin a appelé Amato et l'a félicité pour la facilité de l'opération. Godwin l'a appelé à quelques reprises au travail en disant qu'il voulait se procurer trois onces de cocaïne et a offert un prix de \$6,000. Amato lui a dit de ne pas y compter et Godwin a répondu [TRADUCTION] «Parles-en à tes amis». Godwin a continué à l'appeler au travail mais Amato a refusé de répondre en disant qu'il était trop occupé. Le 12 octobre, Godwin a appelé sept ou huit fois et à la fin de la journée, Amato l'a rappelé. Amato lui a dit qu'il s'en lavait les mains et a raccroché. Godwin l'a rappelé immédiatement pour lui dire qu'il avait des amis en ville qui attendaient trois onces. Godwin a dit qu'il voulait seulement bavarder avec lui dix minutes et Amato a accepté de le rencontrer. Godwin a mentionné qu'il était dans le pétrin. Il a dit à Amato qu'il n'avait pas à avoir peur parce qu'il opérait toujours avec des armes à feu et qu'il ne «manquait pas son coup». Toujours suivant le témoignage d'Amato au procès, il a dit à Amato:

[TRADUCTION] «Je suis seulement dans le pétrin, il faut que je donne une réponse à ces gens, sinon c'est eux qui vont venir te voir au matin.»

Godwin a demandé à Amato s'il pouvait le mettre en contact direct avec June Lee ou avec son fournisseur en répétant que ses clients viendraient le voir (Amato) le lendemain. Amato a appelé June

June Lee who said that maybe something could be arranged for the following day, October 13. Godwin was still very anxious and asked Amato to try one more time. Amato called June Lee back and arrangements were made for a deal in the early morning of October 13. Godwin met Amato at 11 p.m. (October 12) in a parking lot. Godwin insisted he must personally pass the money to June Lee. Together they went to June Lee's place where they met in a basement apartment and Godwin purchased two and a half ounces of cocaine. Amato received no money and no cocaine for his part in the deal. He and Godwin left the apartment separately.

Godwin called twice two days later and again the following day looking for Lee's phone number. After that time there was no further contact between Amato and Godwin. Two subsequent deals were made with Lee by Godwin and she pleaded guilty to the three counts. Amato was arrested five months after the third transaction and was charged with trafficking in respect of the two dates in October.

In summary, there were three transactions:

1. one gram delivered by Amato to Langvin some time in September in respect of which no charge was laid;
2. a half ounce delivered by Amato to Godwin on October 3;
3. two and a half ounces delivered by Lee to Godwin on October 13.

Charges were laid with respect to numbers 2 and 3 only.

This account, with the exception of the reference to Godwin's evidence, is taken from the testimony of Amato given at his trial. André was not called to testify. Langvin could not be located despite the efforts of defence counsel to determine his whereabouts. The only evidence other than that of Amato which relates to the pressure being put upon him by Langvin and Godwin is the evidence of Godwin which commenced with the meeting in the parking lot on October 3. There are some conflicts between these two accounts of the period from October 3 to October 13. Godwin denies

Lee qui lui a dit qu'elle pourrait peut-être arranger quelque chose pour le lendemain, le 13 octobre. Godwin était toujours très impatient et il a demandé à Amato d'essayer encore une fois. Amato a rappelé June Lee et on a organisé l'opération pour le 13 octobre tôt le matin. Godwin a rencontré Amato dans un stationnement à 23 h le 12 octobre. Godwin a insisté pour remettre l'argent personnellement à June Lee. Ils sont allés ensemble chez June Lee qu'ils ont rencontrée dans un appartement en sous-sol et Godwin a acheté deux onces et demie de cocaïne. Amato n'a reçu ni argent ni cocaïne pour sa participation dans l'affaire. Godwin et lui ont quitté l'appartement à des moments différents.

Godwin a appelé deux fois deux jours plus tard et de nouveau le jour suivant pour avoir le numéro de téléphone de June Lee. Amato et Godwin n'ont plus communiqué par la suite. Deux opérations subséquentes ont eu lieu entre Lee et Godwin et elle a plaidé coupable aux trois chefs d'accusation. Amato a été arrêté cinq mois après la troisième opération et a été accusé de trafic pour les deux opérations du mois d'octobre.

En résumé, il y a eu trois opérations:

1. un gramme qu'Amato a livré à Langvin au mois de septembre, opération pour laquelle aucune accusation n'a été portée;
2. une demi-once qu'Amato a livrée à Godwin le 3 octobre;
3. deux onces et demie que Lee a livrées à Godwin le 13 octobre.

Des accusations ont été portées relativement aux opérations 2 et 3 seulement.

Ce compte rendu, à l'exception de la mention du témoignage de Godwin, est extrait du témoignage d'Amato au procès. André n'a pas été cité comme témoin. On n'a pas pu retrouver Langvin malgré les efforts de l'avocat de la défense pour déterminer où il se trouvait. Le seul témoignage autre que celui d'Amato relativement aux pressions exercées sur lui par Langvin et Godwin est celui de Godwin qui commence avec la rencontre du 3 octobre dans le stationnement. Il y a certaines divergences entre ces deux récits sur la période du 3 au 13 octobre. Godwin nie avoir menacé Amato et avoir parlé

having threatened Amato or having said anything about guns. Godwin says there were five phone calls during that period, three of which were initiated by Amato. Godwin also says that Amato discussed receiving an "end", some cocaine off the top for himself, although he doesn't say that he actually received it. The learned trial judge made the following observations on credibility:

In present case, the Crown was unable to produce the witness who originally arranged for the undercover officer to meet the accused, Amato. His evidence would have been extremely useful to assist me in making my determinations of fact. He could have corroborated the evidence of the Crown or he could have corroborated the evidence of the Defence. I believe he should have been called by the Crown. His absence has restricted the Defence from making a full answer in defence to the charge.

I am satisfied that in fairness to the accused I must presume that he would have given evidence consistent with that given by the Defence. For that reason, I am prepared for the sake of these reasons for judgment, to assume that the findings of fact ought to be made on the basis of the evidence tendered by the Defence.

There is some difficulty in determining whether the above passage refers to Amato's version of the events only up to October 3 or if it extends to include the period ending October 13. In subsequently reviewing the evidence of that period the learned trial judge says:

The third transaction testified to by the accused Amato concerned some two and a half ounces of cocaine. On this occasion, the undercover Policeman dealt directly with Amato to arrange the deal and then concluded it with the accused Lee. In this transaction, Amato alleged for the first time, according to my recollection of the evidence, that he was threatened by the undercover Policeman and the threat was one to the effect that if the deal could not be made, then certain people would visit Amato at his place of employment. This information presumably was passed on to the accused Lee. Amato testified that on the basis of the threat and persistence of the undercover Officer, he was forced to arrange the transaction which eventually took place.

I am satisfied that the evidence in this case falls far short of the evidence required at law to establish the defence of entrapment. The evidence amounts no more than to persistent solicitation by the informer and the

d'armes à feu. Godwin dit qu'il y a eu cinq appels téléphoniques durant cette période, dont trois provenant d'Amato. Godwin dit en outre qu'Amato a parlé de recevoir un «bout», une certaine quantité de cocaïne pour lui-même, bien qu'il ne dise pas qu'il en ait effectivement reçu. Le savant juge du procès a fait les remarques suivantes concernant la crédibilité:

[TRADUCTION] En l'espèce, la poursuite n'a pas pu produire le témoin qui est l'origine de la rencontre de l'agent secret avec l'accusé Amato. Son témoignage m'aurait été extrêmement utile pour établir des constatations de fait. Il aurait pu corroborer la preuve de la poursuite ou celle de la défense. J'estime qu'il aurait dû être cité par la poursuite. Son absence a empêché la défense d'offrir une défense pleine et entière.

Je suis convaincu qu'en toute impartialité envers l'accusé, je dois présumer qu'il aurait fourni un témoignage compatible avec la preuve à décharge. Pour ce motif, je suis disposé, aux fins des présents motifs de jugement, à admettre que les constatations de fait doivent être établies en fonction de la preuve à décharge.

Il est assez difficile de savoir si le passage ci-dessus se rapporte à la version qu'a donnée Amato des événements jusqu'au 3 octobre seulement ou s'il inclut la période qui se termine le 13 octobre. Lorsqu'il a par la suite passé en revue la preuve relative à cette période, le savant juge du procès a dit:

[TRADUCTION] La troisième opération dont l'accusé Amato a parlé dans son témoignage portait sur quelque deux onces et demie de cocaïne. A cette occasion, l'agent secret a traité directement avec Amato pour organiser l'affaire, puis il l'a conclue avec l'accusé Lee. A propos de cette transaction, Amato allègue pour la première fois, si je me souviens bien du témoignage, qu'il avait reçu des menaces de l'agent secret en ce sens que si l'opération n'avait pas lieu, il risquait de recevoir la visite de certaines personnes à son lieu de travail. On peut croire que ce renseignement a été transmis à l'accusée Lee. Amato a dit dans son témoignage qu'en raison de la menace et de la persistance de l'agent secret, il a été forcé d'organiser l'opération qui a eu lieu par la suite.

Je suis convaincu que la preuve en l'espèce est loin de correspondre à la preuve nécessaire en droit pour établir la défense de provocation policière. La preuve n'indique rien de plus qu'une sollicitation répétée de la part de

undercover Officer to persuade the accused Amato to engage in trafficking of cocaine. Amato's dealings with Ms. Lee do not permit her to be successful in relying on the defence of entrapment because she merely agreed to go along with her friend.

This subsequent reference to the evidence of Amato concerning the events between October 3 and 13 indicates that the trial judge proceeded on the basis that Amato's story was credible throughout, or at least was to be so taken for the reasons he gave, and that the defence of entrapment was rejected with reference to Amato's version of the events which had taken place.

The Court of Appeal also proceeded on the basis that Amato's story was to be believed in its entirety. Taggart J.A. reviewed the third transaction which occurred on October 13 as follows:

In addition, on the third occasion when cocaine passed between the persons in the house and Lee and the undercover police officer, the Appellant was induced to go to his source of supply not only by importuning on the part of the undercover police officer but as well by reason of threats of the use of force by persons for whom the undercover police officer said he was obtaining the cocaine.

In the light of these comments I come to the conclusion that the account of the appellant was accepted as credible and that the issue of the application of entrapment should be disposed of on that basis.

Returning to the facts it should be noted that prior to October 3, 1977, Amato was neither known to nor suspected by the police as a drug trafficker. Neither is there evidence that a police operation was being directed through him against Lee or any other police suspect. The evidence in short reveals a random contact with Amato by Langvin, a police agent, through an innocent intermediary (Amato's boss) who plays no further part in the story.

The trial judge apparently accepted that the defence of entrapment was open as a matter of law in Canada and he referred to the judgment of

l'indicateur et de l'agent secret pour persuader l'accusé Amato de faire le trafic de cocaïne. Les opérations d'Amato avec M^{lle} Lee ne permettent pas à cette dernière d'invoquer avec succès la défense de provocation policière puisqu'elle a simplement accepté de suivre son ami.

Cette mention subséquente du témoignage d'Amato concernant les événements survenus entre le 3 et le 13 octobre indique que le juge du procès a admis que la version d'Amato était entièrement digne de foi, ou, du moins, qu'il fallait la considérer comme telle pour les motifs qu'il a énoncés. La défense de provocation policière a donc été rejetée en se reportant à la version des événements qu'Amato a donnée.

La Cour d'appel a elle aussi procédé en tenant pour acquit que la version d'Amato devait être crue intégralement. Le juge Taggart a examiné comme suit la troisième opération qui a eu lieu le 13 octobre.

[TRADUCTION] De plus, la troisième fois que la cocaïne a circulé entre les personnes qui se trouvaient dans la maison et Lee et l'agent secret, l'appellant a été incité à aller à sa source d'approvisionnement non seulement par la sollicitation de la part de l'agent secret, mais également en raison des menaces que les personnes pour lesquelles l'agent secret disait vouloir la cocaïne fassent usage de la violence.

A la lumière de ces remarques, je viens à la conclusion que le récit de l'appellant a été accepté comme digne de foi et que c'est à partir de cette constatation que doit être tranchée la question de l'application de la provocation policière.

Revenant aux faits, il faut remarquer qu'avant le 3 octobre 1977, Amato n'était pas connu de la police comme trafiquant de drogues et aucun soupçon ne pesait sur lui à cet égard. Il n'y a pas non plus de preuve que l'opération policière visait, par son intermédiaire, Lee ou une autre personne que la police soupçonnait. Brièvement, la preuve révèle un contact que Langvin, un indicateur de police, a eu par hasard avec Amato par l'intermédiaire d'un innocent (le patron d'Amato) qui n'a plus joué aucun rôle dans l'histoire.

On constate que le juge du procès a admis que la défense de provocation policière existait en droit au Canada et qu'il s'est rapporté au jugement du

Laskin C.J. in *Kirzner v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 487, and summarized his view of the test therein described as follows:

In order to determine the sufficiency of evidence to raise a defence of entrapment there must be evidence to show that the Police had instigated the crime and that had they not done so, the accused would not have been involved in the transaction. The instigation must of course go beyond mere solicitation or decoy work.

As seen from the above the trial judge was of the view that the evidence fell "far short of the evidence required at law to establish the defence of entrapment". Notwithstanding that conclusion the learned trial judge made this observation in imposing his sentence, a fine of \$3,000:

I am satisfied that I do not have to incarcerate you. I'm satisfied, however, that I must impose some monetary punishment. Notwithstanding that you were persuaded by some continuing persistence to get involved in the trafficking of cocaine, I was not and I am still not satisfied that the persistence used upon you legally justified your actions. I am, however, satisfied that that persistence is something that I must take into consideration in imposing sentence upon you.

The Court of Appeal agreed with the conclusion of the trial judge in a passing reference to the merits of the defence of entrapment. In any event the Court concluded that the defence of entrapment was not available. Taggart J.A., after referring to decisions of the British Columbia and Ontario Courts of Appeal in which the view was expressed that there was no defence of entrapment, as well as to the views of the Chief Justice in *Kirzner v. The Queen*, *supra*, put it this way:

I think we ought to follow the expressed views of this Court until such time as the matter is definitively settled by the Supreme Court of Canada or by a division of this Court composed of five members who can deal definitively with the problem.

Seaton J.A. was of the view not only that the defence of entrapment does not exist but that it should not exist. He expressed a decided preference for what he called the English approach which he explained as being the conviction of the accused for the completed offence but mitigating

juge en chef Laskin dans l'arrêt *Kirzner c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 487. Il a résumé comme suit son point de vue sur le critère y énoncé:

[TRADUCTION] Pour que la preuve soit suffisante pour permettre une défense de provocation policière, elle doit indiquer que la police a provoqué le crime et que si elle ne l'avait pas fait, l'accusé n'aurait pas pris part à l'opération. La provocation doit certes aller plus loin que la simple instigation ou l'imposture.

Comme le montre cet extrait, le juge du procès était d'avis que la preuve était [TRADUCTION] «loin de la preuve requise en droit pour établir la défense de provocation policière». Nonobstant cette conclusion, le savant juge du procès a fait la remarque suivante lorsqu'il a imposé la sentence, une amende de \$3,000:

[TRADUCTION] Je suis convaincu que je n'ai pas à vous faire emprisonner. Cependant, je suis convaincu qu'il est nécessaire de vous imposer une amende. Bien qu'on vous ait persuadé par une pression constante de participer au trafic de cocaïne, je n'étais pas convaincu, et je ne le suis pas encore, que la pression dont vous avez fait l'objet justifie en droit vos actes. Je suis cependant convaincu que je dois tenir compte dans l'imposition de votre sentence.

La Cour d'appel a accepté la conclusion du juge du procès dans une remarque sur la valeur de la défense de provocation policière. En tout état de cause, la Cour d'appel a conclu que la défense de provocation policière ne pouvait être invoquée. Après avoir mentionné des arrêts des cours d'appel de la Colombie-Britannique et de l'Ontario dans lesquels on dit que la défense de provocation policière n'existe pas, de même que les opinions du Juge en chef dans l'arrêt *Kirzner c. La Reine*, précité, le juge Taggart a dit:

[TRADUCTION] J'estime que nous devons suivre les opinions que cette Cour a déjà exprimées jusqu'à ce que la question soit tranchée de façon définitive par la Cour suprême du Canada ou par une division de cette Cour formée de cinq membres qui peuvent résoudre le problème de façon définitive.

Le juge Seaton a exprimé l'avis non seulement que la défense de provocation policière n'existe pas mais qu'elle ne doit pas exister. Il a exprimé une préférence marquée pour ce qu'il a appelé la solution anglaise qu'il a décrite comme étant la condamnation de l'accusé pour l'infraction commise

the sentence where his involvement is due to the motivating influence of others whether those others be police agents or not. Carrothers J.A. agreed with both Taggart and Seaton J.J.A.

The issue of the availability of the defence of entrapment was expressly left open by Chief Justice Laskin in *Kirzner, supra*. The Ontario Court of Appeal in that case ((1976), 14 O.R. (2d) 665) had taken the view that the defence was not open to the accused. The Chief Justice concurred with the Court of Appeal in the result but not the reasoning at p. 496:

In these circumstances, I would not, however, endorse the view of the Ontario Court of Appeal in the present case or of the British Columbia Court of Appeal in *Chernecki* [(1971), 16 C.R.N.S. 182] rejecting entrapment as a defence. There are good reasons for leaving the question open. Indeed, if that position is based on a static view of s. 7(3) of the *Criminal Code* I find it unacceptable. I do not think that s. 7(3) should be regarded as having frozen the power of the Courts to enlarge the content of the common law by way of recognizing new defences, as they may think proper according to circumstances that they consider may call for further control of prosecutorial behaviour or of judicial proceedings.

The majority of this Court speaking through Pigeon J. expressly refrained from expressing any view on the availability of the defence of entrapment in Canadian law.

The scope of a defence in the nature of that generally called entrapment and the problems raised by such a defence are discussed at length by the Chief Justice in *Kirzner, supra*, and will not be repeated here. If there be such a defence for an accused in the criminal law, several matters must be determined:

- (a) the source of authority in the courts to give recognition to the defence;
- (b) the nature and range of offences in respect of which this defence may be available;
- (c) the constituent elements which must be present;

mais avec sentence réduite lorsque sa participation est due à l'influence déterminante d'autres personnes, qu'il s'agisse ou non de policiers. Le juge Carrothers a souscrit aux opinions des juges Taggart et Seaton.

La question de savoir si la défense de provocation policière peut être invoquée a été délibérément laissée sans réponse par le juge en chef Laskin dans l'arrêt *Kirzner*, précité. Dans cette affaire, la Cour d'appel de l'Ontario ((1976), 14 O.R. 2(d) 665) était d'avis que l'accusé ne pouvait soulever ce moyen de défense. Le Juge en chef a souscrit à la conclusion de la Cour d'appel, mais non à ses motifs, à la p. 496:

Dans les circonstances, je ne puis cependant adopter l'opinion de la Cour d'appel de l'Ontario en l'espèce, ni celle de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Chernecki*, [(1971), 16 C.R.N.S. 182] qui ont rejeté la provocation policière comme moyen de défense. Il est préférable de ne pas trancher la question. En fait, si cette opinion est fondée sur une vue statique du par. 7(3) du *Code criminel*, elle est, à mon avis, inacceptable. Je ne crois pas que le par. 7(3) interdise aux tribunaux d'étendre le contenu de la *common law* en admettant de nouveaux moyens de défense, qu'ils peuvent estimer appropriés s'il leur semble que les circonstances requièrent un contrôle plus serré de la conduite de la poursuite et des procédures judiciaires.

Le juge Pigeon, qui parlait au nom de la majorité de cette Cour, a expressément refusé de se prononcer sur la possibilité d'invoquer la défense de provocation policière en droit canadien.

La portée d'un moyen de défense du genre de celui qu'on appelle généralement la provocation policière et les problèmes qu'il soulève sont analysés en détail par le Juge en chef dans l'arrêt *Kirzner*, précité. Point n'est besoin de les répéter ici. Si un moyen de défense de ce genre s'offre à un accusé en droit criminel, il faut trancher plusieurs questions:

- a) les précédents judiciaires qui permettent d'admettre cette défense;
- b) la nature et la catégorie des infractions à l'égard desquelles cette défense peut être invoquée;
- c) les éléments constitutifs qui doivent être présents;

(d) the remedy or result of its successful application.

The proponents of this defence generally seek to advance it as something necessary to bring fairness or fundamental justice into the criminal law when the state agencies of enforcement resort to methods of law enforcement which threaten the integrity of the criminal justice system or bring shame to the state. Put another way, the defence is seen as an offset to or a control mechanism for overzealous crime detection and prosecution where inducement or incitement leads the otherwise innocent to the commission of an offence. There are shades and variants of these elements which make the defence difficult of definition and the doctrine delicate to apply.

As the Chief Justice said in *Kirzner* at p. 492:

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

and at p. 494:

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

d) le remède ou le résultat obtenus lorsqu'elle s'applique avec succès.

Les partisans de ce moyen de défense allèguent en général qu'il est nécessaire pour assurer en droit criminel l'équité ou la justice fondamentale lorsque les organismes de l'Etat chargés de l'application de la loi ont recours à des méthodes qui mettent en danger l'intégrité du système de justice criminelle ou qui sont indignes de l'Etat. En d'autres mots, on voit dans ce moyen de défense une compensation ou un mécanisme de contrôle en cas de détection ou de poursuite trop ardentes du crime, lorsque la provocation ou l'encouragement amène une personne jusque-là innocente à commettre une infraction. Ces éléments comportent des nuances et des variantes qui font que cette défense est difficile à définir et que cette doctrine est difficile à appliquer.

Comme l'a dit le Juge en chef dans l'arrêt *Kirzner*, à la p. 492:

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

Et à la page 494:

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

There is no doubt that it may be difficult in particular cases to draw the line between mere use of spies, decoys or informers and the use of *agents provocateurs* who go beyond mere solicitation or encouragement and initiate a criminal design for the purpose of entrapping a person in order to prosecute him.

In an earlier case the defence was characterized by the Chief Justice in a judgment when on the Ontario Court of Appeal, as arising in the presence of "calculated inveigling and persistent importuning" by the enforcement agency: *R. v. Ormerod*, [1969] 2 O.R. 230, at p. 238.

This defence has been applied and been the subject of an on-going debate for over half a century in the courts of the United States. In *Sorrells v. United States* (1932), 287 U.S. 435, a case in which the facts, substituting alcohol for drugs, are remarkably similar to the present circumstances, Chief Justice Hughes recognized the defence:

It is clear that the evidence was sufficient to warrant a finding that the act for which defendant was prosecuted was instigated by the prohibition agent, that it was the creature of his purpose . . . [p. 441]

and continued on p. 442:

A different question is presented when the criminal design originates with the officials of the Government, and they implant in the mind of an innocent person the disposition to commit the alleged offense and induce its commission in order that they may prosecute.

The Court adopted an earlier Circuit Court view:

When the criminal design originates, not with the accused, but is conceived in the mind of the government officers, and the accused is by persuasion, deceitful representation, or inducement lured into the commission of a criminal act, the government is estopped by sound public policy from prosecution therefor. [Woods J. in *Newman v. United States* (1924), 299 F. 128, at p. 131].

The majority of the Court found authority for applying the defence of entrapment in a rule of statutory construction to be applied to the offence-creating statute, at p. 448:

Bien sûr il peut être difficile, dans certains cas, de distinguer l'espion, l'imposteur ou l'indicateur de l'agent provocateur qui fait plus qu'inciter ou encourager l'infraction mais prend l'initiative du projet criminel dans le but de prendre quelqu'un au piège pour l'amener devant les tribunaux.

Dans une affaire antérieure, le Juge en chef, dans des motifs de jugement prononcés alors qu'il siégeait à la Cour d'appel de l'Ontario, a dit de ce moyen de défense qu'il était opposable à [TRADUCTION] «un piège calculé ou [à] des sollicitations répétées» de la part de l'organisme chargé de l'application de la loi: *R. v. Ormerod*, [1969] 2 O.R. 230, à la p. 238.

Ce moyen de défense est appliqué et fait l'objet de discussions continues depuis plus d'un demi-siècle dans les cours des États-Unis. Dans l'arrêt *Sorrells v. United States* (1932), 287 U.S. 435, une affaire dans laquelle les faits, si on remplace la drogue par l'alcool, sont remarquablement semblables à ceux en l'espèce, le juge en chef Hughes a reconnu ce moyen de défense:

[TRADUCTION] Il est évident que la preuve était suffisante pour conclure que l'acte pour lequel le défendeur a été poursuivi a été provoqué par l'agent d'application de la prohibition, qu'il était le produit de son dessein . . . [à la p. 441]

Il a poursuivi, à la p. 442:

[TRADUCTION] Une question différente se pose lorsque le dessein criminel provient des fonctionnaires et qu'ils implantent dans l'esprit d'un innocent l'intention de perpétrer l'infraction imputée et qu'ils l'incitent à la commettre pour pouvoir tenter des poursuites.

La Cour a adopté une opinion antérieure de la Cour de circuit:

[TRADUCTION] Lorsque le dessein criminel ne provient pas de l'accusé mais qu'il a été conçu dans l'esprit d'un fonctionnaire et que l'accusé est entraîné, par la persuasion, par des déclarations mensongères ou par la provocation, à commettre un acte criminel, une règle de prudence avisée empêche le gouvernement de poursuivre dans ce cas. [le juge Woods dans l'affaire *Newman v. United States* (1924), 299 F. 128, à la p. 131].

Pour appliquer la défense de provocation policière, la Cour à la majorité s'est appuyée, à la p. 448, sur une règle d'interprétation qui doit s'appliquer à la loi qui crée l'infraction:

We think that this established principle of construction is applicable here. We are unable to conclude that it was the intention of the Congress in enacting this statute that its processes of detection and enforcement should be abused by the instigation by government officials of an act on the part of persons otherwise innocent in order to lure them to its commission and to punish them.

By this theory the Court avoided claiming for itself a power to forbid the prosecution of a person whose conduct appears to come squarely within the statute. The issue was seen by the Court as whether the defendant is a person otherwise innocent whom the government is seeking to punish for an alleged offence which is "the product of the creative industry of its own efforts". Chief Justice Hughes concluded at p. 451:

If that is the fact, common justice requires that the accused be permitted to prove it.

The question then arose, of course, as to what the proper disposition should be on a successful application of the defence. Should it preclude prosecution, should it be a finding of not guilty, or simply a stay of prosecution at whatever the stage the defence is established? In *Sorrells* the Court remanded the case for further proceedings at trial in which it would be left to the jury to assess the conduct of the police investigation and the conduct of the accused with emphasis upon his predisposition and criminal design with reference to the offence. Chief Justice Hughes concluded at p. 452:

We are of the opinion that upon the evidence produced in the instant case the defense of entrapment was available and that the trial court was in error in holding that as a matter of law there was no entrapment and in refusing to submit the issue to the jury.

A minority opinion by Mr. Justice Roberts, concurred in by Justices Brandeis and Stone, took the view, at p. 454, that entrapment should be defined as:

... the conception and planning of an offense by an officer, and his procurement of its commission by one who would not have perpetrated it except for the trickery, persuasion, or fraud of the officer.

[TRADUCTION] Nous croyons que ce principe reconnu d'interprétation s'applique en l'espèce. Il nous est impossible de conclure qu'en adoptant cette loi, le Congrès voulait que les fonctionnaires abusent des procédures de détection et d'application de la loi en inspirant un acte à des personnes par ailleurs innocentes en vue de les amener à l'accomplir et à les punir.

Par cette théorie, la Cour a évité de s'arroger le pouvoir d'interdire de poursuivre une personne dont la conduite paraît directement relever de la loi. La Cour a considéré que la question était de savoir si le défendeur est une personne par ailleurs innocente que le gouvernement cherche à punir pour une prétendue infraction qui est [TRADUCTION] «le produit de la créativité de ses propres efforts». Le juge en chef Hughes a conclu à la p. 451:

[TRADUCTION] Si c'est le cas, la simple justice exige qu'on permette à l'accusé d'en faire la preuve.

Bien entendu, la question s'est alors posée de savoir quelle solution doit entraîner l'acceptation de cette défense. Doit-elle empêcher la poursuite, doit-elle entraîner une déclaration de non-culpabilité, ou simplement une suspension d'instance à l'étape où la défense est établie? Dans l'arrêt *Sorrells*, la Cour a renvoyé l'affaire en première instance pour que le jury examine la façon dont l'enquête policière avait été menée et la conduite de l'accusé en s'attachant à ses propensions et à son intention criminelle relativement à l'infraction. Le juge en chef Hughes a conclu à la p. 452:

[TRADUCTION] Nous sommes d'avis, compte tenu de la preuve faite en l'espèce, que la défense de provocation policière pouvait être soulevée et que le juge du procès a commis une erreur en décidant qu'en droit, il n'y avait pas de provocation policière, et en refusant de soumettre la question au jury.

Selon l'opinion des juges formant la minorité, exposée par le juge Roberts à la p. 454 et partagée par les juges Brandeis et Stone, la provocation policière devrait être définie comme:

[TRADUCTION] ... le fait, pour un fonctionnaire, de concevoir et de projeter une infraction, et d'amener une personne qui ne l'aurait pas commise sans la supercherie, la persuasion ou la fraude de ce fonctionnaire à la commettre.

In the minority view the doctrine of entrapment rests on a fundamental rule of public policy, at pp. 457 and 459, namely:

The protection of its own functions and the preservation of the purity of its own temple belongs only to the court. It is the province of the court and of the court alone to protect itself and the government from such prostitution of the criminal law. The violation of the principles of justice by the entrapment of the unwary into crime should be dealt with by the court no matter by whom or at what stage of the proceedings the facts are brought to its attention. Quite properly it may discharge the prisoner upon a writ of *habeas corpus*. Equally well may it quash the indictment or entertain and try a plea in bar. But its powers do not end there. Proof of entrapment, at any stage of the case, requires the court to stop the prosecution, direct that the indictment be quashed, and the defendant set at liberty.

The applicable principle is that courts must be closed to the trial of a crime instigated by the government's own agents. No other issue, no comparison of equities as between the guilty official and the guilty defendant, has any place in the enforcement of this overruling principle of public policy.

The U.S. Supreme Court considered this defence again in *Sherman v. United States* (1958), 356 U.S. 369. The accused had been repeatedly importuned by an informer who, like the accused, was attending a clinic for treatment for narcotic addiction. The informer claimed that he was not responding to treatment and the repeated requests for assistance in obtaining narcotics were premised upon the informer's feigned suffering. The majority applied *Sorrells* and continued to define entrapment as a defence "where the criminal conduct was the product of creative activity of law enforcement officials". The government reply relied on the defendant's criminal record to establish "a ready complaisance" to commit the offence. In *Sorrells* the case was remanded with the entrapment issue being left to the jury. In *Sherman*, however, the Court directed a dismissal no doubt on the grounds of overwhelming evidence. The majority of the Court declined to reconsider the doctrinal basis for the defence adopted by the majority in *Sorrells* as the issue had not been

De l'avis de la minorité, la doctrine de la provocation policière repose sur une règle fondamentale d'ordre public, savoir (aux pp. 457 et 459):

[TRADUCTION] C'est à la cour seulement qu'il appartient de protéger ses fonctions et de préserver le caractère sacré du temple de la justice. Il appartient à la cour et à la cour seulement de se protéger elle-même et de protéger le gouvernement de cette perversion du droit criminel. La violation des principes de la justice qui consiste à inciter un imprudent à commettre un crime doit être examinée par la cour, peu importe par qui ou à quelle étape des procédures les faits sont portés à son attention. Elle peut valablement libérer un prisonnier par *habeas corpus*. Elle peut tout aussi bien annuler l'acte d'accusation ou entendre et juger une exception péremptoire. Mais ses pouvoirs ne s'arrêtent pas là. La preuve de la provocation policière, à une étape quelconque des procédures, oblige la cour à mettre fin à la poursuite, à ordonner l'annulation de l'acte d'accusation et à libérer le défendeur.

Le principe applicable est que les cours ne doivent pas juger un crime provoqué par les fonctionnaires. Nulle autre question, nulle comparaison entre les droits du fonctionnaire coupable et ceux du défendeur coupable n'a sa place dans l'application de ce principe primordial d'ordre public.

La Cour suprême des États-Unis a examiné de nouveau ce moyen de défense dans l'arrêt *Sherman v. United States* (1958), 356 U.S. 369. L'accusé avait été sollicité de façon répétée par un indicateur qui, comme l'accusé, fréquentait un centre de désintoxication. L'indicateur affirmait que les traitements ne lui apportaient aucun soulagement et, simulant la souffrance, il faisait des demandes d'aide répétées pour obtenir des stupéfiants. La majorité a appliqué l'arrêt *Sorrells* et a continué à définir la provocation policière comme un moyen de défense opposable à [TRADUCTION] «une conduite criminelle qui est le produit de la créativité des fonctionnaires chargés de l'application de la loi». La réponse du gouvernement s'est appuyée sur le dossier criminel du défendeur pour faire la preuve d'une [TRADUCTION] «complaisance facile» à commettre l'infraction. Dans l'affaire *Sorrells*, la cause a été renvoyée pour permettre au jury d'examiner la question de la provocation policière. Dans l'affaire *Sherman* cependant, la Cour a rejeté l'accusation en se

raised by the parties or in the lower courts. Frankfurter J., for himself and Justices Douglas, Harlan and Brennan, concurred in the result but would have elevated the minority view of *Sorrells* to a governing principle. The view of Frankfurter J., at p. 380, was that:

Insofar as they are used as instrumentalities in the administration of criminal justice, the federal courts have an obligation to set their face against enforcement of the law by lawless means or means that violate rationally vindicated standards of justice, and to refuse to sustain such methods by effectuating them Public confidence in the fair and honorable administration of justice, upon which ultimately depends the rule of law, is the transcending value at stake.

Following this line of thought the crucial question becomes whether the police conduct in a particular case falls below "standards, to which common feelings respond, for the proper use of governmental power". The position of the majority in *Sorrells* is commented upon at p. 382:

The intention referred to, therefore, must be a general intention or predisposition to commit, whenever the opportunity should arise, crimes of the kind solicited, and in proof of such a predisposition evidence has often been admitted to show the defendant's reputation, criminal activities, and prior disposition. The danger of prejudice in such a situation, particularly if the issue of entrapment must be submitted to the jury and disposed of by a general verdict of guilty or innocent, is evident. The defendant must either forego the claim of entrapment or run the substantial risk that, in spite of instructions, the jury will allow a criminal record or bad reputation to weigh in its determination of guilt of the specific offense of which he stands charged. Furthermore, a test that looks to the character and predisposition of the defendant rather than the conduct of the police loses sight of the underlying reason for the defense of entrapment.

fondant indubitablement sur la preuve accablante. La Cour à la majorité a refusé de réviser le fondement doctrinal de la défense adopté par la majorité dans l'arrêt *Sorrells* parce que la question n'avait pas été soulevée par les parties ni devant les cours d'instance inférieure. Le juge Frankfurter, au nom des juges Douglas, Harlan et Brennan et au sien, a souscrit à la décision finale, mais il aurait érigé l'opinion de la minorité dans l'arrêt *Sorrells* en un principe dominant. Le juge Frankfurter a exprimé l'avis que (à la p. 380):

[TRADUCTION] Dans la mesure où elles servent d'intermédiaires dans l'administration de la justice criminelle, les cours fédérales ont l'obligation de s'opposer à l'application de la loi par des moyens illégaux ou par des moyens qui enfreignent des normes de justice qui se justifient rationnellement, et de refuser de reconnaître ces méthodes en leur donnant effet . . . La confiance du public dans l'administration impartiale et honorable de la justice, dont dépend en définitive le principe de la légalité, est la valeur transcendantale en jeu.

Dans cet ordre de raisonnement, la question cruciale est de savoir si la conduite de la police dans un cas donné est en deçà [TRADUCTION] «des normes qui constituent un consensus à l'égard de l'utilisation à bon escient du pouvoir gouvernemental». On commente ainsi la position de la majorité dans l'arrêt *Sorrells* (à la p. 382):

[TRADUCTION] L'intention à laquelle on se réfère, par conséquent, doit être une intention générale ou une prédisposition à commettre, lorsque l'occasion se présente, des crimes du genre de ceux qu'on propose, et pour établir cette prédisposition, on a souvent admis des témoignages tendant à établir la réputation du défendeur, ses activités criminelles et ses penchants antérieurs. Dans une telle situation, en particulier si la question de la provocation policière doit être soumise au jury et décidée dans un verdict général de culpabilité ou de non-culpabilité, le danger de subir un préjudice est évident. Le défendeur doit soit renoncer à invoquer la provocation policière ou courir le risque sérieux qu'en dépit des directives, le jury tienne compte d'un dossier criminel ou d'une mauvaise réputation dans sa détermination de la culpabilité de l'infraction précise objet de l'accusation. En outre, une enquête qui s'attache à la moralité et aux prédispositions du défendeur plutôt qu'à la conduite de la police fait perdre de vue le motif sous-jacent à la défense de provocation policière.

It follows therefore that a court enunciating this view must conclude, irrespective of the defendant's past record, that certain police conduct to ensnare him into further crime cannot be tolerated and hence the defence of entrapment applies. The position of the accused is not the criterion of the test but rather the conduct of the public authority (at p. 383):

Permissible police activity does not vary according to the particular defendant concerned; surely if two suspects have been solicited at the same time in the same manner, one should not go to jail simply because he has been convicted before and is said to have a criminal disposition.

While recognizing that the police may act so as to detect those engaged in criminal conduct and those who are ready and willing to commit further crimes, the test as to entrapment must be that (at p. 384):

... in holding out inducements they should act in such a manner as is likely to induce to the commission of crime only these persons and not others who would normally avoid crime and through self-struggle resist ordinary temptations. This test shifts attention from the record and predisposition of the particular defendant to the conduct of the police and the likelihood, objectively considered, that it would entrap only those ready and willing to commit crime. It is as objective a test as the subject matter permits, ...

The minority acknowledges that the scale of police conduct to be condemned by the doctrine must be such as is likely to induce those not otherwise ready and willing to commit crime to do so, and this type of conduct must "be picked out from case to case as new situations arise involving different crimes and new methods of detection" (p. 384). Like Justice Roberts in *Sorrells*, the minority in *Sherman* concluded at p. 385 that the test was one for the court and not for the jury:

Only the court, through the gradual evolution of explicit standards in accumulated precedents, can do this with the degree of certainty that the wise administration of criminal justice demands.

Il s'ensuit par conséquent qu'une cour qui se prononce en ce sens doit conclure, indépendamment du casier judiciaire du défendeur, qu'on ne peut tolérer une certaine conduite policière qui vise à le pousser à d'autres crimes et, ainsi, la défense de provocation policière s'applique. Ce n'est pas la position de l'accusé mais plutôt la conduite de l'autorité civile qui est le critère applicable (à la p. 383):

[TRADUCTION] L'activité policière permise ne varie pas avec chaque défendeur visé; il est certain que si deux suspects ont été sollicités en même temps et de la même façon, on ne doit pas en condamner un simplement parce qu'il a déjà été condamné et qu'on dit qu'il a des penchants criminels.

Tout en reconnaissant que la police peut chercher à découvrir les personnes qui ont des activités criminelles et celles qui sont prêtes et disposées à commettre d'autres crimes, le critère relatif à la provocation policière doit être que (à la p. 384):

[TRADUCTION] ... par des invitations, elle doit agir d'une manière qui soit susceptible d'inviter à commettre un crime seulement ces personnes et non ceux qui normalement évitent le crime et qui, par discipline, résistent aux tentations ordinaires. Ce critère déplace l'attention du casier judiciaire et des prédispositions du défendeur visé vers la conduite de la police et la possibilité, prise objectivement, que cette conduite encourage uniquement les personnes qui sont prêtes et disposées à commettre un crime. C'est un critère aussi objectif que le permet le sujet, ...

La minorité reconnaît que la norme de conduite policière que doit condamner la doctrine doit être celle qui est susceptible d'inciter une personne à commettre un crime alors qu'elle n'est pas par ailleurs prête et disposée à le commettre, et ce genre de conduite doit [TRADUCTION] «être repéré dans chaque cas au fur et à mesure que surviennent de nouvelles situations impliquant des crimes différents et de nouvelles méthodes de détection» (à la p. 384). Comme le juge Roberts dans l'arrêt *Sorrells*, la minorité dans l'arrêt *Sherman* a conclu que l'application de ce critère doit être laissée à la cour et non au jury (à la p. 385):

[TRADUCTION] Seule la cour, au moyen de l'évolution graduelle des normes explicites dans l'ensemble des précédents, peut s'y attaquer avec le degré de certitude qu'exige une sage administration de la justice criminelle.

Frankfurter J. does not stipulate as to whether the proper disposition is a quashing of the charge as proposed by Roberts J. in *Sorrells* or a stay of proceedings as was frequently the case in the federal courts when that option was open to them. He concurred with the result of the majority which was to remand the matter to the trial court with instructions to dismiss the indictment.

Again in 1973 the U.S. Supreme Court returned to entrapment in the *United States v. Russell*, 411 U.S. 423. The police investigator had supplied an essential and, although legally obtainable, difficult to obtain ingredient in the manufacture of 'speed' in return for one-half of the drug to be produced. The conviction was overturned by the Court of Appeals for the Ninth Circuit because of "the intolerable degree of government participation in the criminal enterprise" ((1972), 459 F. 2d 671). The trial judge had stated the law to be:

Where a person already has the willingness and the readiness to break the law, the mere fact that the government agent provides what appears to be a favorable opportunity is not entrapment.

By a five-to-four majority the Supreme Court restored the conviction. Rehnquist J., for the majority, followed the majority judgments in *Sorrells* and *Sherman*, taking the epitome of the latter judgment to be the observation by Chief Justice Warren:

[t]o determine whether entrapment has been established, a line must be drawn between the trap for the unwary innocent and the trap for the unwary criminal. [356 U.S. 369, at 372].

Rehnquist J. concluded in favour of the "subjective" approach at p. 434:

Nor does it seem particularly desirable for the law to grant complete immunity from prosecution to one who himself planned to commit a crime, and then committed it, simply because government undercover agents subjected him to inducements which might have seduced a hypothetical individual who was not so predisposed.

Le juge Frankfurter ne précise pas s'il convient en définitive d'annuler l'acte d'accusation comme le propose le juge Roberts dans l'arrêt *Sorrells* ou de surseoir à l'instance comme l'ont souvent fait les cours fédérales lorsqu'elles en avaient la possibilité. Il a souscrit à l'opinion majoritaire qui renvoyait l'affaire à la cour de première instance en lui ordonnant de rejeter l'acte d'accusation.

En 1973, la Cour suprême des Etats-Unis a de nouveau examiné la provocation policière dans l'arrêt *United States v. Russell*, 411 U.S. 423. L'enquêteur de police avait fourni un ingrédient essentiel, qu'il était difficile d'obtenir légalement, pour la fabrication de «speed» moyennant la moitié de la drogue produite. La déclaration de culpabilité a été infirmée par la Cour d'appel du neuvième circuit en raison du [TRADUCTION] «degré intolérable de participation du gouvernement à l'entreprise criminelle» ((1972), 459 F. 2d 671). Le juge du procès avait exposé le principe de droit comme suit:

[TRADUCTION] Lorsqu'une personne est déjà prête et disposée à enfreindre la loi, le simple fait que le représentant du gouvernement offre ce qui paraît être une occasion favorable ne constitue pas de la provocation policière.

Par une majorité de cinq contre quatre, la Cour suprême a rétabli la déclaration de culpabilité. Au nom de la majorité, le juge Rehnquist a suivi les décisions majoritaires des arrêts *Sorrells* et *Sherman* et a considéré que la quintessence de ce dernier arrêt se trouvait dans la remarque suivante du juge en chef Warren:

[TRADUCTION] pour décider si on a établi la provocation policière, il faut tracer la démarcation entre le piège tendu à l'innocent imprudent et le piège tendu au criminel imprudent. [356 U.S. 369, à la p. 372]

Le juge Rehnquist a conclu en faveur de l'approche «subjective» à la p. 434:

[TRADUCTION] Il ne semble pas non plus particulièrement souhaitable en droit d'accorder l'immunité de poursuites totale à celui qui a lui-même projeté de commettre un crime, et qui l'a ensuite commis, simplement parce que des agents secrets du gouvernement lui ont fourni des incitations susceptibles de séduire un individu hypothétique qui n'avait pas cette prédisposition.

It is clear that in the view of the majority in *Russell* the defence of entrapment is not to be used as a flexible yardstick in assessing the conduct of the prosecution. Rehnquist J. continued, at p. 435:

But the defense of entrapment enunciated in those opinions was not intended to give the federal judiciary a "chancellor's foot" veto over law enforcement practices of which it did not approve. The execution of the federal laws under our Constitution is confided primarily to the Executive Branch of the Government, subject to applicable constitutional and statutory limitations and to judicially fashioned rules to enforce those limitations.

Four members of the Court dissented in two judgments. Douglas J. with Brennan J. concurring followed the dissents in *Sorrells* and *Sherman* and concluded that the federal prosecutor here played "a debased role" when he became the "instigator" of the crime by supplying an ingredient needed to manufacture the illegal drug. Stewart J. dissented (Brennan and Marshall JJ. concurring) and likewise adopted the dissenting viewpoint in the two prior cases. The *Sorrells* and *Sherman* majorities in this view stand for the limitation of the entrapment doctrine "to those who would be otherwise innocent", that is those who would not have committed the crime but for the government's inducement (p. 440). Stewart J. would apply the principle of the minority view in both cases and thereby place the focus upon "whether the police conduct falls below standards for the proper use of governmental power", or as Stewart J. put it at p. 441:

Phrased another way, the question is whether—regardless of the predisposition to crime of the particular defendant involved—the governmental agents have acted in such a way as is likely to instigate or create a criminal offense. Under this approach, the determination of the lawfulness of the Government's conduct must be made—as it is on all questions involving the legality of law enforcement methods—by the trial judge, not the jury.

Il est évident que la majorité dans l'arrêt *Russell*, la provocation policière ne doit pas être utilisée comme une aune variable pour mesurer la conduite de la poursuite. Le juge Rehnquist poursuit, à la p. 435:

[TRADUCTION] Mais la défense de provocation policière qu'énoncent ces décisions ne visait pas à donner aux cours fédérales un droit de veto absolu sur des méthodes policières qu'elles n'approuvent pas. En vertu de notre constitution, l'application des lois fédérales est d'abord confiée au pouvoir exécutif, sous réserve des restrictions constitutionnelles et légales applicables et des règles que les cours ont établies pour les faire appliquer.

Quatre membres de la Cour ont exprimé leur dissidence dans deux jugements. Le juge Douglas (le juge Brennan a souscrit à ses motifs) a suivi les motifs de dissidence dans les arrêts *Sorrells* et *Sherman* et conclu que la poursuite fédérale a joué en l'espèce [TRADUCTION] «un rôle avilissant» lorsqu'elle est devenue [TRADUCTION] «l'instigateur» du crime en fournissant un ingrédient nécessaire à la fabrication d'une drogue illégale. Le juge Stewart, dissident, (les juges Brennan et Marshall ont souscrit à ses motifs) a lui aussi adopté les motifs de dissidence des deux arrêts antérieurs. Dans cette optique, les juges majoritaires dans les arrêts *Sorrells* et *Sherman* préconisent de restreindre la doctrine de la provocation policière [TRADUCTION] «aux personnes qui seraient innocentes par ailleurs», c'est-à-dire les personnes qui n'auraient pas commis le crime si elles n'y avaient pas été incitées par le gouvernement (à la p. 440). Le juge Stewart aurait appliqué le principe de la minorité dans ces deux affaires et mis ainsi l'accent sur [TRADUCTION] «la question de savoir si la conduite de la police est en deçà des normes d'utilisation à bon escient du pouvoir gouvernemental», ou comme le dit le juge Stewart (à la p. 441):

[TRADUCTION] En d'autres mots, la question est de savoir si, indépendamment de la prédisposition au crime du défendeur en question, les fonctionnaires du gouvernement ont agi de façon à vraisemblablement encourager ou créer une infraction criminelle. Dans cette optique, il appartient au juge du procès, non au jury, de décider de la légalité de la conduite du gouvernement, comme c'est le cas pour toutes les questions qui soulèvent la légalité des méthodes policières.

The minority prefers an application whereby the “predisposed” or “otherwise innocent” condition of the defendant is irrelevant because “this subjective test means that the Government is permitted to entrap a person with a criminal record or bad reputation, and then to prosecute him for the manufactured crime . . .” [pp. 443-44].

From a review of the earlier decisions the appropriate rule in the minority view is expressed to be (*per* Stewart J. at p. 445):

But when the agents’ involvement in criminal activities goes beyond the mere offering of such an opportunity, and when their conduct is of a kind that could induce or instigate the commission of a crime by one not ready and willing to commit it, then—regardless of the character or propensities of the particular person induced—I think entrapment has occurred.

On principle the supply by a government agent to the defendant of an essential ingredient not otherwise obtainable was precisely the type of governmental conduct that amounts to entrapment in the view of the minority. Therefore, regardless of the defendant’s “predisposition” or “innocence”, he was entrapped. Neither dissenting judgment deals with the proper disposition of such a case. The reversal of the conviction at trial by the Court of Appeals may have entailed a quashing of the indictment or a dismissal of the charge but the Report [(1972), 459 F. 2d 671] is ambiguous. *Vide* also *Hampton v. United States* (1976), 425 U.S. 484, where entrapment emerged in some of the judgments of the Court but as the discussion centered on constitutional aspects, the case is not here helpful.

In the course of this developing case law in the American courts the American Law Institute published a proposed *Model Penal Code*, 1962. With reference to entrapment the following was proposed:

Section 2.13. Entrapment.

(1) A public law enforcement official or a person acting in cooperation with such an official perpetrates

La minorité préfère appliquer le principe en faisant abstraction des «predispositions» du défendeur ou du fait qu’il soit «par ailleurs innocent» parce que [TRADUCTION] «le critère subjectif signifie que le gouvernement peut tendre un piège à une personne qui a déjà un dossier criminel ou une mauvaise réputation, puis la poursuivre pour le crime qu’il a provoqué . . .» (aux pp. 443 et 444).

Passant en revue les décisions antérieures, le juge Stewart, au nom de la minorité, énonce la règle applicable en ces termes, à la p. 445:

[TRADUCTION] Mais lorsque la participation des policiers dans les activités criminelles va plus loin que le simple fait d’offrir une occasion de ce genre, et lorsque leur conduite est telle qu’elle peut inciter ou provoquer la perpétration d’un crime par une personne qui n’est ni prête ni disposée à le commettre, alors, peu importe la moralité ou les propensions de la personne sollicitée, je crois qu’il y a provocation policière.

En principe, le fait qu’un fonctionnaire du gouvernement fournisse au défendeur un ingrédient essentiel qui ne pouvait être obtenu autrement est précisément le genre de conduite gouvernementale qui, de l’avis des juges de la minorité, constitue la provocation policière. Par conséquent, le défendeur était pris au piège, peu importe ses «predispositions» ou son «innocence». Aucun des jugements en dissidence ne parle du sort définitif d’un cas de ce genre. Il se peut que l’infirmité par la Cour d’appel, de la condamnation prononcée au procès ait entraîné l’annulation de l’acte d’accusation ou le rejet de l’accusation, mais le recueil [(1972), 459 F. 2d 671] est ambigu sur ce point. Voir également *Hampton v. United States* (1976), 425 U.S. 484, dans lequel on a évoqué la provocation policière dans certains des motifs de jugement de la Cour, mais comme le débat portait surtout sur des aspects constitutionnels, cet arrêt n’est pas utile en l’espèce.

Dans le cadre de la jurisprudence élaborée par les tribunaux américaines, l’American Law Institute a publié en 1962 un projet de *Model Penal Code*. Concernant la provocation policière, on y suggère ce qui suit:

[TRADUCTION] Article 2.13. Provocation policière.

(1) Un représentant de l’autorité publique ou une personne agissant de concert avec lui est coupable de

an entrapment if for the purpose of obtaining evidence of the commission of an offense, he induces or encourages another person to engage in conduct constituting such offense by either:

(a) making knowingly false representations designed to induce the belief that such conduct is not prohibited; or

(b) employing methods of persuasion or inducement which create a substantial risk that such an offense will be committed by persons other than those who are ready to commit it.

(2) Except as provided in Subsection (3) of this Section, a person prosecuted for an offense shall be acquitted if he proves by a preponderance of evidence that his conduct occurred in response to an entrapment. The issue of entrapment shall be tried by the Court in the absence of the jury.

(3) The defense afforded by this Section is unavailable when causing or threatening bodily injury is an element of the offense charged and the prosecution is based on conduct causing or threatening such injury to a person other than the person perpetrating the entrapment.

See also the Brown Commission proposal for a new federal Criminal Code to the same effect (1971), sec. 702(2). The American entrapment jurisprudence has been the source of much academic comment in the United States as well as in Canada and the United Kingdom. *Vide: Park, The Entrapment Controversy* (1976), 60 Minn. L.R. 163; Friedland, *Controlling Entrapment* (1982), 32 U. of T. L.J. 1; Barlow, *Entrapment and the Common Law* (1978), 41 Mod. L.R. 266.

The earliest reference in the Canadian cases to the defence now commonly referred to as entrapment is found in *Amsden v. Rogers* (1916), 26 C.C.C. 389. Like several of the cases which follow, other grounds were found for the dismissal of charges, here the lack of precision in the evidence establishing the locus of the offence to be within the province of charge. In the course of disposing of the appeal on this basis Lamont J., then in the Supreme Court of Saskatchewan, stated:

I do not say that in their efforts to secure evidence in cases where crimes have been committed the officers of

provocation policière si, dans le but d'obtenir la preuve de la perpétration d'une infraction, il incite ou encourage une autre personne à se livrer à une activité constituant cette infraction,

a) en donnant sciemment de faux renseignements visant à lui faire croire que cette activité n'est pas prohibée, ou

b) en utilisant des méthodes de persuasion et d'incitation qui créent un risque réel que cette infraction soit commise par des personnes autres que celles qui étaient prêtes à la commettre.

(2) Sous réserve des dispositions du paragraphe (3) du présent article, une personne poursuivie pour une infraction doit être acquittée si elle établit par une preuve prépondérante que sa conduite résulte de la provocation policière. La question de la provocation doit être jugée par la cour en l'absence du jury.

(3) Le moyen de défense prévu au présent article ne peut être soulevé lorsque le fait de causer ou de menacer de causer des lésions corporelles est un élément de l'infraction reprochée et que la poursuite se fonde sur des voies de fait ou des menaces de voies de fait à l'endroit d'une personne autre que l'auteur de la provocation policière.

Voir également au même effet le nouveau Code criminel fédéral proposé par la Commission Brown, (1971), par. 702(2). La jurisprudence américaine sur la provocation policière est à l'origine de nombreux articles aux États-Unis aussi bien qu'au Canada et au Royaume-Uni. Voir: *Park, The Entrapment Controversy* (1976), 60 Minn. L.R. 163; *Friedland, Controlling Entrapment* (1982), 32 U. of T. L.J. 1; *Barlow, Entrapment and the Common Law* (1978), 41 Mod. L.R. 266.

On trouve la plus ancienne décision canadienne qui mentionne la défense qu'on appelle habituellement provocation policière dans l'affaire *Amsden v. Rogers* (1916), 26 C.C.C. 389. Comme dans plusieurs des affaires qui ont suivi, les accusations ont été rejetées pour d'autres motifs, dans ce cas-là, le manque de précision de la preuve établissant que l'infraction avait été commise dans la province où l'accusation avait été portée. En touchant l'appel sur ce moyen, le juge Lamont, alors juge de la Cour suprême de la Saskatchewan, a dit:

[TRADUCTION] Je ne dis pas que dans leurs efforts pour obtenir des preuves dans des cas où des crimes ont été

the law are not sometimes entitled to resort to pretense and even false statements. There may be cases where that is necessary in the interests of justice to enable them to secure the evidence, and the fact that an officer has resorted to subterfuge may not cast discredit upon the evidence which he discovers by means thereof. But, in my opinion, it is a different matter where the false statements are made, not for the detection of crime committed but for the purpose of inducing its commission, and inducing its commission in order that the person making these statements may be able to prefer a charge for the offence committed at his solicitation.

This Court in *Lemieux v. The Queen*, [1967] S.C.R. 492, found it unnecessary to accept or reject the defence because on the facts before the Court the defendant has not committed the alleged breaking and entering because by police arrangement the owner of the premises has consented to the entry. The facts were well within the requirement of *Sorrells, et al.* but for the foregoing reason it was unnecessary to settle the issue of entrapment on that appeal. Judson J., however, in giving judgment for the Court asserted, albeit in *obiter* (at p. 496):

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

In the following year, in *Patterson v. The Queen*, [1968] S.C.R. 157, the Court allowed an appeal from conviction on the basis that the offence of keeping a common bawdy house was not disclosed on the record. The policeman who instigated the alleged transaction by an unsolicited telephone call to the accused was described in the Court of Appeal as an *agent provocateur* but nothing indicates that the defence of entrapment was advanced before this Court. As in *Lemieux* the appeal turned on the failure of the record to disclose the commission of the alleged offence and hence the issue of entrapment did not arise.

In the year following, the Ontario Court of Appeal in *Ormerod, supra*, examined the defence

commis, les policiers n'ont pas parfois le droit d'user de faux semblants et même de faire de fausses déclarations. Il peut se trouver des cas où cela est nécessaire dans l'intérêt de la justice pour leur permettre d'obtenir des preuves, et le fait qu'un policier a employé un subterfuge peut ne pas jeter le doute sur la preuve qu'il découvre par ce moyen. Mais à mon avis, c'est bien différent lorsque les fausses déclarations sont faites non pas pour détecter un crime commis mais pour en provoquer la perpétration, et ce pour que la personne qui fait ces déclarations soit à même de porter une accusation pour l'infraction qu'elle a provoquée.

Dans l'arrêt *Lemieux c. La Reine*, [1967] R.C.S. 492, cette Cour a conclu qu'il n'était pas nécessaire d'accepter ou de rejeter ce moyen de défense parce que, suivant les faits soumis à la Cour, le défendeur n'avait pas commis l'effraction parce qu'en vertu de l'arrangement avec la police, le propriétaire des lieux y avait consenti. Les faits cadraient bien dans les exigences des arrêts *Sorrells* et autres, mais pour le motif susmentionné, il n'était pas nécessaire de trancher la question de la provocation policière dans ce pourvoi. Cependant, dans le jugement qu'il a prononcé au nom de la Cour, le juge Judson a dit, bien que ce soit un *obiter*, (à la p. 496):

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

L'année suivante, dans l'arrêt *Patterson c. La Reine*, [1968] R.C.S. 157, la Cour a accueilli un pourvoi contre une déclaration de culpabilité pour le motif que le dossier ne révélait pas l'infraction qui consiste à tenir une maison de débauche. La Cour d'appel avait qualifié d'agent provocateur le policier qui avait provoqué l'opération imputée au moyen d'un coup de téléphone non sollicité à l'accusé, mais rien n'indique que la défense de provocation policière a été soulevée devant cette Cour. Comme dans l'arrêt *Lemieux*, le pourvoi a été accueilli pour le motif que le dossier n'indiquait pas que l'infraction imputée avait été commise et, ainsi, la question de la provocation policière n'a pas été soulevée.

L'année suivante, dans l'arrêt *Ormerod*, précité, la Cour d'appel de l'Ontario a examiné cette

and in the view of Laskin J.A., as he then was, if there be a general defence an element must be the presence of "... such calculated inveigling and persistent importuning of the accused ... as to go beyond ordinary solicitation of a suspected drug seller" (at p. 238). The exploratory views there expressed seem to be that if the defence had its place in the common law it would be in the Court's inherent power to prevent abuse of its processes.

R. v. Shipley, [1970] 2 O.R. 411, records the first judicial application of the defence in this country. The undercover policeman acknowledged that there was no reason to suspect the accused of trafficking in drugs and that the policeman was desirous not "of developing evidence against the accused or to catch him in trafficking". His primary interest in the transactions which followed was to find out the identity of the accused's suppliers. McAndrew Co. Ct. J. found that without the inducement held out by the officer the accused would not have offended the *Narcotic Control Act*. The Court applied the dictum of *Sorrells, supra*, to the effect that the officer had done more than supply the opportunity to commit the offence; he had in fact instigated the offence by putting the idea into the mind of the accused; and stayed the prosecution on the authority of the Ontario Court of Appeal decision in *R. v. Osborn*, [1969] 1 O.R. 152, (subsequently reversed in this Court, [1971] S.C.R. 184). See also *R. v. MacDonald* (1971), 15 C.R.N.S. 122 (B.C. Prov. Ct.)

The British Columbia Court of Appeal rejected the defence of entrapment on the facts in *R. v. Chernecki, supra*, but in doing so applied the words of Judson J. in *Lemieux, supra*, observing that no such defence was then known to the law in this country (*per Bull J.A.*, pp. 232-33). Notwithstanding the *Chernecki* decision, Cronin Prov. Ct. J. (B.C.) applied the defence of entrapment in *R. v. Haukness*, [1976] 5 W.W.R. 420, and found the accused not guilty. In *R. v. Sirois*, [1972] 2 W.W.R. 149, Greschuk J. of the Supreme Court of Alberta applied the test in *Sorrells* and rejected the defence on the facts. Similarly, the Nova

défense et, selon l'opinion du juge Laskin, maintenant Juge en chef du Canada, si un moyen de défense général doit exister, un de ses éléments doit être la présence [TRADUCTION] «... d'un piège calculé et de sollicitations répétées de l'accusé... qui vont plus loin que l'incitation ordinaire à l'égard d'un individu soupçonné de vendre de la drogue» (à la p. 238). On a semblé vouloir dire que si la défense existait en *common law*, la Cour aurait le pouvoir inhérent d'empêcher qu'on y ait recours de façon abusive.

Le jugement dans l'affaire *R. v. Shipley*, [1970] 2 O.R. 411 constitue la première application judiciaire de ce moyen de défense au pays. L'agent secret y a reconnu qu'il n'y avait pas de raison de soupçonner l'accusé de faire le trafic de stupéfiants et qu'il ne souhaitait pas [TRADUCTION] «monter une preuve contre l'accusé ou le prendre en flagrant délit de trafic». Son principal but dans les opérations qui ont suivi était de découvrir l'identité des fournisseurs de l'accusé. Le juge McAndrew de la Cour de comté a conclu que l'accusé n'aurait pas enfreint la *Loi sur les stupéfiants* si le policier ne l'y avait pas encouragé. La Cour a appliqué le dictum de l'arrêt *Sorrells*, précité, suivant lequel le policier avait fait plus que fournir l'occasion de commettre l'infraction; il avait en fait incité à la perpétration de l'infraction en en faisant germer l'idée dans l'esprit de l'accusé. La Cour a ordonné la suspension des procédures en se fondant sur l'arrêt *R. v. Osborn*, [1969] 1 O.R. 152, de la Cour d'appel de l'Ontario (que cette Cour a infirmé par la suite: [1971] R.C.S. 184). Voir également *R. v. MacDonald* (1971), 15 C.R.N.S. 122 (C.P.C.-B.)

Dans l'arrêt *R. v. Chernecki*, précité, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté la défense de provocation policière compte tenu des faits, mais elle a appliqué à cette fin les mots du juge Judson dans l'arrêt *Lemieux*, précité, faisant remarquer que le droit de notre pays ne reconnaissait pas alors ce moyen de défense (le juge Bull, aux pp. 232 et 233). Nonobstant l'arrêt *Chernecki*, le juge Cronin de la Cour provinciale de la Colombie-Britannique a appliqué la défense de provocation policière dans la décision *R. v. Haukness*, [1976] 5 W.W.R. 420, et a déclaré l'accusé non coupable. Dans l'arrêt *R. v. Sirois*, [1972] 2

Scotia Court of Appeal in *R. v. Bonnar* (1975), 34 C.R.N.S. 182, after a comprehensive review of the law of entrapment in the United States and the tentative discussions of the doctrine in the courts of this country, found on the facts no basis for the defence because the undercover agent (not a policeman) "afforded the accused the opportunity to commit the offence [but] he did not induce him to commit it" (p. 194). In *obiter* Macdonald J.A., speaking for the Court, expressed the view at p. 192:

... that proceedings should be stayed or the accused discharged if it is clear that the accused did not have a prior intention or predisposition to commit the offence with which he is charged but committed it only because the conduct of the agent provocateur was (as Laskin J.A. said in *Regina v. Ormerod* ...) such calculating, inveigling and persistent importuning as went beyond ordinary solicitation. In such a situation there is an abuse of the process of the Court and something that is contrary to public policy. Indeed such conduct by an agent provocateur strikes at the very foundation of the system and administration of criminal justice in a free and democratic society and just cannot be permitted or condoned.

As in *Sorrells*, *supra* the foregoing indicates the need for the presence of two elements:

- (a) the absence of prior intention or predisposition in the accused to commit the offence; and
- (b) the commission of the offence because of the conduct of the police agent when it amounts to calculating, inveigling and persistent importuning.

There is a brief reference to entrapment in the Report of the Canadian Committee on Corrections (the Ouimet Report, 1969) where at pp. 75-76 it is stated:

... the function of law enforcement officers is to *detect* crime, not to *create* or *encourage* crime ... the use of persuasion or unfair means to induce the commission of an offence by a person who had no pre-existing intention to commit it, and who would not have committed the

W.W.R. 149, le juge Greschuk de la Cour suprême de l'Alberta a appliqué le critère de l'arrêt *Sorrells* et a rejeté ce moyen de défense en raison des faits. De même, dans l'arrêt *R. v. Bonnar* (1975), 34 C.R.N.S. 182, après avoir longuement passé en revue le droit relatif à la provocation policière aux États-Unis et les discussions provisoires de la doctrine par les cours canadiennes, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a conclu que les faits ne permettaient pas d'appliquer cette défense parce que l'agent secret (qui n'était pas un policier) [TRADUCTION] «a fourni à l'accusé l'occasion de commettre l'infraction [mais] ne l'a pas incité à la commettre» (à la p. 194). Le juge Macdonald, qui a prononcé le jugement de la Cour à la p. 192, a dit en *obiter*:

[TRADUCTION] ... que les procédures doivent être suspendues ou l'accusé libéré s'il est évident que l'accusé n'avait pas déjà l'intention de commettre l'infraction dont il est accusé ou une propension à la commettre mais qu'il l'a commise parce que la conduite de l'agent provocateur était (comme l'a dit le juge Laskin dans l'arrêt *Regina v. Ormerod*) un piège calculé et des sollicitations répétées qui allaient plus loin que l'incitation ordinaire. Dans un tel cas, il y a abus de procédures et la conduite policière est contraire à l'ordre public. De fait, une telle conduite de la part d'un agent provocateur sape à la base même le système et l'administration de la justice criminelle dans une société libre et démocratique et ne peut absolument pas être permise ni excusée.

Comme dans l'arrêt *Sorrells*, précité, ce passage indique la nécessité de retrouver deux éléments:

- a) l'absence, chez l'accusé, d'une intention préalable de commettre l'infraction ou d'une propension à la commettre, et
- b) la perpétration de l'infraction à cause de la conduite du policier lorsqu'elle équivaut à un piège calculé ou à des sollicitations répétées.

Le Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle (le rapport Ouimet, 1969) mentionne brièvement la provocation policière aux pp. 75 et 76:

... le rôle des fonctionnaires chargés de l'application de la loi est de *détecter* le crime et non de le *susciter* ou *l'encourager* ... le Comité estime qu'il est tout à fait indéfendable de recourir à la persuasion ou à des moyens malhonnêtes pour pousser à commettre un crime une

offence but for the instigation of law enforcement officers or an *agent provocateur* employed by them, is in the opinion of the Committee wholly indefensible.

With respect to the defence of entrapment the Committee recommended legislation at pp. 79-80, which would provide:

1. That a person is not guilty of an offence if his conduct is instigated by a law enforcement officer or agent of a law enforcement officer, for the purpose of obtaining evidence for the prosecution of such person, if such person did not have a pre-existing intention to commit the offence.
2. Conduct amounting to an offence shall be deemed not to have been instigated where the defendant had a pre-existing intention to commit the offence when the opportunity arose and the conduct which is alleged to have induced the defendant to commit the offence did not go beyond affording him an opportunity to commit it.
3. The defence that the offence has been instigated by a law enforcement officer or his agent should not apply to the commission of those offences which involve the infliction of bodily harm or which endanger life.

The Report of the Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police (The McDonald Commission, 1981) made a somewhat similar recommendation with reference to the defence of entrapment. See Second Report, vol. II, at p. 1053.

If there be a defence of entrapment available to the accused in the circumstances of this appeal it cannot be of statutory origin for it is not to be found in the *Criminal Code*. If a defence arises in the common law it can only find its way into the courts through s. 7(3) of the *Code*:

7. . . .

(3) Every rule and principle of the common law that renders any circumstance a justification or excuse for an act or a defence to a charge continues in force and applies in respect of proceedings for an offence under this Act or any other Act of the Parliament of Canada, except in so far as they are altered by or are inconsistent with this Act or any other Act of the Parliament of Canada.

personne qui ne l'avait aucunement projeté et qui ne l'aurait pas commis n'eût été l'incitation des fonctionnaires chargés de l'application de la loi, ou d'un agent provocateur à leur service.

Relativement à la défense de provocation policière, le Comité a recommandé, aux pp. 81 à 86, que la loi prévoit:

1. qu'une personne n'est pas coupable d'une infraction si sa conduite résulte de l'instigation d'un fonctionnaire chargé de l'application de la loi, ou de l'agent d'un tel fonctionnaire, dont le but est de recueillir des éléments de preuve permettant de poursuivre cette personne, si elle n'était pas, avant cette incitation, disposée à commettre l'infraction;
2. qu'un comportement équivalent à une infraction est censé ne pas être le fruit d'une incitation si l'accusé avait projeté de commettre l'infraction, advenant qu'il en ait l'occasion et que celui qui est censé avoir poussé l'accusé à commettre l'infraction s'est limité à lui procurer l'occasion de la commettre;
3. que le moyen de défense fondé sur le fait que l'infraction a été le fruit d'une incitation par un fonctionnaire chargé de l'application de la loi, ou son agent, ne devrait pas s'appliquer à la commission des infractions qui comportent des lésions corporelles ou qui mettent la vie en danger.

Le Rapport de la Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada (la Commission McDonald, 1981) a fait une recommandation en ce sens relativement à la défense de provocation policière. Voir le second rapport, vol. II, à la p. 1053.

Si, dans les circonstances de l'espèce, l'accusé peut soulever une défense de provocation policière, cette défense n'a pas de fondement législatif puisqu'on ne la trouve pas dans le *Code criminel*. Si cette défense existe en *common law*, on ne peut la soulever qu'en invoquant le par. 7(3) du *Code*:

7. . . .

(3) Chaque règle et chaque principe de la *common law* qui font d'une circonstance une justification ou excuse d'un acte, ou un moyen de défense contre une inculpation, demeurent en vigueur et s'appliquent à l'égard des procédures pour une infraction visée par la présente loi ou toute autre loi du Parlement du Canada, sauf dans la mesure où ils sont modifiés par la présente loi ou une autre loi du Parlement du Canada ou sont incompatibles avec l'une d'elles.

This provision in turn only supports the application of such a defence if subs. (3) has a continuing prospective character when properly construed. The Chief Justice assumes this to be the case in *Kirzner, supra*, at p. 496:

I do not think that s. 7(3) should be regarded as having frozen the power of the Courts to enlarge the content of the common law by way of recognizing new defences, as they may think proper according to circumstances that they consider may call for further control of prosecutorial behaviour or of judicial proceedings.

Bull J.A. in *Chernecki, supra*, on the other hand, appears to take the opposite view of s. 7(3). The conventional view has been that the common law is always speaking. Some theories hold that it is a process of discovery, others of evolution. Whatever it might be properly classified to be in jurisprudence it would take the clearest and most precise language in a statute which purports to incorporate the principles of common law to so construe it as to crystallize the common law at the date of enactment of the statute. If so, the importation of common law principles would be limited to those which had crystallized and developed prior to the effective date of the statute. Section 7(3) does not employ such words. It is at most ambiguous, susceptible either to the static view or to the view that it makes reference to the common law as an evolving, developing system of rules and principles. Where a statute might be read as displacing the common law the appropriate canon of interpretation is a preference for that construction which preserves the rule of common law where it can be done consistently with the statute. By analogy the common law would be allowed to develop defences not inconsistent with the provisions of the *Code* if the construction adopted was prospective. For this conclusion I find support in the Report of the Imperial Commissioners of the draft Code of 1879, s. 19 of which is the forerunner of our present s. 7(3). The Commissioners explained the inclusion of s. 19 (now s. 7(3)) as follows, at Volume I, p. 10 of their Report:

But whilst we exclude from the category of indictable offences any culpable act or omission not provided for by this or some other Act of Parliament, there is another

Par contre, cette disposition appuie l'application de ce moyen de défense uniquement si le par. (3), lorsqu'on l'interprète correctement, continue à produire ses effets pour l'avenir. Dans l'arrêt *Kirzner*, précité, à la p. 496, le Juge en chef présume que c'est le cas:

Je ne crois pas que le par. 7(3) interdise aux tribunaux d'étendre le contenu de la *common law* en admettant de nouveaux moyens de défense, qu'ils peuvent estimer appropriés s'il leur semble que les circonstances requièrent un contrôle plus serré de la conduite de la poursuite et des procédures judiciaires.

Par contre, dans l'arrêt *Chernecki*, précité, le juge Bull semble analyser le par. 7(3) de façon contraire. On estime d'ordinaire que la *common law* s'applique toujours. Selon certaines théories, c'est un processus de découverte, selon d'autres, un processus d'évolution. Quelle que soit la classification que lui attribue la jurisprudence, il faudrait qu'une loi qui prétend incorporer les principes de la *common law* emploie les termes les plus clairs et les plus précis pour qu'on puisse dire qu'elle cristallise la *common law* à la date de son adoption. Dans ce cas, l'importation des principes de la *common law* se limiterait à ceux qui sont déjà cristallisés et qui ont été élaborés avant la date d'entrée en vigueur de la loi. Le paragraphe 7(3) n'emploie pas de tels termes. Il est au plus ambigu, et on peut considérer qu'il est statique ou qu'il se rapporte à la *common law* comme à un ensemble de règles et de principes qui évoluent et se développent. Quand on peut dire d'une loi qu'elle remplace la *common law*, la règle d'interprétation qui s'impose est celle qui permet le maintien de la règle de la *common law*, lorsque cela est possible sans déroger à la loi. Par analogie, si l'interprétation adoptée tient compte des effets futurs de la *common law*, on permettrait à celle-ci de créer des moyens de défense compatibles avec les dispositions du *Code*. J'appuie cette conclusion sur le Rapport de la Commission impériale sur le projet de Code de 1879, dont l'art. 19 est le précurseur de notre par. 7(3) actuel. Les commissaires ont expliqué comme suit l'inclusion de l'art. 19 (maintenant le par. 7(3)) au Volume I, p. 10 de leur Rapport:

[TRADUCTION] Mais bien que nous excluons de la catégorie des actes criminels tout acte ou toute omission coupables qui ne sont pas prévus par la présente loi ou

branch of the unwritten law which introduces different considerations; namely, the principles which declare what circumstances amount to a justification or excuse for doing that which would be otherwise a crime, or at least would alter the quality of the crime. In the cases of ordinary occurrence, the decisions of the Courts and the opinions of great lawyers enable us to say how the principles of the law are to be applied. And so far the unwritten law may be digested without extreme difficulty and with practical advantage, and so far also it may be settled and rendered certain.

In our opinion the principles of the common law on such subjects, when rightly understood, are founded on sense and justice. There are a few points on which we venture to suggest alterations, which we shall afterwards state in detail. At present we desire to state that in our opinion it is, if not absolutely impossible, at least not practicable, to foresee all the various combinations of circumstances which may happen, but which are of so unfrequent occurrence that they have not hitherto been the subject of judicial consideration, although they might constitute a justification or excuse, and to use language at once so precise and clear and comprehensive as to include all cases that ought to be included, and not to include any case that ought to be excluded.

We have already expressed our opinion that it is on the whole expedient that no crimes not specified in the Draft Code should be punished, though in consequence some guilty persons may thus escape punishment. But we do not think it desirable that, if a particular combination of circumstances arises of so unusual a character that the law has never been decided with reference to it, there should be any risk of a Code being so framed as to deprive an accused person of a defence to which the common law entitles him, and that it might become the duty of the judge to direct the jury that they must find him guilty, although the facts proved did show that he had a defence on the merits, and would have an undoubted claim to be pardoned by the Crown. While, therefore, digesting and declaring the law as applicable to the ordinary cases, we think that the common law so far as it affords a defence should be preserved in all cases not expressly provided for. This we have endeavoured to do by Section 19 of the Draft Code.

It might also be noted that in recent years this Court has adverted to common law defences of duress (*Paquette v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 189), necessity (*Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616), and due diligence (*R. v. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299), without exclusive

par une autre loi du Parlement, il y a une autre partie du droit non écrit qui introduit des considérations différentes; il s'agit des principes qui énoncent quelles circonstances permettent de justifier ou d'excuser ce qui serait par ailleurs un acte criminel ou du moins de modifier la nature de l'acte criminel. Dans les cas courants les décisions des tribunaux et les opinions des grands juristes nous permettent de dire comment doivent être appliqués les principes juridiques. Et jusqu'à présent, le droit coutumier peut être codifié sans trop de difficulté et avec un avantage pratique, et il peut en outre être fixé et rendu certain.

A notre avis, les principes de la *common law* sur ces sujets, lorsqu'on les comprend bien, se fondent sur le bon sens et la justice. Nous allons toutefois proposer de modifier certains points que nous énoncerons plus loin en détail. Pour l'instant, nous désirons dire qu'à notre avis, il est, sinon absolument impossible, du moins irréalisable, de prévoir tous les concours de circonstances possibles, mais qui se produisent si peu souvent que les tribunaux ne les ont pas encore examinés, bien qu'ils puissent constituer une justification ou une excuse, et d'employer immédiatement un langage à ce point précis, clair et complet qu'il inclut tous les cas qui doivent l'être et qu'il exclut tous les cas qui doivent l'être.

Nous avons déjà exprimé l'opinion qu'il est dans l'ensemble opportun de ne pas punir les crimes qui ne sont pas prévus de façon précise dans le projet de code, même si en conséquence certains coupables peuvent ainsi échapper au châtement. Mais nous ne croyons pas souhaitable que, devant un concours de circonstances si inhabituelles que le droit n'a jamais été dit à cet égard, il y ait un risque que le Code soit rédigé de façon à priver un accusé d'une défense que lui reconnaît la *common law*, ni que le juge ait l'obligation d'ordonner au jury de le déclarer coupable, même si les faits établis révèlent qu'il a une défense au fond et qu'il pourrait demander avec succès sa grâce à la poursuite. Par conséquent, tout en codifiant et en énonçant le droit qui s'applique aux cas habituels, nous croyons que dans la mesure où elle prévoit une défense la *common law* devrait être maintenue pour tous les cas qui ne sont pas prévus de façon expresse. C'est ce que nous avons essayé de faire dans l'art. 19 du projet de code.

Il faut en outre remarquer qu'au cours des dernières années, cette Cour a parlé des moyens de défense de *common law* que sont la contrainte (*Paquette c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 189), la nécessité (*Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616) et la diligence raisonnable (*R. c.*

concern for the state of the law prior to the 1892 introduction of the *Criminal Code*.

Applying the ordinary rule of construction where statutes and common law meet I conclude that s. 7(3) is the authority for the courts of criminal jurisdiction to adopt, if appropriate in the view of the court, defences including the defence of entrapment. The components of such a defence and the criteria for its application raise other issues.

Having found the way open for the development of defences not contrary to the provisions of the *Code* or other statutes of Canada, consideration must be given to the juristic nature of the doctrine of entrapment. While it is frequently referred to in legal writings and sometimes in the courts as the 'defence of entrapment' it is not a defence in the traditional sense of that term. A successful defence leads to an acquittal on the charge, a determination that the offence has not been committed by the accused. Here, axiomatically, the crime from a physical point of view at least has been committed. Indeed it may be that the necessary intent and act have combined to form a complete crime. The successful application of the doctrine of entrapment, if it be a defence in the ordinary sense, would support an acquittal. The *Criminal Code* authorizes acquittals in somewhat similar circumstances as in the case of the defence of duress. However, as will be seen later, the successful application of the concept of entrapment leads to a stay of prosecution, the court withholding its processes from the prosecution on the basis that such would bring the administration of justice into disrepute. This is an exercise of the inherent powers of the courts. Entrapment is not in a traditional sense a defence. For convenience and ease of reference as well as to conform to the present vocabulary of the law, I sometimes refer to the doctrine as the 'defence of entrapment' although in strict law it is not a defence. Therefore, for this technical reason, it may not be necessary to invoke s. 7(3) other than to illustrate by analogy the continuing flexibility of the criminal law within and without the *Criminal Code*.

Sault Ste-Marie, [1978] 2 R.C.S. 1299), sans s'attacher exclusivement à l'état du droit antérieur à l'adoption du *Code criminel* en 1892.

Appliquant la règle ordinaire d'interprétation lorsque les lois et la *common law* se rencontrent, je conclus que le par. 7(3) permet aux cours de juridiction criminelle d'adopter, si le tribunal l'estime opportun, les moyens de défense dont la provocation policière. Les composantes de ce moyen de défense et les critères de son application soulèvent d'autres questions.

Dès lors qu'il est possible d'élaborer des moyens de défense qui ne sont pas contraires aux dispositions du Code ou des autres lois canadiennes, il faut examiner le caractère juridique de la doctrine de la provocation policière. Même si les textes juridiques et parfois les tribunaux qualifient souvent cette défense de «défense de provocation policière», ce n'est pas un moyen de défense au sens traditionnel de ce terme. Un moyen de défense qui réussit entraîne l'acquittement, la décision que l'accusé n'a pas commis l'infraction. Ici, évidemment le crime, pris au sens matériel du moins, a été commis. Il se peut de fait que l'intention nécessaire et l'acte soient réunis pour former un crime complet. L'application de la doctrine de la provocation policière, si elle constitue un moyen de défense au sens ordinaire, entraînerait l'acquittement. Le *Code criminel* permet l'acquittement dans des cas à peu près semblables, par exemple celui de la défense de contrainte. Cependant, comme on le verra plus loin, l'application du concept de la provocation policière entraîne une suspension des procédures, car le tribunal refusera d'entendre la poursuite pour le motif que cela ternirait l'image de la justice. Il s'agit là pour les tribunaux d'exercer leurs pouvoirs inhérents. La provocation policière n'est pas un moyen de défense au sens traditionnel. Pour plus de commodité, et aussi pour me conformer au vocabulaire juridique actuel, je qualifie parfois cette doctrine de «défense de provocation» bien qu'en droit strict, ce ne soit pas un moyen de défense. Par conséquent, pour cette raison de procédure, il peut ne pas être nécessaire d'invoquer le par. 7(3) si ce n'est pour illustrer par analogie la souplesse constante du droit criminel prévu ou non au *Code criminel*.

The availability of this defence in law and the proper constituent elements of the offence are closely entwined. Assuming the defence to be known to the common law and available in Canadian criminal law, in a proper case what are the component elements, the criteria to be met for its invocation? It is, of course, impossible to cast *in futuro* a set of guides, principles, rules or yardsticks with satisfactory precision and detail. This defence perhaps more than any other will succeed only in an unusual and delicately balanced set of circumstances. Case law will have to paint in the variants. The principal elements or characteristics of the defence are that an offence must be instigated, originated or brought about by the police and the accused must be ensnared into the commission of that offence by the police conduct; the purpose of the scheme must be to gain evidence for the prosecution of the accused for the very crime which has been so instigated; and the inducement may be but is not limited to deceit, fraud, trickery or reward, and ordinarily but not necessarily will consist of calculated inveigling and persistent importuning. The character of the initiative taken by the police is unaffected by the fact that the law enforcement agency is represented by a member of a police force or an undercover or other agent, paid or unpaid, but operating under the control of the police. In the result, the scheme so perpetrated must in all the circumstances be so shocking and outrageous as to bring the administration of justice into disrepute.

At least one relevant circumstance in examining the character in law of the police conduct (such as persistent importuning) is whether the law enforcement agency had a reasonable suspicion that the accused would commit the offence without inducement. By itself and without more the predisposition in fact of the accused is not relevant to the availability of the defence. On the other hand, where the true purpose of the police initiative is to put the enforcement officers in a position to obtain evidence of an offence when committed, absent other circumstances already noted, the concept of entrapment does not arise.

La possibilité de se prévaloir de ce moyen de défense en droit et les éléments particuliers qui composent l'infraction sont intimement liés. Si on tient pour acquis que cette défense est connue en *common law* et qu'elle existe en droit criminel canadien, quels sont dans un cas approprié les éléments qui la composent, les critères qui permettent de s'en prévaloir? Il est évidemment impossible d'énoncer *in futuro* un ensemble de normes, de principes, de règles ou de mesures avec suffisamment de précision et de détail. Peut-être plus que tout autre, ce moyen de défense ne réussira que s'il se présente un ensemble de circonstances inhabituelles et particulières. Les précédents devront établir les nuances. Les éléments principaux ou les caractéristiques du moyen de défense sont qu'une infraction doit être provoquée, amorcée ou occasionnée par la police dont la conduite doit inciter l'accusé à commettre l'infraction; le plan doit avoir pour but de trouver des preuves en vue de poursuivre l'accusé pour le crime même qui a été ainsi provoqué; et l'incitation peut résulter, notamment, de la tromperie, de la fraude, de la supercherie ou d'une récompense, et comportera ordinairement mais pas obligatoirement un piège calculé et des sollicitations répétées. Le fait que le corps policier soit représenté par un policier, un agent secret ou une autre personne, payée ou non, mais qui agit sous les ordres de la police ne change rien à la nature de l'initiative de la police. En définitive, cette machination doit dans tous les cas être si révoltante et si indigne qu'elle ternit l'image de la justice.

Un point important dans l'examen de l'aspect juridique de la conduite policière (du genre des sollicitations répétées), est de savoir si le corps policier pouvait raisonnablement soupçonner que l'accusé commettrait l'infraction sans incitation. Prise isolément et sans rien d'autre, la prédisposition réelle de l'accusé n'a aucun rapport avec la possibilité de se prévaloir de cette défense. Par contre, le concept de la provocation policière n'a pas d'application lorsque le but véritable de l'action policière est de permettre aux policiers d'obtenir la preuve d'une infraction lorsqu'elle est commise, en l'absence des autres circonstances déjà énumérées.

Each case will turn within the influence of these factors according to its own circumstances. The root of the defence must, in my view, be the same as, for example, the exclusion of involuntary confessions. The integrity of the criminal justice system demands the rule. The exclusionary rule in any defence based upon the same ultimate considerations will be difficult of administration; but that is not a fatal consideration. Even if entrapment were found to be based upon a rule of statutory interpretation, as Chief Justice Hughes has said, its application, as for example in *Russell*, *supra*, is difficult. Fine lines are drawn in the determination of guilt and innocence throughout the criminal law. The overriding need in the field which we have been examining on this appeal is for a device in the criminal justice system which will not expose the community to the spectacle of a person being convicted of a crime, the commission of which in substance was the work of the state itself.

As we have seen the United States Supreme Court is ambivalent on the consequences of implementation of the defence of entrapment. The majority view in *Sorrells* and *Russell* has considered it to be a matter for the jury on the proper instructions of the trial judge in the ordinary way. In this process the defence leads the evidence of entrapment and the prosecution has the right of reply. The difficulties with this procedure are described above in excerpts from the minority view from the *Sorrells* case forward. The minority position is that abuse of process is the fundamental safeguard available to the community through the court for the preservation of the integrity of the administration of justice. It is for the courts and no one else to maintain that integrity and to keep the courts free and immune from improper employment by other branches of government. Thus the minority view decries the employment of a rule of statutory construction to find that the accused, although he has committed the crime, has not offended the statute and thereby is entitled to a defence. The minority view meets the problem head-on by acknowledging the commission of the offence but, in the circumstances raised by the defence of entrapment, treating the case as one the

Chaque cas dépendra de l'influence de ces facteurs selon ses circonstances propres. Le fondement de la défense doit, à mon avis, être le même que, par exemple, l'exclusion des confessions qui ne sont pas volontaires. L'intégrité du système de justice criminelle impose cette règle. Il sera difficile d'appliquer la règle d'exclusion dans une défense qui s'appuie sur les mêmes considérations fondamentales; mais cela n'est pas d'une importance capitale. Même si on conclut que la provocation policière se fonde sur une règle d'interprétation des lois, comme l'a dit le juge en chef Hughes, son application, comme dans l'arrêt *Russell*, précité, reste difficile. Dans tout le droit criminel, on fait des distinctions subtiles pour établir la culpabilité et l'innocence. Dans le domaine que nous examinons en l'espèce, il importe avant tout de doter le système de justice criminelle d'un mécanisme qui permette d'éviter d'exposer au public le spectacle d'une personne qui est déclarée coupable d'un crime dont la perpétration découle en substance de la conduite de l'Etat lui-même.

Comme nous l'avons vu, la Cour suprême des États-Unis envisage de deux façons les conséquences de la mise en oeuvre de la défense de provocation policière. Dans les arrêts *Sorrells* et *Russell*, la majorité a estimé que la question devait être soumise au jury avec les directives appropriées données par le juge du procès de la façon ordinaire. En procédant ainsi, la défense fait la preuve de la provocation policière et la poursuite a le droit de la réfuter. Les difficultés que soulève cette procédure sont décrites ci-dessus dans les extraits déjà cités des opinions des juges formant la minorité dans l'arrêt *Sorrells*. Selon eux, la protection contre l'abus de procédures est la garantie fondamentale dont dispose le public, par l'intermédiaire des tribunaux, pour le maintien de l'intégrité de l'administration de la justice. Il appartient aux tribunaux seulement d'assurer le maintien de cette intégrité et de mettre les cours à l'abri des recours abusifs de la part des autres organes du gouvernement. Ainsi, l'opinion minoritaire rejette l'emploi d'une règle d'interprétation des lois pour déclarer que même si l'accusé a commis le crime, il n'a pas enfreint la loi et qu'il a droit par conséquent à une défense. L'opinion minoritaire aborde la question de front en reconnaissant que l'infraction a été

hearing of which in court would be an abuse of the judicial system by the prosecutorial arm of government. The remedy in such a case therefore is a stay of prosecution, a denial of the courts to their improper use by the law enforcement agencies of the community. Sometimes the United States courts quashed the indictment and sometimes simply entered a stay. There seems to be no distinction in the law of that country, at least in this sector of the law, between the remedy of a dismissal, quashing of indictment or indefinite stay of prosecution. The essential difference between the minority and majority is that the latter leave the issue to the jury in the ordinary way as though this were a substantive defence, whereas the minority take the view that the protection of the process of the Court and the institution of the Court in order to preserve it for the discharge of its proper role in the community is a function for the Court and the Court alone. This raises philosophical difficulties when one considers the defence of duress where of course the physical act in question has been committed. The defence is available through the ordinary processes of trial and, if a jury is involved, will include the assessment of all the evidence and circumstances by the jury to determine the success of the defence.

In the case of entrapment, the minority in the United States Supreme Court has concluded that on balance the public interest requires that the administration of justice be safeguarded against the challenge coming from the executive branch of government through the abuse of the judicial process, by the presiding judge himself without the intervention of a jury. This school of thought has in its support the need for continuity of administration of the principle. The realization of an abuse of the judicial branch is a question essentially of law or law and political science and one not by its nature ordinarily assigned to the jury component of the trial courtroom. It would seem, on a pure application of criminal procedure, that a stay is the proper judicial step. I find comfort in this

commise mais, dans les circonstances que soulève la défense de provocation policière, en considérant que l'audition de l'affaire constituerait un abus de procédures judiciaires du gouvernement à titre de poursuivant. En conséquence, le remède dans ce cas consiste à surseoir aux procédures, à refuser aux organismes publics chargés de faire appliquer la loi d'utiliser de façon abusive le recours aux tribunaux. Dans certains cas, les cours américaines ont annulé l'acte d'accusation et dans d'autres, elles ont simplement ordonné la suspension d'instance. Le droit de ce pays ne semble faire aucune distinction, du moins dans ce domaine du droit, entre le rejet de la poursuite, l'annulation de l'acte d'accusation et la suspension d'instance pour une durée indéfinie. La principale différence entre les opinions minoritaires et majoritaires est que ces dernières soumettent la question au jury de la façon ordinaire comme s'il s'agissait d'une défense au fond, alors que la minorité estime qu'il appartient au tribunal et à lui seul de protéger sa fonction et sa constitution afin de s'assurer qu'il remplit le rôle que la société attend de lui. Cela soulève des difficultés d'ordre philosophique lorsqu'on envisage la défense de contrainte alors que l'acte matériel dont il s'agit a effectivement été commis. Le moyen de défense peut être invoqué dans le cours ordinaire du procès et, s'il y a un jury, il comprendra l'examen, par le jury, de toute la preuve et des faits pour décider s'il y a lieu de l'accueillir.

Dans le cas de la provocation policière, les juges minoritaires en la Cour suprême des États-Unis ont conclu qu'à tout prendre, l'intérêt public exige que le juge du procès lui-même protège l'administration de la justice contre les atteintes du pouvoir exécutif par le moyen de l'abus des procédures judiciaires, et ce sans faire intervenir le jury. Cette école de pensée s'appuie sur la nécessité d'uniformiser l'application du principe. La constatation d'un abus de procédures judiciaires est essentiellement une question de droit ou de droit et de science politique et n'est pas, par essence, une question qui est ordinairement soumise au jury appelé à siéger. Si on applique la procédure criminelle de façon stricte, il semble que la suspension d'instance soit la mesure judiciaire qui s'impose.

conclusion in *Bonnar*, *supra*, per Macdonald J.A. at p. 192.

What basis, therefore, do we have in our criminal judicial system for a court staying a prosecution brought in the ordinary way by the executive branch of the government charged with the enforcement of the criminal law? This Court considered its role where abuse of process was advanced as a defence in *R. v. Osborn* which came to this Court from the Ontario Court of Appeal where Jessup J.A., speaking for the Court in [1969] 1 O.R. 152, at p. 155, concluded:

... the courts of this Province have from the earliest times invoked an inherent jurisdiction to prevent the abuse of their process through oppressive or vexatious proceedings.

This brings us then to the basic question as to whether or not after the judgments of this Court in *Osborn* and in *Rourke*, *infra*, there is any jurisdiction in a Canadian criminal court to stay a prosecution on the grounds of abuse of process whether or not that abuse takes the form of the defence of entrapment. The Court of Appeal in *Osborn* was, in the result, reversed in this Court on the grounds that there is no basis in our criminal law for a finding of oppression by reason only of the fact that a multiplicity of charges are successively laid in relation to the same facts. In that case the respondent was acquitted on a charge of having in possession seven cheques intended to be used to commit a forgery. A year later the accused was indicted on a charge of conspiring to commit the indictable offence of uttering the same seven forged cheques. This was found in this Court not to be either oppressive or subject to any remedy such as abuse of process. In the view of Pigeon J. (Martland and Judson JJ. concurring), the issue was very narrow and dealt entirely with the right in the prosecution to come back with the second charge as it did. In his judgment Pigeon J. stated in part at pp. 188-89:

In the instant case, it does not appear to me that I need consider whether the trial judge had jurisdiction to make the order that the Court of Appeal held he should have made.

J'appuie cette conclusion sur les motifs du juge Macdonald dans l'arrêt *Bonnar*, précité, à la p. 192.

Par conséquent, qu'est-ce qui, dans notre système pénal, permet à une cour de suspendre une instance introduite de la façon ordinaire par l'exécutif du gouvernement chargé de l'application de la loi criminelle? Cette Cour a examiné son rôle quand on a soulevé l'abus de procédures dans l'affaire *R. c. Osborn*, un pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario dans lequel le juge Jessup a conclu, au nom de la Cour d'appel, à [1969] 1 O.R. 152, à la p. 155:

[TRADUCTION] ... les cours de cette province ont de tous temps invoqué une compétence inhérente pour empêcher l'abus de procédures devant elles au moyen de procédures opprimantes ou vexatoires.

Cela nous amène alors à la question fondamentale de savoir si, après les arrêts de cette Cour *Osborn* et *Rourke*, cité plus loin, une cour criminelle au Canada a compétence pour suspendre une instance en raison d'un abus de procédure, peu importe que cet abus prenne la forme de la défense de provocation policière. Cette Cour a en définitive infirmé la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Osborn* pour le motif que rien dans notre droit criminel ne permet de conclure à l'oppression simplement parce qu'on porte successivement une multiplicité d'accusation relativement aux mêmes faits. Dans cette affaire, l'intimé a été acquitté d'une accusation d'avoir eu en sa possession sept chèques destinés à servir pour commettre un faux. Un an plus tard, la même personne a été accusée d'avoir comploté en vue de commettre l'acte criminel qu'est la présentation de ces sept mêmes chèques falsifiés. Cette Cour a décidé que cette poursuite n'était pas oppressive ni susceptible d'un recours tel l'abus de procédure. De l'avis du juge Pigeon (auquel souscrivent les juges Martland et Judson), la question était très restreinte et portait entièrement sur le droit de la poursuite de porter comme elle l'a fait une seconde accusation. Dans les motifs de sa décision, le juge Pigeon dit notamment, aux pp. 188 et 189:

Dans la présente affaire, j'estime inutile de considérer si le Juge de première instance avait le pouvoir de rendre l'ordonnance que, selon la Cour d'appel, il aurait dû rendre.

In this country, Parliament's conception of fairness has always been . . . that when a conviction is quashed (Cr. Code, sec. 592(2)) a new trial can be ordered instead of an acquittal and such is always the order made except in special circumstances.

In reaching his conclusion Pigeon J. cited from the British decision of *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, [1964] A.C. 1254, and particularly from the judgments of Lord Morris at p. 1301 and Lord Hodson at p. 1336 wherein repeated reference was made to an inherent power of a court to control its own processes, but that such power should not be used simply on the basis that a court would have preferred that the charge in question not have been brought. The minority in *Osborn* simply found that the facts did not give rise to oppression and consequently it was unnecessary to determine the extent to which the doctrine of the abuse of process might be employed in our criminal courts. The Chief Justice simply agreed that the appeal should be allowed and gave no reason.

Before proceeding to an examination of the decision of this Court in *Rourke, supra*, one should examine briefly the judgments in *Connelly v. Director of Public Prosecutions, supra*. Lord Reid, at p. 1296, after disposing of the narrow question then before the Court, stated:

But I think there must always be a residual discretion to prevent anything which savours of abuse of process.

Lord Morris, at p. 1304, narrowed the discretion somewhat by stating:

It would, in my judgment, be an unfortunate innovation if it were held that the power of a court to prevent any abuse of its process or to ensure compliance with correct procedure enabled a judge to suppress a prosecution merely because he regretted that it was taking place.

Lord Devlin, on the other hand, at p. 1347, took a much broader view of the authority of the Court to protect its own processes:

Under the first head I must observe that nearly the whole of the English criminal law of procedure and evidence has been made by exercise of the judges of

Dans notre pays, le législateur a toujours . . . estimé équitable le principe d'un nouveau procès au lieu d'un acquittement quand la condamnation est annulée, [Code cr., art. 592(2)] et la décision est invariablement en ce sens, sauf dans des circonstances spéciales.

Dans le cadre de son raisonnement, pour appuyer sa conclusion, le juge Pigeon a cité des extraits de l'arrêt britannique *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, [1964] A.C. 1254, et en particulier des motifs de jugement de lord Morris à la p. 1301 et de lord Hodson à la p. 1336, dans lesquels on réitère qu'une cour a le pouvoir inhérent de contrôler sa propre procédure, mais qu'elle ne doit pas utiliser ce pouvoir simplement parce qu'elle aurait préféré que l'accusation n'ait pas été portée. Dans l'arrêt *Osborn*, les juges de la minorité ont simplement constaté que les faits ne permettaient pas de conclure qu'il y a eu oppression et qu'il n'était par conséquent pas nécessaire de décider dans quelle mesure nos cours criminelles doivent employer la doctrine de l'abus de procédure. Le Juge en chef s'est simplement dit d'accord pour accueillir le pourvoi et n'a pas donné de motifs.

Avant de passer à l'examen de l'arrêt de cette Cour dans l'affaire *Rourke*, précitée, il y a lieu d'examiner brièvement les motifs de l'arrêt *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, précité. Après avoir répondu à la question restreinte soumise alors à la Cour, lord Reid a dit, à la p. 1296:

[TRADUCTION] Mais je crois qu'il doit toujours y avoir un pouvoir discrétionnaire résiduel pour empêcher quoi que ce soit qui sente l'abus de procédure.

Lord Morris a quelque peu restreint le pouvoir discrétionnaire en disant, à la p. 1304:

[TRADUCTION] Ce serait à mon avis une innovation malheureuse que de décider que le pouvoir d'un tribunal de prévenir tout abus de procédure ou de veiller à l'observation de la procédure convenable, permet à un juge d'annuler une poursuite simplement parce qu'elle lui répugne.

Par contre, lord Devlin, à la p. 1347, a envisagé plus largement le pouvoir de la cour de protéger ses propres procédures.

[TRADUCTION] Sur le premier point, je dois faire remarquer que presque tout le droit criminel anglais concernant la procédure et la preuve provient de l'exer-

their power to see that what was fair and just was done between prosecutors and accused. The doctrine of autrefois was itself doubtless evolved in that way.

Lord Pearce adopted the broad view of Lord Devlin when he stated at p. 1365:

The court has, I think, a power to apply, in the exercise of its judicial discretion, the broader principles to cases that do not fit the actual pleas [pleas of *autrefois convict* and *autrefois acquit*] and a duty to stop a prosecution which on the facts offends against those principles and creates abuse and injustice.

Viewed in the light of the *Connelly* case, reference to which was repeatedly made in *Osborn*, it is difficult to see *Osborn* as establishing anything more than that the doctrine of abuse of prosecution will not avail an accused in a case of multiple charges brought on the same set of facts if nothing more is involved. The House of Lords continued the examination of the breadth of application, not the existence, of the doctrine of the abuse of process in *Director of Public Prosecutions v. Humphrys*, [1976] 2 All E.R. 497. Lord Hailsham, at p. 517, acknowledged the inherent jurisdiction of the Court to protect its own processes against abuse. Lord Salmon also found a general discretion in the Court to stay proceedings which were vexatious or oppressive (p. 528); and Lord Edmund-Davies took the same general position (pp. 533-35):

Notwithstanding certain of my observations in delivering the judgment of the Court of Criminal Appeal in *Connelly*, I am now satisfied that, in the words of Lord Parker CJ in *Mills v Cooper* [[1967] 2 All ER at 104, [1967] 2 QB at 467], 'every court has undoubtedly a right in its discretion to decline to hear proceedings on the ground that they are oppressive and an abuse of the process of the court'

While judges should pause long before staying proceedings which on their face are perfectly regular, it would indeed be bad for justice if in such fortunately rare cases as *R v Riebold*, [[1967] 1 All ER 653, [1967] 1 WLR 674] their hands were tied and they were obliged to allow the further trial to proceed. In my judgment, *Connelly* established that they are vested with

cice, par les juges, de leur pouvoir de s'assurer que la justice et l'équité étaient assurées entre les poursuivants et les accusés. La doctrine d'autrefois acquit et d'autrefois convict en est indubitablement le produit.

Lord Pearce a adopté le point de vue plus large de lord Devlin lorsqu'il dit, à la p. 1365:

[TRADUCTION] Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, la Cour a, à mon avis, le pouvoir d'appliquer les principes plus libéraux aux cas auxquels ne s'appliquent pas les véritables plaidoyers [les plaidoyers d'autrefois convict et d'autrefois acquit] et a l'obligation d'arrêter une poursuite qui, compte tenu des faits, contrevient à ces principes et donne lieu à un abus et à une injustice.

A la lumière de l'arrêt *Connelly*, qui est mentionné de façon répétée dans l'arrêt *Osborn*, on peut difficilement dire que ce dernier va plus loin qu'établir qu'un accusé ne peut se prévaloir de la doctrine de l'abus de poursuite dans un cas d'accusations multiples fondées sur un même ensemble de faits s'il n'y a rien de plus. La Chambre des lords a poursuivi l'examen, non pas de l'existence, mais de l'étendue de l'application de la doctrine de l'abus de procédure dans l'arrêt *Director of Public Prosecutions v. Humphrys*, [1976] 2 All E.R. 497. Lord Hailsham a reconnu, à la p. 517, le pouvoir inhérent de la cour de protéger ses propres procédures contre l'abus. Lord Salmon a également conclu que la cour possède le pouvoir discrétionnaire général d'ordonner la suspension d'instances vexatoires ou oppressives (à la p. 528), et lord Edmund-Davies a adopté la même opinion générale (aux pp. 533 et 535):

[TRADUCTION] Nonobstant certaines des remarques que j'ai faites en prononçant l'arrêt de la Cour d'appel criminelle dans l'affaire *Connelly*, je suis maintenant convaincu que, selon les mots du juge en chef lord Parker dans l'arrêt *Mills v. Cooper*, [[1967] 2 All E.R. à la p. 104, [1967] 2 QB à la p. 467], «tout tribunal a indubitablement le droit, à sa discrétion, de refuser d'entendre une affaire au motif qu'elle est oppressive et constitue un abus de procédure»

Bien que les juges doivent réfléchir longuement avant de surseoir aux instances qui, en apparence, sont parfaitement régulières, il serait contraire à l'intérêt de la justice qu'ils aient, dans certains cas heureusement rares, comme dans l'affaire *R. v. Riebold*, [[1967] 1 All E.R. 653, [1967] 1 W.L.R. 674], les mains liées et qu'ils soient obligés de permettre que le procès se poursuive. A

the power to do what the justice of the case clearly demands.

Again in *Humphrys* as in *Connelly* the object of the Law Lords was not to establish a recognition of the doctrine of abuse of process but to define the reach and application of that doctrine.

I turn now to the decision of this Court in *Rourke v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 1021. The Court was there faced with a proceeding which at trial had been stayed by reason of the delay in the Crown said to be harmful to the defence of the accused in bringing a charge of kidnapping and robbery, some twenty months in all. Pigeon J., writing for the majority in a five-to-four division, stated at p. 1043:

I cannot find any rule in our criminal law that prosecutions must be instituted promptly and ought not to be permitted to be proceeded with if a delay in instituting them may have caused prejudice to the accused. In fact, no authority was cited to establish the existence of such a principle which is at variance with the rule that criminal offences generally are not subject to prescription except in the case of specific offences for which a prescription time has been established by statute. I have to disagree with the view expressed by McIntyre J.A. that there could be factual situations giving to a trial judge discretion to stay proceedings for delay.

His Lordship goes on to say at p. 1043:

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

As we have seen, the decision in *Osborn* was narrowed down to the facts then before the Court, namely the bringing of successive charges arising out of the same set of facts and the contrast between the criminal law procedure of Canada and the United Kingdom. Again in *Rourke* the issue is narrowly confined to the effects of a delay in bringing on to trial a person arrested twenty months previously at which time many if not all of the facts alleged by the prosecution were known. I cannot depart from an examination of *Rourke* without noting that the majority made reference to

mon avis, l'arrêt *Connelly* a établi qu'ils ont le pouvoir de faire ce que l'intérêt de la justice exige de façon évidente dans un cas donné.

Dans l'arrêt *Humphrys* comme dans l'arrêt *Connelly*, les lords juges ne visaient pas à établir une reconnaissance de la doctrine de l'abus de procédure mais à en définir la portée et l'application.

Je passe maintenant à l'arrêt de cette Cour dans l'affaire *Rourke c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 1021. Il s'agissait d'une poursuite qui avait été suspendue au procès pour le motif que le retard, de la part de la poursuite, à porter une accusation d'enlèvement et de vol qualifié, environ vingt mois en tout, était considéré préjudiciable à la défense de l'accusé. Le juge Pigeon, qui a rédigé les motifs de la majorité de la Cour divisée à cinq contre quatre, a dit à la p. 1043:

Je ne trouve aucune règle dans notre droit pénal qui édicte que les poursuites doivent être entamées promptement et qu'on ne doit pas y donner suite si un retard dans leur introduction a pu causer un préjudice à l'accusé. En fait, aucun précédent n'a été cité pour établir l'existence de ce principe, qui est incompatible avec la règle générale de la non-prescription des infractions criminelles, sous réserve de la prescription fixée par la loi pour certaines infractions. Je suis en désaccord avec le juge McIntyre selon qui certaines situations de fait peuvent donner au juge du procès un pouvoir discrétionnaire de suspendre des procédures tardives.

Et il ajoute à la p. 1043:

Pour les motifs que j'ai énoncés dans *La Reine c. Osborn*, 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.

Comme nous l'avons vu, l'arrêt dans l'affaire *Osborn* se limita aux faits soumis alors à la Cour, savoir des accusations successives découlant d'un même ensemble de faits et la différence entre la procédure criminelle au Canada et au Royaume-Uni. Dans l'affaire *Rourke*, on limite encore la question aux effets d'un retard à poursuivre une personne arrêtée vingt mois plus tôt à une époque où la plupart des faits, sinon tous les faits, que la poursuite entendait établir étaient connus. Je ne peux achever l'examen de l'arrêt *Rourke* sans faire remarquer que les motifs de la majorité mention-

s. 7(3) of the *Criminal Code* as being a provision for the retention of common law defences but not necessarily with reference to discretionary stay of proceedings which may or may not be rooted in the common law. Pigeon J. commented at p. 1045:

In my view, the absence of any provision in the *Criminal Code* contemplating the staying of an indictment by a trial judge or an appeal from such decision, is a strong indication against the existence of any power to grant such stay.

Chief Justice Laskin wrote for the minority in *Rourke* concurring in the conclusion of Pigeon J. that there was no basis for the exercise of the discretion to stay proceedings where the sole basis for the alleged abuse was a delay in prosecution. He did however take the view, at p. 1034, that the jurisdiction to stay proceedings for abuse is a useful one:

I have paraded this long list of cases to show how varied are the fact situations in which judges of different levels and of different Provinces have used abuse of process as a way of controlling prosecution behaviour which operates prejudicially to accused persons. I pass no judgment on the correctness of any of the decisions, but they do indicate by their very diversity the utility of a general principle of abuse of process which judges should be able to invoke in appropriate circumstances to mark their control of the process of their Courts and to require fair behaviour of the Crown towards accused persons. It will not escape notice that the decisions I have cited are almost all quite recent, and a perusal of them would reveal how much they have been influenced by *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, *supra*, and particularly by the reasons of Lord Devlin in that case.

I come therefore to the conclusion that the decisions of *Osborn* and *Rourke* must be taken as standing on their own facts and limited precisely to the ratio of the judgments disposing of the issues arising on those facts. It follows therefore that the observations of Jessup J.A. in *Osborn* with reference to the origins and breadth of the trial court discretion to protect the processes of the courts from abuse remain substantially unimpaired by succeeding decisions in this Court. Viewed from

ment le par. 7(3) du *Code criminel* comme étant une disposition qui maintient les moyens de défense de *common law*, ne se rapportant pas nécessairement à la suspension discrétionnaire des poursuites, qui peuvent tirer ou ne pas tirer leur origine de la *common law*. Le juge Pigeon fait remarquer (à la p. 1045):

A mon avis, le fait que le *Code criminel* ne prévoit nulle part la suspension d'une mise en accusation par le juge du procès ni un droit d'appel contre une telle décision, milite fortement en faveur de l'inexistence de pareil pouvoir.

Le juge en chef Laskin, qui a rédigé les motifs de la minorité dans l'arrêt *Rourke*, a souscrit à la conclusion du juge Pigeon qu'il n'y a pas de fondement à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de suspendre les procédures lorsque l'abus reproché porte uniquement sur le retard à poursuivre. Il a cependant souligné l'utilité du pouvoir de suspendre les procédures pour cause d'abus (à la p. 1034):

J'ai cité ces nombreuses affaires pour montrer la variété des situations de fait dans lesquelles des juges de diverses juridictions et de provinces différentes ont utilisé l'abus de procédure comme moyen de contrôler la conduite de la poursuite lorsqu'elle porte préjudice au prévenu. Je ne porte aucun jugement sur la validité de ces décisions; elles indiquent toutefois par leur variété même l'utilité, en matière d'abus de procédure, d'un principe général que les juges devraient pouvoir invoquer dans des circonstances appropriées pour témoigner qu'ils contrôlent la procédure devant leurs tribunaux et exiger une conduite équitable du ministère public à l'égard des prévenus. On n'aura pas manqué de noter que les décisions précitées sont presque toutes fort récentes et un examen plus poussé révélerait combien elles ont été influencées par *Connelly v. Director of Public Prosecutions* (précitée), et plus particulièrement par les motifs de lord Devlin.

J'arrive par conséquent à la conclusion qu'il faut considérer que les arrêts *Osborn* et *Rourke* portent sur les faits qui leur sont propres et se limitent précisément aux motifs de jugement qui tranchent les questions qui découlent de ces faits. Il s'ensuit par conséquent que les remarques que fait le juge Jessup en Cour d'appel dans l'arrêt *Osborn*, sur les origines et l'ampleur du pouvoir discrétionnaire qu'a le tribunal de première instance pour protéger les procédures des tribunaux contre l'abus, ne sont

another perspective the majority in *Rourke* affirms an exceptional jurisdiction to stay proceedings whereas Laskin C.J.C. for the minority takes the view of Lord Devlin in *Connelly* and finds the doctrine of abuse of process a wide-ranging technique for the control by the criminal court of criminal procedure in the protection of the processes of that court; a technique illustrated but not limited by the special pleas of *autrefois acquit* and *convict*, *res judicata* and issue estoppel (p. 287). In my respectful view, much of what was said by both divisions of this Court in *Rourke* is *obiter dicta*, bearing in mind the precise issue of abuse of process in the form of delay by the prosecution which was then the only issue before the Court. There is a distinction to be drawn where the initiating process is valid and the only issue is delay prejudicial to the accused as in *Rourke*; and the case where the executive action leading to the charge and its prosecution is offensive to the principles on which the administration of justice is conducted by the courts. It is for this further reason that the judgment in *Rourke* in my view is not here applicable.

From the earliest times courts have withheld from the law enforcement arm of the community recourse to the authority of the criminal court where the conduct of the prosecution has offended the sense of justice of the court. As long ago as *R. v. Robins* (1844), 1 Cox C.C. 114, upon the prosecutor's inability to "explain satisfactorily the cause of the delay" (nearly two years), Baron Alderson said:

I ought not to allow this case to go further. It is monstrous to put a man on his trial after such a lapse of time. How can he account for his conduct so far back? . . . No man's life would be safe if such a prosecution were permitted. It would be very unjust to put him on his trial.

The Report concludes: "His Lordship then directed the jury to acquit the prisoner." See as well Lord Mansfield C.J. in *R. v. Robinson* (1765), 1

pas infirmées par les décisions de cette Cour qui l'ont suivi. Vue sous un autre angle, l'opinion de la majorité dans l'arrêt *Rourke* confirme un pouvoir exceptionnel de suspendre les procédures, alors que le juge en chef Laskin, au nom des juges de la minorité, partage l'opinion de lord Devlin dans l'arrêt *Connelly* et estime que la doctrine de l'abus de procédure est une technique très large qui permet au tribunal criminel de contrôler la procédure criminelle pour lui assurer la protection de ses procédures; une technique qu'illustre les plaidoyers spéciaux d'*autrefois acquit* et *convict*, de la chose jugée et d'irrecevabilité à remettre en litige, mais sans s'y limiter (à la p. 287). Avec égard, je suis d'avis qu'une bonne partie de ce qui a été dit dans les deux tendances de cette Cour dans l'arrêt *Rourke* constitue des opinions incidentes, si on retient que la question précise de l'abus de procédure sous la forme d'un retard à poursuivre était alors la seule question que la Cour devait trancher. Il faut faire une distinction entre le cas où la procédure introductive d'instance est valide et que la seule question en litige est le retard préjudiciable à l'accusé, comme dans l'affaire *Rourke*, et celui où la conduite de l'exécutif qui a mené à l'accusation et au procès porte atteinte aux principes suivant lesquels les tribunaux administrent la justice. C'est un autre motif pour lequel, à mon avis, l'arrêt *Rourke* ne s'applique pas en l'espèce.

Depuis toujours, les tribunaux refusent à ceux qui sont chargés d'appliquer les lois le recours au pouvoir du tribunal criminel lorsque la conduite de la poursuite viole l'esprit de justice du tribunal. Déjà, dans l'arrêt *R. v. Robins* (1844), 1 Cox C.C. 114, en constatant l'impossibilité de la poursuite [TRADUCTION] «d'expliquer de façon satisfaisante la raison du retard» (près de deux ans), le baron Alderson avait dit:

[TRADUCTION] Je ne puis permettre que cette affaire aille plus loin. Il est odieux de faire subir un procès à un homme après un si long délai. Comment peut-il expliquer sa conduite si longtemps après? . . . Nul ne serait en sécurité si on devait permettre cette poursuite. Il serait vraiment injuste de le poursuivre.

Le recueil conclut: [TRADUCTION] «Le juge a alors ordonné au jury d'acquitter le prisonnier.» Voir également le lord juge en chef Mansfield dans

Black, W. 541, 96 E.R. 313; and *R. v. Marshall and Grantham* (1811), 13 East 322, 104 E.R. 394.

It is of interest and of some relevance to observe that since the decisions of this Court in *Osborn* and *Rourke* courts in this country have tended to take a narrow view of the impact of these decisions on the doctrine of abuse of process; *vide* Munroe J. in *R. v. K* (1971), 5 C.C.C. (2d) 46, at p. 48; Vanek P.C.J. in *R. v. Weightman and Cunningham* (1977), 37 C.C.C. (2d) 303; and Lewis P.C.J. in *R. v. Billen* (1980), 54 C.C.C. (2d) 425; and to restrict effectively the impact of *Rourke*, for example, to the circumstances of prosecutorial delay only. See also *Re Abitibi Paper Company Limited and The Queen* (1979), 24 O.R. (2d) 742 (Ont. C.A.); *Re Orysiuk and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 445 (Alta.); *Re Asselin and The Queen* (1979), 55 C.C.C. (2d) 332 (Quebec C.A.); and *Re Young et al. and The Queen* (1981), 60 C.C.C. (2d) 252 (Sask. Q.B.); John A. Olah, *The Doctrine of Abuse of Process: Alive and Well in Canada* (1978), 1 C.R. (3d) 341. There are, however, some instances of a broader interpretation of the majority view in *Rourke* as will be found in *R. v. Lebrun* (1978), 7 C.R. (3d) 93 (B.C.C.A.); *R. v. Catagas* (1977), 38 C.C.C. (2d) 296 (Man. C.A.); and *R. v. Maxner* (1981), 61 C.C.C. (2d) 446 (N.S.C.A.).

There may be said to be a tacit acknowledgment of the restricted ratio of *Rourke* in the unanimous judgment of this Court in *R. v. Krannenburg*, [1980] 1 S.C.R. 1053, per Dickson J. at p. 1061:

The question of whether a new information may be laid after jurisdiction has been lost is not before us, and I refrain from any extended discussion on the point, in the absence of argument and on the narrow facts of this case. It is manifest, however, that there will be occasions on which the laying of a new information will not be available. Time limitations may preclude it. Indeed, the laying of another information may amount to nothing less than an abuse of process.

l'arrêt *R. v. Robinson* (1765), 1 Black, W. 541, 96 E.R. 313; et *R. v. Marshall and Grantham* (1811), 13 East 322, 104 E.R. 394.

Il n'est pas sans intérêt ni pertinence de remarques que depuis les arrêts de cette Cour dans les affaires *Osborn* et *Rourke*, les tribunaux canadiens ont eu tendance à interpréter restrictivement ces décisions sur la doctrine de l'abus de procédure; voir le juge Munroe dans l'affaire *R. v. K* (1971), 5 C.C.C. (2d) 46, à la p. 48; le juge Vanek de la Cour provinciale dans l'affaire *R. v. Weightman and Cunningham* (1977), 37 C.C.C. (2d) 303; et le juge Lewis de la Cour provinciale dans l'affaire *R. v. Billen* (1980), 54 C.C.C. (2d) 425; et de restreindre effectivement la portée de l'arrêt *Rourke*, par exemple, aux seuls cas de retard à poursuivre. Voir également *Re Abitibi Paper Company Limited and The Queen* (1979), 24 O.R. (2d) 742 (C.A. Ont.); *Re Orysiuk and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 445 (Alb.); *Re Asselin and The Queen* (1979), 55 C.C.C. (2d) 332 (C.A. Qué.); et *Re Young et al. and The Queen* (1981), 60 C.C.C. (2d) 252 (B.R. Sask.); John A. Olah, *The Doctrine of Abuse of Process: Alive and Well in Canada* (1978), 1 C.R. (3d) 341. Il y a cependant certaines décisions dans lesquelles on a interprété plus largement l'opinion majoritaire de l'arrêt *Rourke*, comme on le voit dans les arrêts *R. v. Lebrun* (1978), 7 C.R. (3d) 93 (C.A. C.-B.); *R. v. Catagas* (1977), 38 C.C.C. (2d) 296 (C.A. Man.) et *R. v. Maxner* (1981), 61 C.C.C. (2d) 446 (C.A. N.-É.).

On peut dire qu'il y a une reconnaissance tacite de la *ratio* restreinte de l'arrêt *Rourke* dans l'arrêt unanime de cette Cour *R. c. Krannenburg*, [1980] 1 R.C.S. 1053, dans lequel le juge Dickson dit, à la p. 1061:

La question de savoir si une nouvelle dénonciation peut être faite après une perte de juridiction ne nous est pas soumise et je m'abstiens d'élaborer sur le sujet en l'absence d'argumentation et vu les faits étroits de la présente affaire. Il est toutefois évident qu'il y aura des cas où il ne sera pas possible de faire une nouvelle dénonciation. Les délais de prescription peuvent l'empêcher. Le dépôt d'une autre dénonciation peut même équivaloir à rien de moins qu'un abus de procédure.

and in the observation of Laskin C.J. in *Kirzner*, *supra*, at p. 501.

Lord Scarman, in *R. v. Sang*, [1979] 2 All E.R. 1222, (about which more will be said later), adverted to the abuse of process doctrine at p. 1245 when he said:

Save in the very rare situation, which is not this case, of an abuse of the process of the court (against which every court is in duty bound to protect itself), the judge is concerned only with the conduct of the trial.

The House of Lords, it should be noted however, in *Sang* did not bring the defence of entrapment within the principles of abuse of process. In the Court of Appeal judgment in *Sang*, however, ([1979] 2 All E.R. 46) in the opinion of the Court written by Roskill L.J., the question was left open at p. 50:

It has not been argued before us in the present appeals that if the present prosecution were allowed to proceed, it would amount to an abuse of the process of the court.

In an earlier decision of the House of Lords, *Selvey v. Director of Public Prosecutions*, [1968] 2 All E.R. 497, Lord Guest, in referring to the overriding duty of the judge to ensure that a trial is fair, stated at p. 520 that such discretion

... springs from the inherent power of the judge to control the trial before him and to see that justice is done in fairness to the accused.

As we have already seen, the United States Supreme Court minority view in *Sorrells*, *supra*, invokes this same inherent power in the court for the recognition of the defence of entrapment.

There are of course but three available dispositions on a successful application of the defence of entrapment:

- (a) a dismissal of the accused on the charge;
- (b) an order quashing the charge;
- (c) a stay of prosecution.

Alternative (a) is inappropriate in that both essential elements of the charge, the wrongful act and the criminal intent, are present in the proof before the court. As to (b) there is no authority in the *Criminal Code* for a court in this circumstance

Il en est de même des remarques du juge en chef Laskin dans l'arrêt *Kirzner*, précité, à la p. 501.

Dans l'arrêt *R. v. Sang*, [1979] 2 All E.R. 1222, (sur lequel je reviendrai), lord Scarman fait allusion à la doctrine de l'abus de procédure lorsqu'il dit, à la p. 1245:

[TRADUCTION] Sauf dans le cas très rare, qui n'est pas le cas en l'espèce, d'un abus de procédure (contre lequel les tribunaux ont le devoir de se protéger), le juge ne s'occupe que de la conduite du procès.

Il faut cependant faire remarquer que dans l'arrêt *Sang*, la Chambre des lords n'a pas inclus la défense de provocation policière dans les principes de l'abus de procédure. Cependant, dans les motifs que le lord juge Roskill a rédigés au nom de la Cour d'appel dans l'arrêt *Sang* ([1979] 2 All E.R. 46), la question est restée sans réponse (à la p. 50):

[TRADUCTION] On n'a pas fait valoir dans les appels en l'espèce que si on permettait à la poursuite de suivre son cours, cela équivaudrait à un abus de procédure.

Dans un arrêt antérieur de la Chambre des lords, *Selvey v. Director of Public Prosecutions*, [1968] 2 All E.R. 497, en mentionnant l'obligation primordiale du juge de s'assurer que le procès est impartial, lord Guest a dit, à la p. 520, que ce pouvoir discrétionnaire

[TRADUCTION] ... découle du pouvoir inhérent du juge de contrôler le procès qu'il préside pour s'assurer que justice est rendue en toute impartialité envers l'accusé.

Comme nous l'avons déjà vu, la minorité de la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Sorrells*, précité, invoque ce même pouvoir inhérent de la cour pour reconnaître la défense de provocation policière.

Il n'y a évidemment que trois solutions possibles lorsqu'une défense de provocation policière est soulevée avec succès:

- a) acquitter l'accusé;
- b) ordonner l'annulation de l'accusation;
- c) ordonner la suspension de l'instance.

La solution a) doit être écartée puisque les deux éléments essentiels de l'accusation, l'acte illégal et l'intention criminelle, sont présents dans la preuve devant la cour. Quant à la solution b), rien dans le *Code criminel* ne permet à une cour dans ce cas

to quash a charge that is complete in form and properly issued under the *Code*. The last alternative (c) has a technical infirmity in that the charge remains extant and in the records of the court. The case before the Court in this appeal was founded on an information about which there is no suggestion of irregularity. However, the defect in course (c) is wholly technical. While the charge may be said to hang over the head of the accused, this is a wholly theoretical observation because there is no forum for its further processing. The courts in both the United States and the United Kingdom have in such circumstances, as shown in the authorities already reviewed, followed all three routes without apparent concern for technical considerations. I would prefer alternative (c) and would apply a stay of prosecution where the defence of entrapment is operative.

There are offences which by their very nature would appear (as indicated earlier in these reasons) to render this defence inapplicable, as for example crimes of violence. One of the questions to be answered here therefore must be, what are the offences to which this defence will relate? Generally speaking, it is the consensual offence where the issue most naturally arises. When the offence relates to physical acts the crime leaves its own marks. Methods of detection reflect this fact. The victims complain. The external evidence is there for the police to follow. In other areas of crime such as drug offences, commercial or municipal fraud, prostitution and gambling, these conditions do not prevail. The 'victims' rarely seek the aid of the authorities, and indeed generally there are no direct 'victims'. There are no external signs of the offence. Policing must react differently to this kind of crime. Hence the use of *agents provocateurs*, spies, informers, undercover agents in or retained by the police force, decoys and other such police initiatives. The move from passive to active policing brings the courts into the process. When policing in this field verges into police-instigated crimes or into police stimulation of crime for the sake of obtaining convictions, what is the position of the courts? Up to this development in criminal justice the positions of the court and the executive were clear. The latter investigate apparent offences, gather evidence, make arrests,

d'annuler une accusation complète dans sa forme et présentée régulièrement en vertu du *Code*. La dernière solution c) comporte un défaut de procédure en ce que l'accusation subsiste et reste aux dossiers de la cour. La poursuite en l'espèce s'appuie sur une dénonciation qui ne comporte aucune irrégularité. Cependant, le défaut dans la solution c) est purement de procédure. Bien qu'on puisse dire que l'accusation pèse encore sur l'accusé, c'est une observation purement théorique puisqu'elle ne peut être poursuivie devant aucune cour. Les cours tant aux États-Unis qu'au Royaume-Uni ont adopté dans de tels cas, comme l'indique la jurisprudence déjà examinée, les trois solutions sans se préoccuper des considérations de procédure. Je préférerais adopter la solution c) et ordonner la suspension de l'instance lorsque la défense de provocation policière s'applique.

Il y a des infractions qui, par leur nature même, paraissent (comme je l'ai déjà dit) nier l'application de ce moyen de défense; c'est le cas par exemple des crimes violents. Il faut par conséquent répondre à la question de savoir à quelles infractions s'appliquera cette défense. En général, la question se pose plus naturellement dans le cas d'une infraction consensuelle. Lorsque l'infraction comporte des actes de violence, le crime laisse ses propres traces. Ce fait se reflète dans les méthodes de détection du crime. Les victimes portent plainte. La police peut relever les preuves extrinsèques. Dans d'autres genres de crimes, tels les infractions relatives aux drogues, la fraude commerciale ou municipale, la prostitution ou le jeu, on ne retrouve pas ces conditions. Les «victimes» font rarement appel aux autorités et d'ailleurs, en général, il n'y a pas de «victimes» directes. L'infraction ne laisse pas de signes extérieurs. Le policier doit réagir de façon différente à ce genre de crime. De là le recours à des agents provocateurs, à des espions, à des indicateurs, à des agents secrets, policiers ou civils au service de la police, à des imposteurs et à d'autres méthodes policières du genre. Le passage des méthodes policières passives aux méthodes actives entraîne l'intervention des cours. Quelle est la position des tribunaux lorsque les méthodes policières dans ce domaine passent à la provocation ou à l'incitation en vue d'obtenir des condamnations? Avant le recours à ces méthodes

lay charges, introduce evidence in court and present the law enforcement agency's views on the applicable law. The courts on the other hand receive the charge, take custody of the accused in a figurative and sometimes actual sense, hear the evidence, interpret and apply the law, determine guilt or innocence, award the appropriate punishment and return the accused to executive custody; or discharge the accused. In the process the court must concern itself with the conduct of the case by the prosecution and the accused and must vigorously apply the fundamental doctrine of the presumption of innocence. Courts have for centuries been evolving doctrines appropriate to this process, with and without legislative aid, in the form of rules relating to the admissibility of evidence and such substantive rules as the doctrine of *res judicata*. The consensual crimes, their detection and demonstration in court, raise new issues or aggravate the problems surrounding older issues. The appointed spy may, pursuant to arrangements, infiltrate and report upon participants in a crime to which the agent may be a party or which the agent has provided to others the opportunity to commit. In some circumstances, indeed, the offence would in all likelihood not have otherwise been committed. The law enforcement agency in these circumstances moves from the position of merely affording an opportunity for the commission of crime to persons who may be so disposed to a position where the agency itself encourages the commission of the crime. Expressed another way, the police may have by any such measures instigated the offence, or at least its planning, and did so simply to catch the otherwise innocent members of the public in order to prosecute them. The ensnared or entrapped must in such a situation have a defence in law for the police and the state have gone beyond mere crime detection by decoy work or solicitation of evidence. In fact the crime has been designed and committed by the state itself.

dans l'administration de la justice criminelle, la position du tribunal et celle du pouvoir exécutif étaient bien définies. Cette dernière enquête sur les infractions manifestes, recueil des preuves, procède à des arrestations, porte des accusations, produit des éléments de preuve devant le tribunal et plaide le droit applicable du point de vue de la poursuite. Les tribunaux pour leur part prennent acte de l'accusation, prennent l'accusé en charge au sens figuré et parfois au sens réel, entendent la preuve, interprètent et appliquent le droit, décident de la culpabilité ou de l'innocence, fixent la peine qui s'impose et remettent l'accusé sous la garde du pouvoir exécutif; ou bien ils le libèrent. En même temps, le tribunal doit se préoccuper de la conduite du procès par la poursuite et l'accusé et doit appliquer fermement la doctrine fondamentale de la présomption d'innocence. Au cours des siècles, les tribunaux ont élaboré, avec ou sans l'aide du législateur, des doctrines adaptées à cette procédure sous forme de règles relatives à la recevabilité de la preuve et certaines règles de fond, telle la doctrine de la chose jugée. Les crimes consensuels, leur détection et leur présentation devant la cour soulèvent de nouvelles questions ou rendent plus aigus les problèmes touchant les anciennes règles. L'espion au service de la police peut, conformément aux directives reçues, s'infiltrer et signaler les auteurs d'un crime auquel l'agent peut avoir participé ou que l'agent peut avoir donné à d'autres l'occasion de commettre. Dans certains cas, il est bien possible que l'infraction n'aurait pas été commise sans sa participation. Dans ces cas, l'organisme policier passe d'une position dans laquelle il offre simplement une occasion de commettre un crime à des personnes déjà disposées à le commettre, à une position dans laquelle l'organisme lui-même encourage la perpétration du crime. En d'autres mots, la police peut, par les mesures qu'elle prend, avoir provoqué l'infraction, ou du moins avoir incité à la projeter, et elle le fait simplement pour attraper une personne par ailleurs innocente en vue de la poursuivre. L'accusé provoqué ou pris au piège doit en pareil cas avoir une défense en droit parce que la police et l'état sont allés plus loin que la simple détection du crime par l'utilisation d'imposteurs ou la sollicitation de preuves. De fait, c'est l'état lui-même qui a conçu et commis le crime.

Whatever may be the range of such a defence, it must be clear that the defence arising in this circumstance does not operate in the case of all offences. In the *Model Penal Code* of 1962, *supra*, the defence is "unavailable when causing or threatening bodily injury is an element of the offence charged . . ." (s. 2.13(3)), presumably on the basis that the social interest in controlling the accused's behaviour outweighs that of controlling police behaviour. There may be other categories of offences to which the defence will not run but this again will develop as the judicial system of criminal justice may require.

This is not a process unknown to the common law. The defence of 'duress' arose in the common law long before the Report of the Imperial Commissioners on the Draft Code 1879, s. 12 stated: "We have framed s. 23 of our Draft Code, to express what we think is the existing law . . ." The Commissioners are there referring to the defence of duress, a defence originating in the common law long before the studies for the codification of criminal law commenced in England and were completed in Canada. The parallel is particularly apt as the defence of duress relates to the completed commission of an offence in the same way as entrapment. The common law rules and principles of duress as a defence, at least as regards a principal offender, have now been "codified and exhaustively defined in s. 17 . . ." of the *Code* (*R. v. Carker*, [1967] S.C.R. 114, *per* Ritchie J. at p. 117). The Report by the Commissioners, *supra*, had this to say on the scope of that defence in common law:

There can be no doubt that a man is entitled to preserve his own life and limb; and on this ground he may justify much which otherwise would be punishable. The cases of a person setting up as a defence that he was compelled to commit a crime is of every day occurrence. There is no doubt on the authorities that compulsion is a defence where the crime is not of a heinous character.

Quelle que soit la portée de pareil moyen de défense, il doit être explicite que la défense qu'offrent ces circonstances, ne s'applique pas à toutes les infractions. Dans le *Model Penal Code* de 1962, précité, ce moyen de défense [TRADUCTION] «ne peut être soulevé lorsque le fait de causer ou de menacer de causer des lésions corporelles est un élément de l'infraction reprochée . . .» (par. 2.13(3)), peut-être parce que l'intérêt social pour la répression du comportement de l'accusé l'emporte sur l'intérêt que présente la répression de la conduite policière. Il peut y avoir d'autres catégories d'infractions auxquelles la défense ne s'appliquera pas, mais elles se manifesteront selon que l'exigera l'administration de la justice criminelle.

Ce processus n'est pas inconnu en *common law*. La «contrainte» en tant que moyen de défense a été introduite en *common law* longtemps avant que le Rapport de la Commission impériale sur le projet de Code de 1879 énonce, à l'art. 12: [TRADUCTION] «Nous avons rédigé l'art. 23 de notre projet de Code pour formuler ce que nous croyons être le droit actuel . . .» Les commissaires se réfèrent alors à la contrainte, un moyen de défense qui a pris naissance en *common law* longtemps avant que les études en vue de la codification du droit criminel ne débutent en Angleterre et ne soient complétées au Canada. Le parallèle est particulièrement bien choisi puisque la contrainte se rapporte à la perpétration complète d'une infraction comme le fait la provocation policière. Les règles et les principes de la *common law* relatifs à la contrainte en tant que moyen de défense, du moins en ce qui concerne l'auteur principal d'un délit, ont maintenant été [TRADUCTION] «codifiés et définis avec précision à l'art. 17 . . .» du *Code* (*R. c. Carker*, [1967] R.C.S. 114, le juge Ritchie, à la p. 117). Voici ce que dit le Rapport de la Commission, précité, sur la portée de ce moyen de défense en *common law*:

[TRADUCTION] Il n'y a pas de doute qu'une personne a le droit de protéger sa propre vie; elle peut justifier par ce moyen des actes qui constituent par ailleurs un délit. On voit quotidiennement des cas de personnes qui invoquent en défense qu'elles ont été forcées à commettre un crime. La jurisprudence ne laisse aucun doute que la contrainte est un moyen de défense lorsque le crime n'est pas d'un caractère odieux.

Section 17 of the *Canadian Criminal Code* continued this general limitation by providing that the defence "... does not apply where the offence that is committed is high treason or treason, murder, piracy, attempted murder, assisting in rape, forcible abduction, robbery, causing bodily harm or arson".

The evolution of defences at common law, both evidentiary and substantive, have seen expansion and adjustment as required to meet altering conditions in the community, and entrapment as a defence has experienced this same history where it has been recognized. See for example the discussion in N.L.A. Barlow, *Entrapment and the Common Law: Is there a Place for the American Doctrine of Entrapment, supra*.

In the Court of Appeal Seaton J.A. (with whom Carrothers J.A. concurred) expressed a preference for the "English approach" which he described as making allowance at the sentencing stage by giving "attention to what motivated him and to any influence that others had upon him; others would include the police". It is certainly true that the courts of England have rejected the defence of entrapment (*vide Sang, supra*, at p. 1224) where not only was the defence of entrapment rejected but also the indirect power in a court to exclude evidence of the commission of the offence as a means of controlling the activities of the prosecution. In the course of giving judgment Lord Diplock (at p. 1227) and Lord Salmon (at p. 1236) both adverted to the possibility of imposing a milder sentence in the event the accused was found on the evidence to have been entrapped. However, it should be noted that both Law Lords also suggested prosecution of the police as a means of control of such improper activities. The House of Lords started with the simple assertion that entrapment is not a defence in English law and then approached the question on the basis that a power in a court to exclude the evidence relating to the commission of the offence on whatever basis would simply be a recognition of entrapment indirectly when the same was impermissible directly.

L'article 17 du *Code criminel* canadien a repris cette restriction générale en prévoyant que la défense «... ne s'applique pas si l'infraction commise est la trahison, le meurtre, la piraterie, la tentative de meurtre, l'aide à l'accomplissement d'un viol, le rapt, le vol qualifié, l'infliction de blessures corporelles ou le crime d'incendie».

L'évolution des moyens de défense en *common law*, relativement à la preuve et aux règles de fond, s'est développée et s'est ajustée pour faire face aux conditions changeantes de la société, et la défense de provocation policière a suivi cette tendance là où elle a été reconnue. Voir à titre d'exemple l'étude de N.L.A. Barlow, *Entrapment and the Common Law: Is there a Place for the American Doctrine of Entrapment, précitée*.

En Cour d'appel, le juge Seaton (aux motifs duquel le juge Carrothers a souscrit) a marqué sa préférence pour la [TRADUCTION] «solution anglaise» laquelle, à son avis, tient compte de la provocation à l'étape de la sentence en [TRADUCTION] «prenant en considération ce qui l'a motivé et l'influence que d'autres personnes ont eue sur lui; d'autres personnes peuvent inclure la police». Il est certain que les tribunaux d'Angleterre ont rejeté la défense de provocation policière (voir l'arrêt *Sang*, précité, à la p. 1224), où on a rejeté non seulement la défense de provocation policière mais également le pouvoir indirect de la cour d'exclure la preuve de la perpétration de l'infraction pour réprimer les activités de la poursuite. Dans les motifs de leur décision, lord Diplock (à la p. 1227) et lord Salmon (à la p. 1236) ont mentionné la possibilité d'imposer une sentence moins lourde dans le cas où la preuve indique qu'un piège a été tendu à l'accusé. Il faut cependant remarquer que les deux lords juges ont proposé également de poursuivre la police pour réprimer ces activités illégales. La Chambre des lords a simplement affirmé au départ que la provocation policière n'est pas un moyen de défense en droit anglais et a alors envisagé la question en fonction du principe que le pouvoir d'une cour d'exclure la preuve relative à la perpétration d'une infraction pour un motif quelconque équivaldrait simplement à reconnaître indirectement la provocation policière alors qu'il n'est pas permis de la reconnaître directement.

The fundamental cleavage in principle between the House and the approach of the United States Supreme Court is seen in Lord Diplock's observation at p. 1230:

It is no part of a judge's function to exercise disciplinary powers over the police or prosecution as respects the way in which evidence to be used at the trial is obtained by them.

In my respectful view the issue is not the discipline of the prosecution but the avoidance of the improper invocation by the state of the judicial process and its powers in circumstances where the accused has been ensnared by the police force in order to bring about an offence for which he will be prosecuted. The view of Lord Diplock is expressed somewhat differently but with the same result by Lord Salmon at pp. 1235-36:

A man who intends to commit a crime and actually commits it is guilty of the offence whether or not he has been persuaded or induced to commit it, no matter by whom. This being the law, it is inconceivable that, in such circumstances, the judge could have a discretion to prevent the Crown from adducing evidence of the accused's guilt, for this would amount to giving the judge the power of changing or disregarding the law.

These conclusions necessarily result from the rejection of the defence of entrapment which as a necessary consequence has the effect of fatally reducing the Court's discretion under existing law which Lord Scarman described at p. 1243 as follows:

... it is now the law that 'a judge has a discretion to exclude legally admissible evidence if justice so requires' (per Lord Reid in *Myers v Director of Public Prosecutions*, [[1964] 2 All E.R. 881 at 887, [1965] A.C. 1001 at 1024.]

Viscount Dilhorne was discussing the same principle in *Selvey, supra*, at p. 510 when he said:

It [the exclusion of evidence by restriction of the right to cross-examine] must depend on the circumstances of each case and the overriding duty of the judge to ensure that a trial is fair.

The result of this approach is that if the proceeding is fundamentally unfair and results in a conviction and punishment, the judicial branch is powerless, but if the result is only unfair in an

Le clivage de principe fondamentale entre la Chambre des lords et la solution adoptée par la Cour suprême des Etats-Unis ressort de cette remarque de lord Diplock (à la p. 1230):

[TRADUCTION] Il n'appartient pas au juge d'exercer des pouvoirs disciplinaires à l'égard de la police ou de la poursuite sur la façon dont ils obtiennent les preuves qui doivent servir dans un procès.

Avec égard, je suis d'avis que la question n'est pas de sanctionner la poursuite mais d'éviter que l'état n'ait recours de façon abusive au processus judiciaire et à ses pouvoirs dans les cas où la police a tendu un piège à l'accusé pour lui faire commettre une infraction pour laquelle il sera poursuivi. Lord Salmon exprime en termes différents l'opinion de lord Diplock, mais avec le même résultat (aux pp. 1235 et 1236):

[TRADUCTION] Un homme qui a l'intention de commettre un crime et qui le commet de fait est coupable de l'infraction, que quelqu'un l'ait ou non amené ou incité à la commettre. Puisque c'est la loi, il est inconcevable que, dans des cas semblables, le juge ait le pouvoir d'empêcher la poursuite de faire la preuve de la culpabilité de l'accusé, puisque cela équivaldrait à donner au juge le pouvoir de modifier la loi ou de ne pas en tenir compte.

Ces conclusions découlent nécessairement du rejet de la défense de provocation policière qui a inévitablement pour effet de réduire irrémédiablement le pouvoir discrétionnaire de la cour en vertu du droit actuel que lord Scarman a décrit comme suit à la p. 1243:

[TRADUCTION] ... suivant le droit actuel, «le juge jouit du pouvoir discrétionnaire d'écarter une preuve recevable en droit si la justice l'exige» (lord Reid dans l'arrêt *Myers v. Director of Public Prosecutions*, [[1964] 2 All E.R. 881 à la p. 887, [1965] A.C. 1001 à la p. 1027.]

Le vicomte Dilhorne a examiné le même principe dans l'arrêt *Selvey*, précité, en disant (à la p. 510):

[TRADUCTION] Elle [l'exclusion de la preuve par restriction du droit de contre-interroger] doit dépendre des circonstances de chaque cas et de l'obligation primordiale du juge d'assurer l'équité du procès.

Il découle de cette façon de procéder que si la procédure est fondamentalement injuste et entraîne une déclaration de culpabilité et une sentence, le pouvoir judiciaire est impuissant, mais si

evidentiary sense in the course of the trial, but not necessarily resulting in an unfair outcome, the court, in its duty to ensure a fair trial, may exclude the objectionable evidence. This is the result not entirely of the adoption of the view that mitigation of sentence is the appropriate remedy alone but that legislation is necessary to recognize entrapment, that guilt is guilt however it may be proven or even brought about, that prosecution of the informer or of the police themselves is an adequate control mechanism. Some or all of these in combination may underlie the House of Lords' decision but it would appear to amount to an oversimplification of the "English approach" to ascribe the result, at least in *Sang, supra*, as the adoption of singular recourse to mitigation of sentence.

The judgments in *Sang* may be said to be less than usually persuasive because they suffer, in my respectful view, from being a discussion of an assumed demonstration by the accused that but for police intervention he "would not have committed the offence" without any more factual base than that as to the presence or absence of inveigling and persistent importuning, and from a precluded view on entrapment as a defence known to the law.

There is in our country a serious limitation to reliance upon mitigation of sentence as a judicial response to the problem of entrapment. The *Criminal Code* and the *Narcotics Control Act*, and perhaps other statutes, sometimes impose serious minimum sentences. The latter statute in s. 5(2) for example, being the offence of importation of narcotics, stipulates a minimum sentence of seven years. It can hardly be thought that Parliament, in establishing such a minimum imprisonment, had in mind an accused who could demonstrate that the crime was instigated by the state itself.

As I have already intimated, the repugnance which must be experienced by a court on being implicated in a process so outrageous and shameful on the part of the state cannot be dissipated by

seule la présentation de la preuve à l'étape du procès donne un résultat injuste, sans que le résultat final le soit nécessairement, la cour, qui a l'obligation d'assurer un procès juste, peut exclure une preuve répréhensible. Cela ne découle pas entièrement de l'adoption du point de vue que la réduction de la sentence est le seul remède approprié, mais qu'il faut un texte de loi qui reconnaisse la provocation policière, que la culpabilité est la culpabilité quelle que soit la façon d'en faire la preuve ou même de l'occasionner, que la poursuite de l'indicateur de police ou des policiers eux-mêmes est un mécanisme de contrôle approprié. Certains ou l'ensemble de ces éléments peuvent être sous-jacents à la décision de la Chambre des lords, mais il semblerait que décrire le résultat comme l'adoption de l'unique recours à la réduction de la sentence, du moins dans l'arrêt *Sang*, précité, équivaut à simplifier à outrance la «solution anglaise».

On peut dire que les motifs de jugement dans l'affaire *Sang* sont relativement peu convaincants parce qu'à mon avis, ils ont le défaut d'être une analyse d'une prétendue démonstration, de la part de l'accusé, que sans l'intervention policière, il «n'aurait pas commis l'infraction», sans plus d'éléments de fait sur la présence ou l'absence de piège et de sollicitations répétées; ils ont aussi le défaut de nier au point de départ que la provocation policière est un moyen de défense reconnu en droit.

Le droit canadien restreint de façon importante la possibilité par les tribunaux de réduire la sentence pour résoudre le problème de la provocation policière. Le *Code criminel*, la *Loi sur les stupéfiants* et peut-être d'autres lois imposent parfois des sentences minimales lourdes. Le paragraphe 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants*, par exemple, qui vise l'importation de stupéfiants, prévoit une sentence minimale de sept ans d'emprisonnement. On peut difficilement croire que lorsqu'il a établi cette peine minimale d'emprisonnement, le législateur envisageait un accusé qui pouvait prouver que le crime a été provoqué par l'état lui-même.

Comme je l'ai déjà indiqué, la répugnance que doit éprouver une cour, lorsqu'elle est associée à des méthodes si indignes et honteuses de la part de l'état, ne peut être dissipée par l'inscription d'une

the registration of a conviction and the imposition thereafter of even a minimum sentence. To participate in such injustice up to and including a finding of guilt and then to attempt to undo the harm by the imposition of a lighter sentence, so far from restoring confidence in the fair administration of justice, would contribute to the opposite result. For the courts to acknowledge at the sentencing stage of the trial a sense of outrage at the position in which the accused and the court have been placed at the instigation of the police, is a wholly unsatisfactory response to the realization that a flagrant abuse of the process of the court has occurred. The harm to both the accused and to the administration of justice is complete with the substantive determination of guilt.

The stay of proceedings in the presence of entrapment finds its way into the law or fails to do so as a matter of judicial view of the proper policy of the law in these circumstances. Which policy will produce a principle of law which will better serve the community in this area of the criminal law has been the subject of thought and debate for a lengthy period. The considerations at play are well known and have been thoroughly analysed and debated in the courts and by judicial writers.

In the foregoing pages I have reviewed and discussed the experience of the courts of this country, of England and of the United States in their approach to the question of entrapment. I have, as well, endeavoured to isolate and state the principles which have emerged in the cases regarding the formulation of the defence and the application of it. It is clear that the need for some element of judicial control has been recognized in the common law and that the roots of the doctrine of entrapment are to be found in the common law. I am of the view that it is open to this Court and consistent with authority to recognize a defence of entrapment and to give effect to it in proper cases.

The conduct of the investigatory authority here in my view clearly gives rise to entrapment. In a period of two and one-half months the accused received fifteen to twenty telephone calls, together with visits to the accused by the police or their agent at work or at home. These importunings

déclaration de culpabilité, suivie de l'imposition d'une sentence même minimale. La participation à une telle injustice, au point de conclure à la culpabilité et de tenter ensuite de réparer le mal par l'imposition d'une sentence plus légère, loin de rétablir la confiance en la bonne administration de la justice, contribuerait à un résultat contraire. Le fait que les cours manifestent, à l'étape de la sentence, de l'indignation à l'égard de la situation dans laquelle elles-mêmes et l'accusé ont été placés par la conduite des policiers, constitue une réponse absolument insuffisante lorsqu'on constate qu'il s'est produit un abus flagrant de procédure. Conclure à la culpabilité porte directement atteinte à l'accusé et à l'administration de la justice.

Lorsqu'il y a provocation policière, la suspension d'instance est admise ou rejetée en droit selon les règles juridiques que les juges estiment appropriées dans les circonstances. La question de savoir quelles règles produiront un principe de droit qui servira mieux la société dans ce domaine du droit criminel fait depuis longtemps l'objet de réflexions et de discussions. Les considérations en jeu sont bien connues et ont été analysées et discutées en profondeur par les cours et les auteurs.

Dans les pages qui précèdent, j'ai passé en revue et examiné la façon dont les cours de ce pays, d'Angleterre et des États-Unis, ont envisagé la question de la provocation policière. De même, j'ai essayé d'isoler et d'énoncer les principes qui se dégagent des décisions judiciaires concernant la formulation et l'application de la défense de provocation policière. Il est clair que la *common law* reconnaît la nécessité de certains éléments de contrôle judiciaire et que c'est dans la *common law* qu'on trouve la source de la doctrine de la provocation policière. Je suis d'avis que cette Cour peut, conformément à la jurisprudence, admettre une défense de provocation policière et l'appliquer dans les circonstances appropriées.

Je suis d'avis que la conduite des policiers enquêteurs en l'espèce engendre clairement la provocation policière. Sur une période de deux mois et demi, l'accusé a reçu de quinze à vingt appels téléphoniques, et les policiers ou une personne travaillant pour eux ont rendu visite à l'accusé à

were accompanied by successful efforts by the agent to gain the confidence and friendship of the accused. All this occurred after he had told the police informer that the accused could not be counted upon to provide the cocaine. In the second period of contact requests for drugs were made on a daily basis and accompanied by frequent visits by the undercover policeman at the accused's place of employment. In this second period there were also numerous urgent telephone calls requesting drugs, sometimes accompanied by implied threats of physical violence. That there was persistent inveigling and importuning is clear. It is also clear that the purpose of the program initiated by the police was to obtain evidence for the prosecution of the accused. It is the plain fact that the drug trafficking which occurred was promoted by the police at a time when the police had no reason to suspect, let alone believe, that the accused was in any way related to such activity. The cumulative effect of such a deliberately launched enterprise by the police would in my view 'in all the circumstances' be viewed in the community as shocking and outrageous, and such conduct is clearly contrary to the proper principles upon which justice must be done by the courts.

For all the reasons advanced and discussed above, I would recognize the defence of entrapment and would apply that defence to the facts and circumstances of this case; and therefore would allow the appeal, set aside the conviction and direct a stay of prosecution.

The judgment of Martland, Dickson, Beetz and Chouinard JJ. was delivered by

DICKSON J.—I am of the opinion that on the facts of this case the defence of entrapment, assuming it to be available under Canadian law, does not arise.

The trial judge stated:

In order to determine the sufficiency of evidence to raise a defence of entrapment there must be evidence to show that the Police had instigated the crime and that had they not done so, the accused would not have been

son lieu de travail ou à sa résidence. Ces sollicitations étaient accompagnées de tentatives fructueuses de la part de l'indicateur de police d'obtenir la confiance et l'amitié de l'accusé. Tout cela s'est produit après que l'accusé eut dit à l'indicateur de police qu'on ne pouvait compter sur lui pour fournir de la cocaïne. Au cours de la deuxième étape de ces contacts, les demandes de drogue étaient quotidiennes et l'agent secret a fait des visites fréquentes à l'accusé à son lieu de travail. Cette deuxième étape a également été marquée de nombreux appels téléphoniques urgents pour demander de la drogue, parfois accompagnés de menaces sous-entendues de recours à la violence. Il est évident qu'il y a eu piège et des sollicitations répétées. Il est également évident que la manoeuvre mise sur pied par la police visait à obtenir des preuves pour poursuivre l'accusé. Il est clair que la police a provoqué le trafic de drogue en question à une époque où la police n'avait aucune raison de soupçonner, ou même de croire, que l'accusé avait un lien quelconque avec le milieu de la drogue. A mon avis, l'effet cumulatif de cette opération que la police a mise sur pied de façon délibérée serait, «compte tenu de toutes les circonstances», considéré dans le public comme révoltant et indigne, et il est évident que cette conduite est contraire aux principes selon lesquels les cours doivent rendre la justice.

Pour tous ces motifs, je suis d'avis de reconnaître la défense de provocation policière et de l'appliquer aux faits de l'espèce; par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer la déclaration de culpabilité et d'ordonner la suspension d'instance.

Version française du jugement des juges Martland, Dickson, Beetz et Chouinard rendus par

LE JUGE DICKSON—Je suis d'avis que les faits de cette affaire ne justifient pas la défense de provocation policière, même si l'on présume qu'elle existe en droit canadien.

Le juge du procès a dit:

[TRADUCTION] Pour décider s'il y a une preuve suffisante pour soulever une défense de provocation policière, la preuve doit établir que la police a provoqué le crime et que, si elle ne l'avait pas fait, l'accusé n'aurait pas été

involved in the transaction. The instigation must of course go beyond mere solicitation or decoy work.

He continued:

In present case, the Crown was unable to produce the witness who originally arranged for the undercover officer to meet the accused, Amato. His evidence would have been extremely useful to assist me in making my determinations of fact. He could have corroborated the evidence of the Crown or he could have corroborated the evidence of the Defence. I believe he should have been called by the Crown. His absence has restricted the Defence from making a full answer in defence to the charge.

The trial judge concluded that in fairness to the accused he must presume that the witness in question would have given evidence consistent with that given by the defence and for that reason the findings of fact ought to be made on the basis of the evidence tendered by the defence. It seems to me a doubtful proposition that the defence evidence must be accepted as true because the Crown failed to call a witness whom the trial judge considered should have been called. Notwithstanding the adoption of such an unusual course, the trial judge concluded:

I am satisfied that the evidence in this case falls far short of the evidence required at law to establish the defence of entrapment. The evidence amounts no more than to persistent solicitation by the informer and the undercover Officer to persuade the accused Amato to engage in trafficking in cocaine.

When the matter reached the Court of Appeal, Taggart J.A. referred to the passage from the judgment at trial which I have just quoted and said:

I am not persuaded that the evidence to which we have been referred by counsel for the Appellant does other than support the conclusion reached by the trial judge.

Seaton J.A., in the course of his judgment said:

In the case at bar the police are not blamed, it is the informer who it is said importuned the Appellant. The police, according to counsel for the Appellant, did not have any reason to go after the Appellant and were not after him. It seems to me to follow that they did not entrap him. What the Appellant is saying is "I did

impliqué dans l'opération. L'instigation doit certes aller plus loin que la simple sollicitation ou l'utilisation d'imposteurs.

Il a poursuivi en disant:

[TRADUCTION] En l'espèce, la poursuite n'a pas pu produire le témoin qui est à l'origine de la rencontre de l'agent secret avec l'accusé Amato. Son témoignage m'aurait été extrêmement utile pour établir des constatations de fait. Il aurait pu corroborer la preuve de la poursuite ou celle de la défense. J'estime qu'il aurait dû être cité par la poursuite. Son absence a empêché la défense d'offrir une défense pleine et entière.

Le juge du procès a conclu qu'en toute impartialité envers l'accusé, il devait présumer que le témoin en question aurait fourni un témoignage compatible avec la preuve à décharge et qu'en conséquence les constatations de fait devaient être établies en fonction de la preuve à décharge. Je doute que l'on puisse dire que la preuve à décharge doit être acceptée comme vraie parce que la poursuite n'a pas assigné un témoin qui, de l'avis du juge du procès, aurait dû l'être. Malgré ce raisonnement peu habituel, le juge du procès a conclu:

[TRADUCTION] Je suis convaincu que la preuve en l'espèce est loin de correspondre à la preuve nécessaire en droit pour établir la défense de provocation policière. La preuve n'indique rien de plus qu'une sollicitation répétée de la part de l'indicateur et de l'agent secret pour persuader l'accusé Amato de faire le trafic de cocaïne.

En Cour d'appel, le juge Taggart s'est reporté au passage du jugement de première instance que je viens de citer et a dit:

[TRADUCTION] Je ne suis pas convaincu que la preuve que vient de nous citer l'avocat de l'appellant ait d'autre effet que d'appuyer la conclusion du juge du procès.

Dans ses motifs, le juge Seaton a dit:

[TRADUCTION] En l'espèce, on ne reproche rien à la police, c'est l'indicateur qui aurait importuné l'appellant. Selon l'avocat de l'appellant, la police n'avait pas de raison de s'en prendre à l'appellant et elle ne s'en est pas pris à lui. Il s'ensuit à mon avis qu'il n'y a pas eu de provocation policière à son égard. C'est l'appellant qui

commit the offence, I was importuned by another, and fortunately for me that other had some relationship with the police and as a result I should be found not guilty." I do not accept that. I think that entrapment as such is not a general defect.

Carrothers, J.A. agreed with each Mr. Justice Taggart and Mr. Justice Seaton.

The four British Columbia judges before whom the matter has come have been unanimous in concluding that, on the facts, the defence of entrapment does not arise. It does not seem to me to fall to this Court to retry the case and arrive at different findings.

I would therefore dismiss this appeal.

The following are the reasons delivered by

RITCHIE J.—This is an appeal brought with leave of this Court from a judgment of the Court of Appeal of British Columbia affirming the conviction of the appellant at his trial before Judge McGivern on two charges of trafficking in cocaine. The first charge was laid against Amato alone, but the second charge for the same offence which was allegedly committed ten days later was also laid against one June Lee.

The transactions which are the subject of these two counts formed a part of a sequence of events which was put in motion by one Don Langvin, a police informer, who had a drug related criminal record and who was employed by the police in this instance in furtherance of a scheme to locate sources from which drug traffickers were able to obtain their supply. The device adopted to this end was to instruct Langvin, who was then acting under an R.C.M.P. undercover officer named Godwin, to ferret out the required information. Langvin proceeded to obtain an introduction to the appellant through one Andre who employed Amato as a hairdresser. Langvin thereafter posed as one in need of drugs and requested the appellant to obtain some for him. Amato at first refused to have anything to do with the proposition saying in effect that he was just a simple hairdresser and

dit «j'ai commis l'infraction, j'y étais poussé par un autre, et heureusement pour moi cette autre personne avait un lien avec la police et, en conséquence, on doit me déclarer non coupable». Je n'accepte pas cela. Je crois que la provocation policière comme telle n'est pas un vice général.

Le juge Carrothers a souscrit aux opinions des juges Taggart et Seaton.

Les quatre juges de la Colombie-Britannique qui ont entendu l'affaire ont conclu à l'unanimité que les faits ne justifient pas, la défense de provocation policière. Il ne me semble pas qu'il incombe à cette Cour de reprendre le procès et de tirer des conclusions différentes.

En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE RITCHIE—Le présent pourvoi, interjeté sur autorisation de cette Cour, attaque un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui a confirmé la déclaration de culpabilité de l'appellant prononcée au procès devant le juge McGivern relativement à deux accusations de trafic de cocaïne. La première accusation a été portée contre Amato seulement, mais la deuxième accusation pour une infraction semblable qui aurait été commise dix jours plus tard a également été portée contre une nommée June Lee.

Les opérations dont ces deux chefs d'accusations font état font partie d'une série d'événements qu'a déclenchés un nommé Don Langvin, un indicateur de police qui a un casier judiciaire pour des affaires de drogue et qui était au service de la police dans cette affaire pour aider à réaliser un plan visant à découvrir les sources d'approvisionnement des trafiquants de drogue. Le moyen adopté à cette fin consistait à donner à Langvin, qui agissait alors sous les ordres d'un agent secret de la G.R.C. nommé Godwin, des directives pour obtenir les renseignements requis. Langvin a réussi à être présenté à l'appellant par l'entremise d'un nommé André qui employait Amato comme coiffeur. Par la suite, Langvin a prétendu avoir besoin de drogue et a demandé à l'appellant de lui en obtenir. D'abord, Amato a refusé d'acquiescer de quelque façon à cette demande en disant qu'il n'était qu'un

knew nothing about drugs in any way; however, after a series of telephone calls and visits to his place of work, Amato was persuaded by Langvin to obtain a gram of cocaine which he did by contacting his former mistress, June Lee, who appears to have had the necessary contact with drug sources and who was thus able to produce the small amount of cocaine. This first transaction forms no part of the charges against Amato but it turned out to be only the beginning of repeated pestering by Langvin seeking further drugs from Amato. Thenceforth Amato was constantly bothered by telephone calls at his home and visits at his place of business by Langvin all of which were directed to soliciting further drugs from Amato. Amato finally succumbed to the pressure being exerted on him and arranged for another delivery. It was at this point that the undercover policeman, Godwin, entered the picture; he was introduced to Amato and after more pressure had been exerted over the appellant, a meeting was arranged for delivery of a further supply of cocaine. This transaction was the subject of the first charge against the appellant but the undercover policeman thereafter played a more prominent part and, posing as one who had friends coming to town the next day who were important in the drug trade in the U.S.A. and were in need of an immediate delivery of drugs which they were prepared to obtain by violence, that he finally induced the appellant to obtain a further supply of cocaine and in this case the transaction was completed by payment by Godwin to Amato and thence to Miss Lee.

It should be stressed that the record does not disclose any wrongdoing by the appellant either through dealings in drugs or otherwise until he was approached by Langvin and that his association with this character was purely as a friend of his employer (Andre). All the drug dealings involving the appellant were prompted and solicited by Langvin and later by Godwin and, as I have indicated, it is plain to me from the record that the course of events was instigated and carried forward at the direction of the police for the purpose of locating drug sources and that the involvement of the appellant was simply an incidental factor necessarily employed by the police in order to

simple coiffeur et qu'il ne connaissait rien à la drogue; cependant, après une série d'appels téléphoniques et de visites à son lieu de travail, Langvin a convaincu Amato de se procurer un gramme de cocaïne qu'il a obtenue en communiquant avec son ancienne maîtresse, June Lee, qui semble avoir eu les contacts nécessaires dans le milieu de la drogue et qui a pu fournir cette petite quantité de cocaïne. Cette première opération ne fait aucunement l'objet des accusations portées contre Amato, mais elle s'est avérée être seulement le début du harcèlement incessant de Langvin qui cherchait à obtenir d'Amato encore plus de drogue. Dès ce moment, Langvin n'a pas cessé d'importuner Amato par des appels à sa résidence et des visites à son lieu de travail afin d'obtenir plus de drogue d'Amato. Amato a fini par succomber sous la pression exercée sur lui et a organisé une autre livraison. C'est à ce moment que l'agent secret Godwin est entré en action; il a été présenté à Amato et après de nouvelles pressions sur l'appellant, une rencontre a été organisée pour une autre livraison de cocaïne. Cette opération fait l'objet de la première accusation portée contre l'appellant, mais par la suite, l'agent secret a joué un rôle plus important en prétendant qu'il attendait le lendemain la visite d'amis qui étaient des personnages importants dans le milieu des trafiquants de drogues aux États-Unis et qui voulaient une livraison immédiate de drogue qu'ils étaient prêts à obtenir par la violence; il a finalement incité l'appellant à se procurer une autre livraison de cocaïne et dans ce cas, l'opération a été complétée par le paiement de Godwin à Amato et de lui à M^{lle} Lee.

Il importe de souligner que le dossier ne révèle aucun acte illégal de la part de l'appellant, qu'il s'agisse de trafic de drogue ou autre, jusqu'à ce qu'il rencontre Langvin, et que son association à cet individu découle purement de ce que Langvin était un ami de son employeur (André). L'appellant s'est procuré de la drogue à la suggestion et instigation de Langvin et ensuite de Godwin, et comme je l'ai indiqué, il me paraît évident que la suite des événements a été provoquée et menée à bien suivant les directives de la police en vue de trouver la provenance de la drogue et que la participation de l'appellant était simplement un facteur accessoire que la police a nécessairement employée en vue de

achieve their objective. At the trial before McGivern J., Langvin was not called as a witness by either the Crown or the defence and as to this circumstance the learned trial judge observed:

In the present case, the Crown was unable to produce the witness who originally arranged for the undercover officer to meet the accused, Amato. His evidence would have been extremely useful to assist me in making my determinations of fact. He could have corroborated the evidence of the Crown or he could have corroborated the evidence of the Defence. I believe he should have been called by the Crown. His absence has restricted the Defence from making a full answer in defence to the charge.

I am satisfied that in fairness to the accused I must presume that he would have given evidence consistent with that given by the Defence. For that reason, I am prepared for the sake of these reasons for judgment, to assume that the findings of fact ought to be made on the basis of the evidence tendered by the Defence. The accused, Amato, testified that he was induced and persuaded by his former boss and the Police informer to obtain some cocaine. After several months of requests, and in an attempt to befriend the Police informer, Amato arranged for some cocaine through the accused, Lee. He also said that he had to persuade her to go along with the deal. The second transaction took place involving a half ounce of cocaine. At this time the accused, Amato, believed he was assisting his friend who was a Police informer. He only wanted to help a friend, the deal was arranged. The undercover Policeman arrived on the scene and after some time Amato was persuaded to go along with the sale to the undercover Policeman rather than to his friend, the informer.

Against the above background I am prepared to adopt the analysis of the facts contained in the judgment of Mr. Justice Taggart in the Court of Appeal:

Very briefly, the facts are that the Appellant was asked by his then employer if he could find some cocaine for a friend of his, that is to say of the employer's. The Appellant then and throughout the time that he had to do with the undercover police officer and the informer expressed no interest in accommodating them and it was only by virtue of the persuasion of his employer in the first instance and of the informer and the undercover police officer thereafter that the Appellant eventually agreed to provide a source of cocaine.

There were three transactions, the first of which did not result in a charge being preferred against the Appel-

réaliser son objectif. Au procès devant le juge McGivern, Langvin n'a été appelé à témoigner ni par la poursuite ni par la défense, et le savant juge du procès a fait remarquer à cet égard:

[TRADUCTION] En l'espèce, la poursuite n'a pas pu produire le témoin qui est à l'origine de la rencontre de l'agent secret avec l'accusé Amato. Son témoignage m'aurait été extrêmement utile pour établir des constatations de fait. Il aurait pu corroborer la preuve de la poursuite ou celle de la défense. J'estime qu'il aurait dû être cité par la poursuite. Son absence a empêché la défense d'offrir une défense pleine et entière.

Je suis convaincu qu'en toute impartialité envers l'accusé, je dois présumer qu'il aurait fourni un témoignage compatible avec la preuve à décharge. Pour ce motif, je suis disposé, aux fins des présents motifs de jugement, à admettre que les constatations de fait doivent être établies en fonction de la preuve à décharge. L'accusé Amato a témoigné que son ancien employeur et l'indicateur de police l'ont poussé à se procurer de la cocaïne et l'ont persuadé de le faire. Après qu'on le lui eut demandé pendant plusieurs mois, et pour essayer de venir en aide à l'indicateur de police, Amato s'est procuré de la cocaïne par l'entremise de l'accusée Lee. Il a également dit qu'il avait dû la convaincre de participer à l'opération. La deuxième opération portait sur une demi-ounce de cocaïne. A ce moment-là, l'accusé Amato croyait venir en aide à son ami qui était indicateur de police. Il voulait seulement aider un ami et il a organisé l'opération. L'agent secret est arrivé sur les lieux et après un certain temps, on a convaincu Amato d'effectuer la vente à l'agent secret plutôt qu'à son ami, l'indicateur.

En regard des faits énoncés ci-dessus, je suis disposé à souscrire à l'analyse des faits qu'on trouve dans les motifs de jugement du juge Taggart en Cour d'appel:

[TRADUCTION] Très brièvement, les faits révèlent que la personne qui était alors l'employeur de l'appellant lui a demandé s'il pouvait trouver de la cocaïne pour un de ses amis, c'est-à-dire un ami de l'employeur. L'appellant, à ce moment-là et tout le temps qu'il a été en rapport avec l'agent secret et l'indicateur, ne s'est pas montré intéressé à les obliger et ce n'est qu'après avoir été persuadé d'abord par son employeur et ensuite par l'indicateur et l'agent sec. et que l'appellant a fini par accepter de les approvisionner de cocaïne.

Il y a eu trois opérations et la première n'a donné lieu à aucune accusation contre l'appellant. Cette première

lant. That first offence was of a relatively small amount of cocaine which after a great deal of solicitation on the part of the informer the Appellant agreed to procure. He procured it through the medium of June Lee who herself obtained it from other persons. The first transaction was accomplished by the Appellant going to the house of Lee and there obtaining and paying for the cocaine with money which had been provided to him by the informer. He then took the cocaine to the informer and delivered it over to him. The informer in turn turned it over to his contact in the police force.

On the second occasion which gave rise to the first of the two charges against the Appellant, a substantially larger amount of cocaine was involved and the undercover police officer appeared on the scene with the informer. Substantially the same procedure was adopted on this occasion as the first occasion.

The third transaction did not involve the informer at all, but only the undercover police officer. On this occasion a yet more substantial amount of cocaine was involved and on this occasion the undercover police officer accompanied the Appellant to the house of Lee where the money was handed over and the cocaine provided directly to the undercover police officer. On each of these occasions there was a considerable amount of importuning on the part of either the informer or the undercover police officer or both.

It was submitted on behalf of the appellant, both at trial and on appeal, that the above circumstances were such as to justify him in invoking the defence of entrapment if indeed such a defence is recognized in Canadian law. Both courts below, however, held that the circumstances which I have outlined did not constitute entrapment and that in any event entrapment does not constitute a defence to a criminal charge in Canada. It is these two findings which form the basis of the grounds of appeal to this Court which are described as follows in the factum filed on behalf of the appellant:

(i) Whether the Court of Appeal erred in ruling that the conduct used by the police in this case directed at instigating and procuring the commission of a criminal offence by the accused did not in law constitute an entrapment or an abuse of process?

(ii) Whether the Court of Appeal erred in ruling that entrapment does not constitute a defence to a criminal charge?

infraction portait sur une quantité relativement minime de cocaïne que l'appelant a consenti à fournir suite aux multiples sollicitations de l'indicateur. Il l'a obtenue par l'entremise de June Lee qui l'a elle-même obtenue d'autres personnes. La première opération a été complétée lorsque l'appelant s'est rendu chez Lee et y a obtenu la cocaïne qu'il a payée avec l'argent que l'indicateur lui avait fourni. Il a alors apporté la cocaïne qu'il a livrée à l'indicateur. A son tour, l'indicateur l'a remise à son contact dans la police.

Pour la deuxième opération qui a donné lieu à la première des deux accusations portées contre l'appelant, il s'agissait d'une quantité de cocaïne nettement plus importante et l'agent secret s'est présenté sur les lieux avec l'indicateur. A cette occasion, on a employé à peu près le même système que la première fois.

Pour la troisième opération, l'indicateur n'a joué aucun rôle, seul l'agent secret y a participé. Cette opération portait sur une quantité encore plus importante de cocaïne et, à cette occasion, l'agent secret a accompagné l'appelant chez Lee où l'argent a été versé et la cocaïne remise directement à l'agent secret. Dans chaque cas, il y a eu beaucoup de pression exercée de la part de l'indicateur ou de l'agent secret ou des deux à la fois.

On a fait valoir au nom de l'appelant, tant au procès qu'en appel, que les circonstances énoncées ci-dessus permettent à l'appelant d'invoquer la défense de provocation policière si, bien sûr, le droit canadien reconnaît ce moyen de défense. Cependant, les deux cours d'instance inférieure ont décidé que les circonstances que j'ai décrites ne constituaient pas de la provocation policière et qu'en tout état de cause, la provocation policière n'est pas un moyen de défense opposable à une accusation criminelle au Canada. C'est sur ces deux conclusions que s'appuient les moyens d'appel à cette Cour qui sont énoncés comme suit dans le mémoire produit au nom de l'appelant:

[TRADUCTION] i) la Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en décidant que la conduite de la police en l'espèce, qui visait à provoquer et à obtenir la perpétration d'une infraction criminelle par l'accusé, ne constituait pas en droit une provocation policière ou un abus de procédure?

ii) La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en décidant que la provocation policière ne constitue pas un moyen de défense opposable à une accusation criminelle?

(iii) Whether the failure of the Crown to call the undercover police agent, Donald Langvin, or procure his attendance at the trial restricted the accused from making a full answer and defence to the charges and thereby constituted an abuse of process for which the proceedings ought to have been stayed?

As will hereafter appear the defence of entrapment has been recognized in a number of cases in the Supreme Court of the United States, but it is categorically denied by the courts in the United Kingdom as going to the guilt or innocence of the accused, although some consideration may be given to it in regard to sentence. This is made plain in the following passage from a judgment of Lord Chief Justice Widgery in *R. v. Mealey and Sheridan* (1974), 60 Crim. App. R. 59, at p. 62, where he says that it is

... quite clearly established that the so-called defence of entrapment, which finds some place in the law of the United States of America, finds no place in our law here. It is abundantly clear on the authorities, which are uncontradicted on this point, that if a crime is brought about by the activities of someone who can be described as an agent provocateur, although that may be an important matter in regard to sentence, it does not affect the question of guilty or not guilty.

In the same case Lord Widgery observed that a policeman

... must endeavour to tread the somewhat difficult line between showing the necessary enthusiasm to keep his cover and actually becoming an agent provocateur, meaning thereby someone who actually causes offences to be committed which otherwise would not be committed at all.

The approach in the United States stems from a judgment of the Supreme Court in *Sorrells v. United States* (1932), 287 U.S. 435, where an undercover police agent posing as a tourist induced a local resident to obtain liquor for him, and Chief Justice Hughes, speaking for the majority, after discussing entrapment as a defence, went on to say at p. 442:

A different question is presented when the criminal design originates with the officials of the Government, and they implant in the mind of an innocent person the disposition to commit the alleged offense and induce its commission in order that they may prosecute.

iii) L'omission, par la poursuite, d'assigner l'agent secret Donald Langvin ou de veiller à ce qu'il soit présent au procès a-t-elle empêché l'accusé d'offrir une défense pleine et entière et constitue-t-elle par conséquent un abus de procédure justifiant une suspension de l'instance?

Comme on le verra ci-après, la Cour suprême des États-Unis a admis la défense de provocation policière dans plusieurs affaires, mais au Royaume-Uni, les tribunaux ont catégoriquement nié qu'elle ait un effet sur la culpabilité ou l'innocence de l'accusé, bien qu'on y attache une certaine importance pour déterminer la sentence. Le passage suivant des motifs du lord juge en chef Widgery dans l'arrêt *R. v. Mealey and Sheridan* (1974), 60 Crim. App. R. 59, à la p. 62 l'énonce clairement en ces termes:

[TRADUCTION] ... clairement établi que la défense dite de provocation policière, que l'on admet dans le droit des États-Unis d'Amérique, n'est pas admise dans notre droit. Il est parfaitement évident, suivant la jurisprudence qui n'est pas contredite sur ce point, que si un acte criminel est occasionné par les actes d'une personne que l'on peut qualifier d'agent provocateur, cela ne touche en rien la question de la culpabilité ou de l'innocence, même si ce peut être un facteur important pour déterminer la sentence.

Dans le même arrêt, lord Widgery a fait remarquer qu'un policier

[TRADUCTION] ... doit s'efforcer de garder l'équilibre difficile entre faire preuve de l'enthousiasme nécessaire pour rester anonyme et devenir de fait un agent provocateur, c'est-à-dire une personne qui provoque de fait la perpétration d'infractions qui, sans cela, ne seraient pas commises.

Le principe appliqué aux États-Unis découle de l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Sorrells v. United States* (1932), 287 U.S. 435, dans laquelle un agent secret qui se faisait passer pour un touriste a incité un résident à obtenir pour lui une boisson alcoolique; parlant au nom de la majorité, le juge en chef Hughes, après avoir examiné la défense de provocation policière, a dit à la p. 442:

[TRADUCTION] Une question différente se pose lorsque le dessein criminel provient des fonctionnaires et qu'ils implantent dans l'esprit d'un innocent l'intention de perpétrer l'infraction imputée et qu'ils l'incitent à la commettre pour pouvoir intenter des poursuites.

These observations were expressly affirmed in the Supreme Court in *Sherman v. United States* (1958), 356 U.S. 369 and in *United States v. Russell* (1973), 411 U.S. 423, in the latter of which cases Mr. Justice Rehnquist expanded on the reasoning for recognizing the limitations of the defence of entrapment when he said, at p. 434:

Nor does it seem particularly desirable for the law to grant complete immunity from prosecution to one who himself planned to commit a crime, and then committed it, simply because government undercover agents subjected him to inducements which might have seduced a hypothetical individual who was not so predisposed.

The latter quotation indicates the different approaches adopted in the United States to the validity of the defence of entrapment where opportunity to commit a crime has been presented to an accused by the police.

If it be shown that an accused's character or record was such that he might have been predisposed to committing such a crime as is alleged and that he merely took advantage of the opportunity created by the undercover organization of the police to commit the crime, he is obviously under these circumstances not entitled to rely on the defence of entrapment in the same way as one whose record and character are free of blemish and who can show that his involvement with the crime was devised through the "creative activity" of an *agent provocateur*.

Although there is no authoritative judgment in Canada wherein it has been found that the facts support a defence of entrapment, there are nonetheless a number of cases in which the elements of such a defence are discussed. These cases are extensively reviewed by Laskin, C.J. in *Kirzner v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 487, where it will be seen that the weight of authority is to the effect that in a case where the evidence discloses that the crime in question would not have been committed save for the "calculated inveigling or persistent importuning" of the police it may then be apparent that it was the creative activity of the police rather than the intention of the accused which gave rise

Ces remarques ont été confirmées de façon expresse par la Cour suprême dans les arrêts *Sherman v. United States* (1958), 356 U.S. 369 et *United States v. Russell* (1973), 411 U.S. 423; dans ce dernier arrêt, le juge Rehnquist a explicité le raisonnement pour marquer les limites de la défense de provocation policière lorsqu'il a dit, à la p. 434:

[TRADUCTION] Il ne semble pas non plus particulièrement souhaitable que la loi mette à l'abri de toute poursuite une personne qui a elle-même conçu le projet de commettre un crime, et qui le commet, simplement parce que les agents secrets de l'administration lui ont prodigué des encouragements qui auraient pu séduire une personne hypothétique qui n'avait pas de prédisposition en ce sens.

Cette dernière citation indique les divers principes adoptés aux Etats-Unis concernant la validité de la défense de provocation policière lorsque la police a fourni à un accusé l'occasion de commettre une infraction.

S'il est établi que la moralité ou les antécédents d'un accusé indiquent qu'il peut avoir été prédisposé à commettre le crime imputé et qu'il a simplement tiré profit de l'occasion que lui a offert le service secret de la police pour le commettre, il est évident que dans ce cas, on ne peut lui permettre d'invoquer la défense de provocation policière de la même façon qu'on le permettrait à une personne qui n'a pas de casier judiciaire et dont la moralité paraît sans taches et qui peut établir que sa participation au crime résulte de «l'activité créatrice» d'un agent provocateur.

Bien qu'il n'y ait au Canada aucun jugement faisant autorité qui établit que les faits justifient une défense de provocation policière, on relève néanmoins plusieurs décisions dans lesquelles les éléments de ce moyen de défense ont été analysés. Le juge en chef Laskin a longuement examiné ces décisions dans l'arrêt *Kirzner c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 487, dans lequel on voit que la jurisprudence dominante reconnaît que, dans un cas où la preuve révèle que le crime en cause n'aurait pas été commis en l'absence d'un [TRADUCTION] «piège calculé ou de sollicitations répétées» de la part de la police, il peut alors être évident que c'est l'activité créatrice de la police plutôt que l'inten-

to the crime being committed. In such event the essential element of *mens rea* would be absent and the accused's defence would be established.

The Canadian approach to the defence is best illustrated in the case of *Kirzner, supra*, where the Chief Justice made the following statement at p. 494:

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

It was contended in the present case that Amato was subjected to a threat of violence against himself if he failed to cooperate with the police plan for procuring the drug. If this had in fact been the case I am satisfied that it might well have supported a defence of entrapment, but a careful study of the evidence fails to disclose to me that there was any such threat although the police officer who was allegedly seeking drugs for some "strong arm" operators from the United States did make mention of the fact that they carried firearms and this apparently made Amato nervous.

Whether the activities of the police can be said to have amounted to the "calculated inveigling or persistent importuning" by the police mentioned by Mr. Justice Laskin (as he then was) in *R. v. Ormerod*, [1969] 2 O.R. 230, at p. 238, must depend on the facts of each case and in the present case, although drug transactions were suggested to Amato by an *agent provocateur*, this is not of itself enough to invoke the defence of entrapment or to affect the fact that Amato must have known that what he was doing was wrong.

In the case of *Lemieux v. The Queen*, [1967] S.C.R. 492, Lemieux was charged with breaking and entering a dwelling house where the police had secured the consent of the owner and had lured the accused into participating in the break-in. Here

tion de l'accusé qui est à l'origine du crime qui a été commis. Dans ce cas, on ne retrouverait pas l'élément essentiel de la *mens rea* et la défense de l'accusé serait établie.

La façon d'envisager ce moyen de défense au Canada est illustrée à son mieux dans l'arrêt *Kirzner*, précité, dans lequel le Juge en chef dit, à la p. 494:

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

On a fait valoir en l'espèce qu'Amato a été menacé de voies de fait s'il refusait de collaborer au plan de la police et de fournir de la drogue. Si c'était vraiment le cas, je suis convaincu que la défense de provocation policière aurait pu être bien fondée, mais un examen attentif de la preuve ne me convainc pas qu'il y ait eu de telles menaces, même si le policier qui se disait à la recherche de drogue pour des fiers-à-bras venus des États-Unis avait mentionné le fait qu'ils étaient armés, ce qui semble avoir énervé Amato.

La question de savoir si on peut dire que les activités de la police équivalaient à [TRADUCTION] «un piège calculé ou [à des] sollicitations répétées» de la police, comme l'a dit le juge Laskin (tel était alors son titre) dans l'arrêt *R. v. Ormerod*, [1969] 2 O.R. 230, à la p. 238, dépend nécessairement des faits de chaque espèce, et, dans le cas présent, même si un agent provocateur a suggéré à Amato de lui procurer de la drogue, cela ne suffit pas en soi pour invoquer la défense de provocation policière ou pour modifier le fait qu'Amato devait savoir qu'il agissait illégalement.

Dans l'affaire *Lemieux c. La Reine*, [1967] R.C.S. 492, Lemieux a été accusé de vol par effraction dans une maison d'habitation alors que la police avait obtenu le consentement du propriétaire et avait entraîné l'accusé à participer à l'ef-

there was *mens rea* but the accused was ultimately acquitted in this Court on the ground that the owner having consented there was no *actus reus*. In the course of his reasons for judgment which were delivered on behalf of this Court, Mr. Justice Judson said, at p. 496:

Had Lemieux in fact committed the offence with which he was charged, the circumstance that he had done the forbidden act at the solicitation of an *agent provocateur* would have been irrelevant to the question of his guilt or innocence. The reason that his conviction cannot stand is that the jury were not properly instructed on a question vital to the issue whether any offence had been committed.

These remarks have been widely characterized as *obiter dicta* but while it is true that they were not necessary to the determination of that case, I prefer to regard them as support for the proposition that the mere fact that the crime was committed at the "solicitation" of an *agent provocateur* does not, standing alone, support a defence of entrapment.

In my view it is only where police tactics are such as to leave no room for the formation of independent criminal intent by the accused that the question of entrapment can enter into the determination of his guilt or innocence.

It was further contended in the present case that the failure of the Crown to call the *agent provocateur*, Langvin, as a witness resulted in the accused being unable to cross-examine him and to thus being denied the right of making full answer and defence to the charges. The appellant characterized this method of conducting the case as being an abuse of process which should have resulted in the proceedings being stayed. In my opinion, the failure to call Langvin, who was apparently unavailable to both parties, did not amount to an abuse of process; not only does the evidence not disclose any such abuse, but no such question arises in the present case because of the finding made at trial that any disadvantage to which the defence might have been subjected by the absence of Langvin did not affect the trial judge's being "prepared for the sake of these reasons for judgment, to assume that the findings of fact ought to

fraction. La *mens rea* était présente mais cette Cour a finalement acquitté l'accusé pour le motif que, puisque le propriétaire avait donné son consentement, il n'y avait pas d'*actus reus*. Dans les motifs du jugement qu'il a rendu au nom de cette Cour, le juge Judson a dit, à la p. 496:

[TRADUCTION] Si Lemieux avait réellement commis l'infraction dont il était accusé, le fait qu'il ait commis un acte prohibé à l'instigation d'un agent provocateur n'aurait eu aucune incidence sur la question de sa culpabilité ou de son innocence. La raison pour laquelle sa condamnation ne peut être infirmée est qu'on n'a pas exposé avec justesse au jury un élément primordial du litige, celui de savoir si une infraction avait été commise.

On a souvent qualifié ces remarques d'opinion incidente, mais, bien qu'il soit exact qu'elles n'aient pas été nécessaires à la solution de l'espèce, je préfère considérer qu'elles appuient l'énoncé que le simple fait que le crime ait été commis à l'«instigation» d'un agent provocateur ne peut, en soi, justifier une défense de provocation policière.

A mon avis, ce n'est que lorsque les tactiques de la police ne laissent pas de place à la formation d'une intention criminelle indépendante chez l'accusé que la question de la provocation policière peut avoir une incidence sur la détermination de sa culpabilité ou son innocence.

On a en outre fait valoir en l'espèce que l'omission, par la poursuite, d'assigner comme témoin l'agent provocateur, Langvin, a eu pour effet d'empêcher l'accusé de le contre-interroger et de lui refuser le droit à une défense pleine et entière aux accusations portées contre lui. L'appelant a qualifié ce mode d'instruction du procès d'abus de procédures qui aurait dû entraîner la suspension de l'instance. A mon avis, l'omission d'assigner Langvin, que les deux parties n'ont apparemment pas pu trouver, n'équivaut pas à un abus de procédure; non seulement la preuve ne révèle pas qu'il y ait eu abus, mais cette question ne se pose pas en l'espèce à cause de la conclusion, au procès, que tout inconvénient que peut avoir subi la défense en raison de l'absence de Langvin n'a pas empêché le juge du procès d'être [TRADUCTION] «disposé, aux fins des présents motifs de jugement, à admettre que les constatations de fait doivent être établies

be made on the basis of the evidence tendered by the Defence". This finding in my view mitigates against any conclusion that Langvin's absence from the stand can be characterized as having resulted in any disadvantage to the accused which could justify a finding of "abuse of process" with an accompanying stay of proceedings.

For all these reasons I would dismiss this appeal.

Appeal dismissed, LASKIN C.J. and ESTEY, MCINTYRE and LAMER JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Sydney B. Simons, Vancouver.

Solicitor for the respondent: R. Tassé, Ottawa.

en fonction de la preuve à décharge». A mon avis, cette décision atténue toute conclusion que l'absence de Langvin au procès puisse être interprétée comme ayant causé à l'accusé un inconvénient susceptible de justifier une conclusion d'«abus de procédures» entraînant une suspension d'instance.

Pour tous ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté, le juge en chef LASKIN et les juges ESTEY, MCINTYRE et LAMER sont dissidents.

Procureur de l'appellant: Sydney B. Simons, Vancouver.

Procureur de l'intimée: R. Tassé, Ottawa.